

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2026 – Numero 2

ISSN 2239-8570

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori

Comitato di direzione: Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Paolo Cappellini; Gabriele Carapezza Figlia; Raffaele Caterina; Giovanni De Cristofaro; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Michele Graziadei; Stefan Grundmann; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Enrico Minervini; Nicola Lucifero; Roberta Montinaro; Emanuela Navarretta; Salvatore Orlando; Giovanni Passagnoli; Antonio Punzi; Maddalena Rabitti; Nicola Rizzo; Bernardo Sordi; Irene Stolzi; Antonio Rizzi; Maria Carmela Venuti; Andrea Zoppini.

Comitato scientifico dei Garanti: Pasquale Stanzone (Presidente); Vittoria Barsotti; Giovanni Cazzetta; Pietro Costa; Ginevra Cerrina Feroni; Massimo Confortini; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Giuseppe Grisi; Giuseppe Morbidelli; Eva Rook Basile; Andrea Simoncini; Vincenzo Varano, Alessio Zaccaria; Hans W. Micklitz; Pietro Sirena; Fabio Padovini; Massimo Zaccheo.

Comitato dei revisori: Giorgio Afferni; Mariagrazia Alabrese; Antonio Albanese; Arianna Alpini; Franco Angeloni; José Luis Argudo Periz; Maria Annunziata Astone; Federico Azzarri; Luca Ballerini; Angelo Barba; Vincenzo Barba; Luca Barchiesi; Andrea Barengi; Ettore Battelli; Francesca Bertelli; Emanuele Bilotti; Lucia Bozzi; Andrea Bucelli; Ilaria Amelia Caggiano; Valentina Calderai; Mario Pio Calogero; Marco Francesco Campagna; Simona Caporusso; Valeria Caredda; Roberto Carleo; Sonia Carmignani; Achille Antonio Carrabba; Roberto Caso; 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; Alessandra Di Lauro; Francesca Di Lella; Mirko Faccioli; Rocco Favale; Alessia Fachechi; Marco Farina; Lourdes Fernandez Del Moral Dominguez; Edoardo Ferrante; Federico Ferro-Luzzi; Nicoletta Ferrucci; Arianna Finessi; Giancarlo Filanti; Maurizio Flick; Massimo Foglia; Luigi Follieri; Giampaolo Frezza; Arianna Fusaro; Francesco Gambino; Bianca Gardelli Tedeschi; Rosaria Giampetraglia; Stefania Giova; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Guido Alfio Grasso; Mauro Grondona; Freddy Andrés Hung Gil; Paola Iamiceli; Claudia Irti; Antonello Iuliani; Angela La Spina; Eva Leccese; Raffaele Lenzi; Joelle Long; Francesco Longobucco; Emanuele Lucchini Guastalla; Daniele Maffei; Anna Malomo; Francesca Manolita; Manuela Mantovani; Pierluigi Mazzamuto; Marisa Meli; Raffaella Messinetti; Francesco Mezzanotte; Andrea Mora; Arnaldo Morace Pinelli; Paolo Morozzo della Rocca; Raimondo Motroni; Gaetano Edoardo Napoli; Luca Nivarra; Ivan Libero Nocera; Luigi Nonne; Riccardo Omodei Salé; Andrea Orestano; Mauro Orlandi; Mauro Paladini; Massimo Palazzo; Antonio Palmieri; Rosanna Pane; Paolo Papanti Pellettier; Tereza Partot; Teresa Pasquino; Francesco Paolo Patti; Enza Pellecchia; Tommaso Pellegrini; Mauro Pennasilico; Leonardo Pérez Gallardo; Valerio Pescatore; Mariassunta Piccinni; Carlo Pilia; Fabrizio Piraino; Federico Pistelli; Benedetto Ponti; Sabrina Praduroux; Massimo Proto; Roberto Pucella; Vincenzo Putorti; Andrea Renda; Francesco Rende; Giorgio Resta; Francesco Ricci; Vincenzo Ricciuto; Maria Carlotta Rizzuto; Umberto Roma; Lucia Ruggeri; Antonio Saccoccio; Roberto Saija; Ugo Salanitro; Gabriele Salvi; Giovanna Savorani; Martin Schmidt-Kessel; Anna Scotti; Tommaso Oberdan Scozzafava; Roberto Senigaglia; Anna Maria Siniscalchi; Guido Smorto; Umberto Stefani; Giovanni Stella; Chiara Tenella Sillani; Giulia Terlizzi; Mauro Tescaro; Shaira Thobani; Sara Tommasi; Stefano Troiano; Emanuele Tuccari; Alberto Venturelli; Vincenzo Verdicchio; Pietro Virgadamo; Sandra Winkler.

Responsabili della Redazione: Daniele Imbruglia e Mario Mauro

Comitato editoriale e redazionale: Antonio Gorgoni (coordinatore); Michele Ciancimino; Vincenza Conte; Pietro Coppini; Federico Della Negra; Edoardo Messina; Chiara Sartoris; Giulia Torre.

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

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

ISSN 2239-8570

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

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

Saggi

Giustizia contrattuale. Le diverse visioni, di Giuseppe Vettori	p. 375
“Ambiente, clima e sostenibilità”: riflessioni introduttive, di Antonio Iannarelli	p. 387
Mercati digitali, intelligenza artificiale e tutele contrattuali del consumatore, di Paola Iamiceli	p. 451
L’“emancipazione digitale” del minore e l’uso inconsapevole dell’AI: l’efficacia del quadro normativo e gli effetti sulla validità del contratto, di Arianna Alpini	p. 483

Commenti

Alcune riflessioni sui rapporti tra innovazione tecnologica e comparazione nel settore agroalimentare, di Matteo Ferrari	p. 517
Saving the harvest: legal frameworks to tackle global food loss and waste, di Francesco Planchenstainer	p. 535
Dipendenze digitali e conformazione del mercato. Addictive design, economia dell’attenzione e governo del rischio, di Michele Ciancimino	p. 559
Note critiche ai nuovi arresti in tema di interpretazione e meritevolezza del contratto di SWAP, di Elisabetta Errigo	p. 585
Autonomous vehicles and the duty of damage compensation: how liability regulations may influence self-driving cars development, di Federico Gasparinetti	p. 615
La riproduzione di beni culturali digitalizzati: criticità giuridiche nel contesto italiano, di Laura Di Nicola	p. 677
Azione di riduzione e onere della prova. Nota a Cassazione civile, Sezione II, ordinanza, 23 luglio 2025, n. 20954, di Luigia Romano	p. 703

Osservatorio

Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell’OGID*	p. 719
---	--------

Saggi

GIUSTIZIA CONTRATTUALE. LE DIVERSE VISIONI*

Di Giuseppe Vettori

| 375

SOMMARIO: 1. *Giustizia ed evoluzione delle fonti. Una premessa.* – 2. *La prassi e le fonti del contratto.* – 3. *L'ambiente digitale e i software di IA.* – 4. *Giustizia, legge e volontà popolare.* – 5. *La giustizia contrattuale nella riforma del Code Civil.* – 6. *Le diverse visioni della giustizia contrattuale nella dottrina francese.* – 7. *La giustizia contrattuale nella dottrina italiana.* – 8. *La realtà: il punto e la linea.*

ABSTRACT. *Il contributo esamina le diverse concezioni della giustizia contrattuale alla luce delle trasformazioni contemporanee del sistema delle fonti e dell'autonomia privata. Il pluralismo normativo, la diffusione di regole transnazionali, l'emersione di poteri economici e digitali e lo sviluppo dell'intelligenza artificiale rendono insufficiente una rappresentazione del contratto fondata esclusivamente sulla volontà delle parti e sulla centralità del codice. In tale contesto, la giustizia contrattuale non coincide né con l'applicazione automatica della legge né con un indefinito potere correttivo del giudice, ma richiede un confronto istituzionalmente controllato tra regole, principi e interessi contrapposti.*

This article examines the different understandings of contractual justice in light of contemporary transformations in the system of legal sources and private autonomy. Normative pluralism, the spread of transnational rules, the emergence of economic and digital powers, and the development of artificial intelligence make it increasingly inadequate to conceive of contract law as grounded exclusively in party autonomy and in the centrality of the civil code. In this context, contractual justice coincides neither with the automatic application of the law nor with an undefined corrective power vested in the judge. Rather, it requires an institutionally controlled engagement between rules, principles, and conflicting interests.

1. Giustizia ed evoluzione delle fonti. Una premessa.

Come si è osservato esattamente¹, la separazione del diritto dalla politica e dalla morale è stata sempre una pregiudiziale per un'analisi scientifica perché, si osserva, il richiamo ai valori può allontanare dall'oggettività. Ce lo ricordano le analisi sulla dottrina pura del diritto², sulle qualità sue formali del diritto³ e, poi, sulla necessità di separare il sottosistema giuridico dagli altri sottosistemi di regole morali o politiche⁴.

Secondo questi insegnamenti, è giusto ciò che è adeguato al fatto e alla norma pertinente al fatto, ma a ben vedere ciò non accade sempre e dipende dal tempo. Per molti motivi. Basta pensare che una decisione formalmente 'giusta' può essere in contrasto con la verità nel caso di un giudicato basato su una ricostruzione errata dei fatti⁵. Così, la verità è sacrificata alla certezza creata dal diritto. Valore relativo peraltro che è smentito, oggi, quando la Corte di Giustizia dell'UE fa prevalere la posizione di un debitore-consumatore di fronte ad un giudicato a lui pregiudizievole⁶.

Dunque, il tempo e l'evoluzione delle fonti incide anche sulla differenziazione del diritto e ne è prova la diffusione di reti di regole provenienti dal legislatore nazionale, dal testo costituzionale, dall'ordinamento comunitario e dai vincoli internazionali, tutte interne al diritto ma frutto di esigenze e valori diversi da confrontare fra loro. Perché in pochi anni la pluralità culturale e delle fonti transita dal piano dei fatti al piano dei valori dei quali il diritto stesso si fa carico, imponendo un necessario confronto fra istanze diverse da rendere compatibili, per individuare e per interpretare la regola giuridica adeguata al fatto presupposto⁷.

*Il testo è tratto dall'intervento all'incontro 'Dieci anni dell'Ordonnance n° 2016-131 del 10 febbraio 2016 di riforma del diritto francese dei contratti, della disciplina générale e della prova delle obbligazioni' svolto a Roma il 20 marzo 2026 e organizzato dall'Associazione Civilisti e dall'Institut de Recherche en Droit Privé.

¹ U. BRECCIA, *Che cosa è "giusto" nella prospettiva di diritto privato?*, in E. Ripepe (a cura di), *Interrogativi sul diritto "giusto"*, Pisa, 2001, pp. 93-102 e ora in U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato, I, Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, pp. 285-293; ID. *Diritto, Verità, Giustizia*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti in onore di Angelo Luminoso, I*, Milano, 2013 pp.11-26, ora in *Immagini del diritto*, cit., pp. 295-307.

² H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, edito in Italia da Einaudi, Torino, 1952, p. 57. Il giudizio di giustizia esprime soltanto il valore relativo della conformità alla norma. "Giusto" è qui soltanto una parola diversa per dire "legale". "Giustizia" nel significato che le è proprio e che la differenzia dal diritto esprime però un valore assoluto.

³ M. WEBER, *Economia e società, Diritto*, edito in Italia, a cura di M. Palma, da Donzelli, Roma, 2016, pp. 282 ss.

⁴ N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, edito in Italia da Il mulino, Bologna, 1978, pp.31 ss.

⁵ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 164, fa l'esempio di una confessione fa piena prova, nel diritto italiano, contro colui che l'ha fatta, anche se contraria al vero. Sul rapporto tra processo e verità, si v. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

⁶ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, cause riunite C-693/19 e C-831/19, Banco Desio, 17 maggio 2022.

⁷ U. BRECCIA, *Che cosa è "giusto" nella prospettiva del diritto privato?*, cit. p. 286.

Insomma, in un contesto pluralistico di fonti che si evolvono è ovvio che compaiano momenti valutativi diversi non riducibili ad una forma giuridica unitaria. Ciò non significa il trionfo della giustizia oltre o dentro il diritto, ma implica “uno sforzo continuo di inclusione delle diverse ragioni del conflitto” che le norme giuridiche e non solo la morale devono comporre.⁸ Da qui anche nel diritto privato una forma di giustizia che ingloba diverse sfere di valori senza rinunciare alla necessità di una decisione sottoposta a precisi controlli⁹.

Solo alcuni esempi.

2. La prassi e le fonti del contratto

Nei contratti c.d. internazionali rilevano la legge statale, il diritto europeo, ma anche le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite¹⁰. Le clausole compromissorie, in Italia, possono contenere non solo il rinvio alla legge straniera applicabile, ma anche ad altre *norme* (art. 829, comma 3, c.p.c., che richiama le “regole di diritto” e, dal 30 giugno 2023, al nuovo comma 2 dell’art. 822 c.p.c., aggiunto dall’art. 3, comma 53, del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Un rinvio che comprende anche i Principi Unidroit, le FIDIC per i contratti di costruzione, gli Incoterm per la compravendita e il trasporto, i c.d. contratti alieni, domestici “ma pensati e scritti sulla base di un modello diverso da quello italiano” e che si dovranno valutare “con i principi del nostro ordinamento”¹¹. Ancora. La nostra Corte di Cassazione si confronta, pur con diversità di vedute, sulla recezione di istituti stranieri come la *Verwirkung*¹².

Tutto ciò porta a dire che occorre abbandonare una logica centrata sul solo codice, per fare ordine fra tutte le fonti che rilevano per l’autonomia privata e pensare ad un nuovo *Usus Modernus Pandectarum*, per ricomporre l’insieme a sistema¹³.

Con un problema di fondo.

Le parti possono mettersi d’accordo, in Italia in Francia e non solo, per liberarsi di gran parte del diritto dei contratti e ciò che sta accadendo oggi è

⁸ *Ibid.*

⁹ U. BRECCIA, *Che cosa è “giusto” nella prospettiva del diritto privato?*, cit., p. 287.

¹⁰ G. DE NOVA, *I confini della autonomia privata*, in *Jus civile*, 2025, pp. 663 - 666.

¹¹ G. DE NOVA, *Contratto alieno*, in *Enc. dir., I Tematici, Contratto*, a cura di G. D’Amico, Milano, 2021, pp. 193 ss.

¹² Noti i riferimenti giurisprudenziali Cass., 14 giugno 2021, n. 16473 (con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *La “Verwirkung” (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1186 e Cass., 26 aprile 2024, n. 11219 del 2024, con commento di A. RENDA, *La Cassazione torna sulla “Verwirkung” per negarla*, in *ivi*, 2024, p. 1142 e F. LONGOBUCCO, *Estinzione del credito tra dottrina della “Verwirkung” e perdita del diritto come “pena privata”. Note a margine del recente “revirement” di Cass.*, (ord.), 26.04.2024, n. 11219, in *Pers. merc.*, 2024, p. 365. Sul tema, si v., tra gli altri, R. FAVALE, *Comportamento del creditore fra rinuncia tacita e “Verwirkung”*, in *Comp. dir. civ.*, 2022, p. 209; G. GRISI, *Brevi note sull’esazione della prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2023, p. 803; F. BENATTI, *Uno sguardo comparatistico sulla “Verwirkung”*, in *Banca borsa*, 2025, p. 694.

¹³ G. DE NOVA, *I confini dell’autonomia privata*, cit., p. 664.



3. L'ambiente digitale e i software di IA

La società digitale e il problema dell'intelligenza artificiale sono una conferma della necessità di un ruolo nuovo della scienza giuridica, non fosse altro perché nel nuovo millennio la tecnica assume una nuova forma ed occorre un nuovo sapere frutto di una cultura che sappia coniugare il metodo scientifico con la cultura del dubbio e del controllo¹⁵. Non solo.

È sempre più evidente come l'economia e la tecnologia digitale abbiano mutato il volto del diritto e la distinzione fra il dover essere della legge e l'essere dei fatti¹⁶. Lo Stato non ha più una funzione primaria per un motivo chiaro: i poteri economici e digitali, privi di legittimazione democratica, sono capaci di dettare e imporre il loro ordine¹⁷. L'economia e la finanza hanno concentrato un'enorme ricchezza nelle mani di pochi¹⁸, "svincolati da ogni patria"¹⁹. Gli algoritmi e i numeri incorporano regole invisibili che incidono sulle nostre azioni senza bisogno di esecutori²⁰. La libertà è oggi abusata e distorta: non è uno spazio individuale protetto, ma solo la facoltà di consentire una vera prevaricazione²¹. La nascita, la genitorialità, il genere, la fine della vita, ma anche il lavoro, la pretesa di una vita degna e le disuguaglianze intollerabili, esigono un pensiero forte senza riduzioni ideologiche²². La manifestazione del voto, uno dei pilastri dello Stato di diritto, è manipolata con milioni di messaggi, veri, falsi, distorti, che ogni giorno transitano sui *social* secondo i tempi e i modi di una comunicazione commerciale pervasiva e personalizzata²³.

Da qui un nuovo ruolo per il diritto, chiamato a svolgere una funzione essenziale, costruendo «regole, limiti, sanzioni», tramite un approccio «flessibile e aperto alla condivisione»²⁴. Un umanesimo costruttivo che conferisce

¹⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Tome 1 Contrat et engagement unilatéral*, Paris, 2024; EAD., *Istituire la libertà*, Milano, 2026.

¹⁵ A. PUNZI, *Il dialogo delle intelligenze tra umanesimo e tecnoscienza*, in *Pers. merc.*, 2023, pp. 160 ss.

¹⁶ U. MATTEI, *La fine del diritto*, Milano, 2025.

¹⁷ M.R. FERRARESE, *Normatività in competizione. Economia e tecnologia erodono lo spazio del diritto*, in *Pol. dir.*, 2024, pp. 9-29; EAD. *Giustizia e digitalizzazione. Verso una dialettica servo-padrone*, in *ivi*, 2024, pp. 347-367.

¹⁸ T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, edito in Italia da Bompiani, Milano, 2014.

¹⁹ S. MATTARELLA, *Intervento del Presidente della Repubblica alla XVII Conferenza delle Ambasciatrici e degli Ambasciatori d'Italia*, 17 dicembre 2024.

²⁰ C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, edito in Italia da Giunti Editore, Milano, 2016.

²¹ M. FABRE MAGNAN, *Istituire la libertà*, cit.

²² G. VETTORI, *Persona e Pluralismo*, Firenze, 2024, pp. 12 ss.

²³ W. QUATTROCIOCCI e A. VICINI, *Polarizzazioni*, Milano, 2023.

²⁴ A. PUNZI, *Il dialogo delle intelligenze tra umanesimo e tecnoscienza*, cit., pp. 161 ss.

al diritto un nuovo compito²⁵. Ancora in gran parte da costruire²⁶, con la necessaria consapevolezza sistematica²⁷.

Non solo.

Nella regolazione dell'IA emerge un dato, seppur con alcune differenze fra ordinamenti. Ciò che è possibile per la scienza non è sempre eticamente accettabile e può determinare, anzi, esiti inammissibili²⁸. Per questo, diritto ed etica sono indicati nel Regolamento (UE) 2024/1689 come limiti alla tecnologia. Perché, da sempre, diritti e libertà dipendono dal tipo di società in cui si vive²⁹.

Questa verità fa riflettere su un fatto³⁰. Il diritto civile, in dialogo con il diritto pubblico, non può non avere una forte attenzione all'assetto della società in cui si vive, oltre a dover perseguire una funzione pubblica, per una pluralità di ragioni. Persona e Pluralismo (economico, sociale e giuridico) sono inseparabili, se si vuol dare risposte adeguate ai problemi di oggi. Occorre una scienza giuridica autonoma dalla Politica, capace di decostruire ogni mitologia e manifestazione fantastica del potere, per garantire il rispetto dei diritti e doveri fondamentali, tramite organi nazionali e sovranazionali in dialogo fra di loro.

Solo così, Stato di diritto e democrazia manterranno un valore effettivo in Europa e non solo³¹.

4. Giustizia, legge e volontà collettiva.

Dunque, l'evoluzione e la pluralità delle fonti impongono diversi momenti valutativi nel diritto privato contemporaneo, con alcune precise conseguenze. È impossibile descrivere la giuridicità così come lo si faceva in un passato in cui bastavano due fatti: da un lato, la certezza giuridica del diritto eguale, dall'altro, una dogmatica capace di ricondurre tutto ad un sistema coerente e completo.

È nato da tempo un nuovo modo di far diritto privato, secondo percorsi assai lontani da gloriosi modelli, perché la ricerca di quel che è giusto deve misurarsi con una complessità sociale e politica che non ha precedenti e deve esprimersi in un ordine istituzionale oggettivo, ove la questione del “vero” e del “giusto” attiene al momento della formazione della regola, al suo rispetto e alla sua applicazione. Come momenti inseparabili.

Anzitutto, la regola contrattuale non è giusta in via automatica, perché essa presuppone una parità che di fatto non c'è³². Si tratta di trovare la giu-

²⁵ N. IRTI, *L'ultima transizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 206-209.

²⁶ D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell'interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, pp. 921 ss.

²⁷ S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Pers. merc.*, 2022, p. 527.

²⁸ Così, P. STANZIONE, *Introduzione*, in S. ORLANDO (a cura di), *Libertà e liceità del consenso nel trattamento dei dati personali*, Firenze, 2024, pp. 5 ss.

²⁹ B. CONSTANT, *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, edito in Italia da Einaudi, Torino, 2001, pp. 15, 16, 22, 24 in part. pp. 27, 28, 30-35.

³⁰ M. FABRE MAGNAN, *Istituire la libertà*, cit., pp. 45 ss. e 203 ss.

³¹ G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, Firenze, 2024, pp. 3 ss.



sta misura “per la strada della massima difesa di tutte le argomentazioni individuali, collettive pubbliche”. Ma anche l’idea assoluta di una legge “incarnazione di una volontà popolare che esprima il massimo possibile di giustizia condivisa secondo la dittatura delle maggioranze” è legata al passato. Oggi il “giusto giuridico” non può essere espresso da una legge valida in base al numero dei voti, ma “esige un’espansione di tutte le potenzialità insite così nel giusto contrattuale e legale come nel giusto dei principi che fondano il diritto vivente in tutti i suoi rami e dunque anche nel diritto privato”. Il quale ha bisogno di nuove ricerche “nell’area dei mercati e del contratto, ma anche sulla indisponibilità di beni e diritti garantiti alle persone fuori e dentro le formazioni sociali”.

Insomma, la complessità del mondo esige che si esaltino “principi che includono il rispetto del pluralismo ideologico e del pluralismo istituzionale”, partendo dalla inviolabilità dei diritti fondamentali, capace di fondare un metodo di confronto delle culture e diffidente rispetto alle “organizzazioni giuridiche di fatto più forti”. Un uso corretto delle clausole generali e dei principi può essere una via utile e rigorosa, se è orientata alla pratica e rifugge da derive pericolose, per orientarsi a contatto con una “cultura politica rinnovata”, che passa anche e soprattutto da una buona attività riformatrice del legislatore. Per l’interprete valgono almeno tre indicazioni essenziali: “il nesso necessario fra il diritto, l’argomentazione e la decisione”; il rifiuto della “giustizia assoluta e urlata nella piazza”; infine, il rispetto del “carattere istituzionale e culturale del mercato”, senza farne “un meticcio ideologico”. Il tutto tramite una “prudenza” fondata su di un pensiero che si confronta con l’innovazione politica, e una cultura complessa ma mai arbitraria del giudicare. Ma, soprattutto, con l’invito “all’oggettività nella ricerca del giusto giuridico e all’opportunità di non confondere quell’istanza con l’appello non mediato a un valore assoluto di giustizia”, incompatibile con la complessità del tempo.

5. La giustizia contrattuale in Francia dalla riforma del *Code Civil* ad oggi.

La *réforme* della disciplina contrattuale del Code civil tocca, tra l’altro, il tema della giustizia contrattuale³³. Il Rapporto al Presidente della Repubbli-

³² U. BRECCIA, *Che cosa è “giusto” nella prospettiva di diritto privato?*, cit., pp. 285-293. Ivi anche le citazioni successive.

³³ La Riforma è frutto di una molteplicità di progetti e di autori, dal 2006, il *Rapport* di Pierre Catala e poi la riforma della prescrizione, il progetto di Francois Terré, pubblicato nel 2009, e i volumi curati dalla *Société de législation comparée* (SLC) e dall’*Association Henri Capitant*, uno sulla Terminologia e i concetti del diritto europeo dei contratti, e l’altro sui Principi contrattuali di direzione di tale diritti, il risultato di un gruppo di lavoro della Corte di Cassazione sotto la direzione di Pierre Sargos del 2007. Tutto ciò ha consentito alla *Chancellerie* di prendere l’iniziativa che ha portato alla riforma del diritto francese dei contratti. La dottrina italiana ha riservato grande attenzione a questo evento storico: si v. tra gli altri i contributi raccolti nel numero dedicato alla *réforme* dalla rivista *Persona e mercato* (2018, 1) nonché i vari contributi comparsi in *Giur. It.* (2018, 5) e in *Jus civile* (2022, 3).

ca evoca chiaramente “*l’objectif de justice contractuelle*”, realizzato in modo peculiare. La scomparsa della causa, la previsione di norme sulla formazione, sul contenuto lecito e certo, sul rilievo della buona fede e delle sopravvenienze. Novità che affidano nuovi e più penetranti poteri di intervento al giudice in base a un preciso orientamento: un dialogo permanente fra legge e giudice, che è stata la base delle nuove norme e che continuerà nel rinnovato contesto del diritto delle obbligazioni. Con tre obiettivi: *simplicité, efficacité et protection*, al fine di rendere il diritto dei contratti prevedibile e efficace, rigoroso e pragmatico, sì da consolidare e rafforzare l’*attractivité* del sistema giuridico francese³⁴.

Con tratti di un nuovo ordine del contratto, fondato su di un preciso e innovativo controllo dell’equilibrio negoziale tramite precise disposizioni³⁵. La disciplina della lesione, il ruolo di una obbligazione essenziale e fondamentale del contratto, la nullità delle clausole abusive, altre modalità di controllo, la nozione di economia del contratto, il richiamo di leggi speciali. L’estensione della disciplina delle clausole vessatorie ad ogni contratto non negoziato (art. 1171, *code civil*). L’ampio ruolo affidato alla buona fede e all’ordine pubblico riformato. La “violenza economica” (art. 1143, *code civil*) conosciuta da molti decenni nell’ambiente di *common Law*. La disciplina delle sopravvenienze e i nuovi e maggiori poteri conferiti giudice (art. 1195, *code civil*).

Tutte risposte adeguate ai tempi, che coniugano norme e principi, clausole generali e norme indeterminate, nella difficile attività di regolazione dell’autonomia privata e del contratto, attuate da una giurisprudenza intervenuta in modo significativo su una pluralità di casi, perché il ruolo del giudice e dell’interprete nel contesto della riforma è fondamentale. Per un motivo in particolare.

Il Rapporto al Presidente della Repubblica dispone che l’ordinanza, “salvo disposizione contrarie”, come nel caso della buona fede, del dovere di informazione e anche delle sopravvenienze, è suppletiva rispetto alla volontà. Sicché la maggioranza delle nuove disposizioni non sono di ordine pubblico e le parti possono accordarsi in modo diverso rispetto al testo della legge. Ma, come si è osservato³⁶, quel rapporto ha solo un valore persuasivo e non normativo. I giudici non sono tenuti al rispetto di tale direttiva e potranno utilizzare le novità della riforma (vizi del consenso, violenza economica, abuso di dipendenza economica, assenza di contropartita) per decidere se una clausola che rimetta in questione una regola essenziale del codice debba essere annullata o ritenuta come non scritta, specie se essa è contenuta in un contratto per adesione.

Di più, i giudici potranno affermare che alcune regole sono di ordine pubblico³⁷. Certo, è ragionevole supporre che le parti, facendo leva sulle direttive contenute nel Rapporto, agiranno in deroga alle nuove disposizioni,

³⁴ Il *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* si legge in www.legifrance.gouv.fr.

³⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, cit., p. 515-543.

³⁶ *Ibid*, p. 58-59

³⁷ *Ibid*, p. 59 e, *ivi*, il richiamo a Cass.civ., 5 giugno, 2017, n.16-407.



apponendo clausole che tendano a dimostrare l'eguale forza delle due parti. Ma i giudici potranno paralizzare quelle affermazioni quando sembrano essere formulate in condizioni discutibili. E' il caso delle pattuizioni che hanno l'effetto di far rinunciare una delle parti a una protezione accordata dal *Code civil*. Le clausole dovranno essere interpretate in modo restrittivo dal giudice e non aver valore se non per "*lo strict domaine quell'elles visent et non pas nécessairement pour toute la règle concernée*".

6. Le diverse visioni della giustizia contrattuale nella dottrina francese

La dottrina civile francese dialoga oggi con la filosofia sulla nozione di giustizia, con visioni diverse che chiariscono il tema e il suo rilievo pratico ancor oggi³⁸.

Alain Serrioux ne indica tre significati. La giustizia: a) è la qualità attesa dai comportamenti che riguardano i nostri rapporti con gli altri: (*ius suum unicuique tribuere*) (Ulpiano), b) è l'insieme degli organi che in una società occidentale sono incaricati di rendere giustizia (Aristotele), c) è la costruzione di una società ove tutti e ciascuno possiedono ciò che è giusto (Tommaso d'Aquino). I tre termini insieme indicano il dato oggettivo della giustizia, da cui scaturisce quella contrattuale, perché il contratto è una modificazione volontaria dell'ordine giuridico. Un ordine attento ad una giusta ripartizione di beni e cose (Sant'Agostino), che assegna a ciascuno il suo posto entro una misura protetta dai principi di ordine pubblico, buon costume e principi fondamentali del diritto dei contratti elaborati e riconosciuti dalla giurisprudenza. Insomma, secondo questa visione, il giusto è una forma di legale equilibrio, adeguato ad ogni singolo caso, che il giudice determina nell'esercizio della sua *ars boni et equi*. Da qui, anche la distinzione di Aristotele, di una giustizia distributiva che riguarda il posto di ognuno nella società e una giustizia commutativa che mira a restituire l'equivalente, secondo le regole di ciascun contratto o, in caso, di accordo atipico quando comunque si è rotto l'equilibrio fra due persone. Sicché il prezzo è affare delle parti, salvo la lesione enorme, o certe clausole che si considerano abusive. L'interprete andrà oltre le parole, per cogliere lo spirito di ciò che si è convenuto. Buona fede, fedeltà e sincerità sono le fondamenta dell'impegno preso.

La replica autorevole del giurista positivo, Fabre-Magnan, è netta.

È un bene che i giuristi non lascino del tutto ai filosofi il tema della giustizia contrattuale, per vari motivi. Anzitutto, perché ridurre il tema alla giusta proporzione fra le prestazioni richiama sempre la distinzione di Aristotele fra giustizia degli scambi (commutativa) e giustizia della circolazione della ricchezza (distributiva). Un binomio, questo, frutto dell'ideologia anglosassone, basata su una concezione del contratto come un bene o, meglio, una merce qualsiasi, un oggetto che il consenso delle parti fa circolare. Ma il di-

³⁸ Si v. A. SERRIOUX, *Qu'est-ce que la justice contractuelle?*, in *Rev. Phil. droit*, 2025, e M. FABRE-MAGNAN, *Le consentement est-il une source de justice?*, in *ivi*, p. 93.

ritto civile deve anche assicurare protezione alle parti e contenere regole che riguardano il potere che le parti possono esercitare l'uno verso l'altro.

Ciò introduce un'altra fondamentale esigenza.

Perché il contratto sia giusto è necessario, anzitutto, che ci sia una giustizia del contesto, ossia del quadro entro il quale si concludono i contratti. Occorre tener conto di una temporalità richiamata dalla frase di Foullée: *qui dit contractuelle dit juste*. Che va intesa bene. Quel brocardo notissimo vuol dire una cosa precisa: perché il consenso sia fonte di giustizia occorre prima di tutto una giustizia del contesto al fine di permettere al libero consenso di avere un senso. Ciò ha un significato preciso anche per Foullée: occorre aver dimostrato il carattere equo del contesto prima di poter dimostrare il carattere equo dei contratti conclusi e il contratto è giusto perché i contratti sono autenticamente voluti, rispettano la volontà delle parti e dunque producono effetti³⁹.

Una conferma viene dall'art. 28 della Dichiarazione del 1948 ove si dice che: "ogni persona ha diritto che regni sul piano sociale e sul piano internazionale un ordine tale che i diritti e le libertà enunciati nella Dichiarazione possano trovare pieno effetto". Dunque, la libertà contrattuale non è spontanea, ma ha bisogno di essere istituita e garantita dal diritto. L'art. 1103 del *code civil* e il 1372 del c.c. italiano affermano la forza di legge del contratto entro un preciso quadro di disposizioni normative. Ed è questo il senso della giustizia contrattuale che può trarsi dall'*ordonnance*, quando introduce il rispetto della buona fede come regola di ordine pubblico e non suppletiva⁴⁰.

Certo, esistono varie posizioni che spingono la giustizia verso significati ove si dà massimo rilievo alle preferenze soggettive o si invoca una divinità. Ma tutto ciò può essere superato da un pensiero forte che considera diritto, democrazia, persona, verità, come parole espressione di una *région moyenne* lontana dal cielo e dalla terra⁴¹. Entità che il diritto può trasformare in realtà logiche e oggettive, senza attendere una parola divina. La giustizia, in particolare, è una di queste parole, di quei dati costitutivi che servono a dare un senso alle nozioni di consenso e di contratto.

7. La giustizia contrattuale nella dottrina italiana.

In una recente voce enciclopedica, il tema della giustizia contrattuale è affrontato con piglio critico e con un procedere chiaro⁴². Questi i passaggi. Il tema è antico quanto il rapporto fra diritto e giustizia. È il risultato di molteplici premesse che definiscono un contesto nuovo, come l'accelerazione

³⁹ Nel suo scritto sulla giustizia sociale, Foullée individuava tre teorie diverse: a) un naturalismo individualista, in Inghilterra, che tende all'onnipotenza dell'individuo, b) un naturalismo collettivista, in Germania, volto al materialismo e all'onnipotenza della società, c) un idealismo morale, in Francia che consente un simultaneo sviluppo dell'individuo e dello Stato, in base ad un connubio inseparabile fra giustizia e la solidarietà. Così, M. FABRE-MAGNAN, *Le consentement est-il une source de justice?*, cit. p. 93.

⁴⁰ V. il nuovo art. 1104 code civil, "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public".

⁴¹ S. WEIL, *La personne et le sacré* (1943), Paris, 2017.

⁴² G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., I Tematici, Contratto*, cit., p. 604-607.



del diritto europeo e il nuovo rapporto fra legislazione e giurisdizione, frutto di distorsioni e di eccessi. La legislazione sullo squilibrio negoziale è troppo invasiva, a partire dalla normativa sul consumo e dalle leggi speciali come l'usura, e non solo. L'opera integrativa e innovativa del giudice si manifesta non solo nei procedimenti interpretativi ma attraverso la ricerca di principi come "la ragionevolezza, la meritevolezza, l'effettività, capaci di fondare un generale potere di controllo e di sindacato sul contenuto del contratto da parte del giudice"⁴³. Posto spesso in concorrenza con il legislatore ma, soprattutto, oltrepassando la fattispecie e superando le previsioni normative e il procedimento analogico. E qui la preoccupazione aumenta. Perché, in tal modo, si teme l'affermazione di una giustizia sostanziale dei soggetti nel contratto, caricato di un compito che non può assolvere, pena la sua dissoluzione. E si finirebbe per attribuire al giudice un compito che spetta casomai alla Corte costituzionale e al legislatore. Con un esito apocalittico. Il pericolo di smarrire la razionalità del sistema, aggiungere ingiustizie determinare un esito contro funzionale⁴⁴.

La prospettiva da cui muove questa chiara visione è riconducibile a due assunti: *i*) nel guardare al passato di un contratto fra pari che non può essere assicurato né dalla volontà né dal consenso; *ii*) nell'ancorarsi al modello volontaristico del secolo XIX che non è in grado di affrontare la nuova realtà dell'autonomia privata nel tempo in cui viviamo.

Ancora.

In una raffinata riflessione sulla dogmatica, si afferma che la giustizia senza un puntello normativo sarebbe del tutto inconsistente. Il che richiama il problema delicato e discusso del ruolo di regole e principi costituzionali nel controllo del contratto, ma non giustifica le osservazioni critiche nei confronti di chi parla di giustizia contrattuale, come esigenza di un ordine e non come attribuzione di un potere al giudice⁴⁵. Qui, la prospettiva da cui si muove è evidente. Si nega il tema della giustizia contrattuale, rifugiandosi in un'idea di Dogmatica come lemma assoluto, panacea di un ordine ottocentesco che non c'è più⁴⁶. Quando invece il richiamo alla giustizia ha il compito, da sempre, di indicare e orientare una profonda continua evoluzione nella teoria del contratto⁴⁷, senza determinare affatto gorghi inevitabili⁴⁸. Registrati i passaggi e i cambiamenti, si deve prendere atto che la complessità attuale possa essere pensata e ordinata "in modo diverso dal passato"⁴⁹.

D'altra parte, si reputa da taluno che occorra oggi ricondurre ogni cosa al suo posto⁵⁰. La prospettiva da cui muove questo scritto brillante è che esista un posto giusto nella storia a cui ricondurre con certezza matematica il

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ C. CASTRONOVO, *Dogmatica del diritto*, Milano, 2024, p. 51.

⁴⁶ G. CAZZETTA, *Recensione a G. Vettori, Persona e Pluralismo*, in *Quad. fior.*, 2025, p. 663, parla di "lemma che non si è mai riscattato completamente dalla sua carica assolutistica" ispirata ad una precisa idea di giustizia ottocentesca.

⁴⁷ G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 815

⁴⁸ Così, invece, C. CASTRONOVO, *Dogmatica del diritto*, cit., p. 51

⁴⁹ G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, cit., p. 815.

⁵⁰ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, p. IX e pp. 3-14.

compito del diritto Ma, invero, è difficile individuare quale sia questo posto, per un motivo chiaro.

Secondo questo autorevole autore occorre restaurare generalità e astrattezza della legge. Riconoscere che le “svolte di sistema spettano alla politica”⁵¹. Ripensare la funzione della Corte costituzionale. Ridurre i margini dell’interpretazione, orientandola al rispetto del diritto positivo. Recuperare la distinzione fra morale e diritto. Guardare non all’*essere (alla fattualità)*, ma al *dover essere*, su cui si fonda il legame fra diritto, ordine e certezza. Riaffermare principi forti, come la causalità (se A allora B) e la consequenzialità necessaria (se A deve essere B). Nel rifiuto netto del neo-costituzionalismo, privo di egemonia culturale e “dominato da un soggettivismo incontrollabile”⁵².

Dunque, il pericolo che determina il disordine giungerebbe a noi dalla centralità dei principi costituzionali, dagli interpreti e dai giudici sì da rendere necessario rimettere le cose al loro posto. Ma i pericoli oggi sono ben altri. Soprattutto perché siamo in un periodo di rottura e non di transizione. In Italia e nel mondo le assemblee parlamentari perdono il loro ruolo e i governi sono infastiditi dal controllo di legalità della magistratura e degli altri organi intermedi. Le autocrazie svincolano il diritto positivo da qualsiasi principio democratico per affermare l’egemonia di un potere senza limiti.

8. La realtà. Il punto e la linea.

James Gordley osserva che le teorie volontaristiche si sono rivelate fragili ed “hanno consumato una definitiva rottura con la tradizione aristotelica, senza riuscire ad individuare alternative altrettanto valide”⁵³. Per questo, alla fine del ‘900, non si trova un accordo per fondare una rinnovata teoria del contratto. Per alcuni non sarebbe neppure necessaria, visto che una teoria generale del contratto non è stata elaborata né dai Romani, né dalla *common law*. Per altri, essa si dovrebbe basare sulle acquisizioni filosofiche moderne di ispirazione Kantiana, come Rawls, o utilitarista come Posner, ma entrambe, osserva Gordley, non affrontano adeguatamente il tema della giustizia. La prima perché non riesce ad individuare il minimo di consenso necessario per la validità del contratto. La seconda perché evoca la necessità dell’allocazione più efficiente e fa leva sul fine e lo scopo delle parti, secondo le idee, appunto, della seconda scolastica. Entrambe hanno la stessa difficoltà: l’impossibilità di edificare una teoria “antropologica più ricca di quella lasciata dal XIX secolo”⁵⁴ e si auspica una ripresa della tradizione Aristotelica o comunque di una visione che si preoccupi non solo della vo-

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ Richiamo ancora una volta e in certi passaggi testualmente, M. GRAZIADEI, *Recensione a James Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrin*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1992, pp. 524 ss. 25-528. E si veda ora il recente saggio di J. GORDLEY, *Private Rights and the common Good*, in *Tulane Public Law Research Paper*, 2022, pp. 1 ss.

⁵⁴ J. GORDLEY, *Private Rights*, cit., pp. 1 ss.



lontà, ma del risultato voluto e conseguito dai contraenti su cui esercitare un controllo.

Nel diritto civile, agli inizi del 2000, il tema della giustizia contrattuale ha dominato il dibattito scientifico in Italia⁵⁵ e non solo⁵⁶. All'inizio del nostro secolo si confrontano posizioni diverse: una visione nichilista di un diritto astratto e formale⁵⁷, la necessità di un pensiero collettivo oltre la forma dei diritti⁵⁸, un nuovo rapporto fra diritto e morale⁵⁹.

Venti anni dopo si parla di una nuova legalità in formazione, al di qua e al di là dell'Atlantico, che supera la vecchia distinzione fra *giusnaturalismo* e *giuspositivismo* e intreccia ermeneutica e pluralismo⁶⁰. Sicché stiamo assistendo, in alcune significative teorie, ad un ritorno allo studio della "connessione fra etica, politica e diritto". Senza pretese dogmatiche⁶¹, ma tramite il dialogo e una "tavola pitagorica" perché "uno ha sempre torto, ma con due comincia la verità"⁶².

Non fosse altro perché il sistema delle fonti muta ed è profondamente mutato a cavallo dei due ultimi secoli. Non più solo la legge ordinaria, ma anche i principi costituzionali e sovranazionali sono chiamati a valutare gli atti dei privati. La volontà popolare espressa, in procedure legali fissate nelle norme, non è più idonea, da sola, a fissare la rilevanza giuridica di atti e contegni. Sicché spetta alla legislazione e alla giurisdizione, ordinaria e costituzionale, alla Politica e alla scienza del diritto, in dialogo fra loro, ordinare un contesto giuridico nuovo.

⁵⁵ Senza pretesa di completezza, si v. tra gli altri G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 67; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto privato europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 411; EAD., *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. fior.*, 2014, p. 589; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 599; G. SMORTO, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, in *Mater. st. cult. giur.*, 2008, p. 219.

⁵⁶ H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659; M. BOUDOT, *La giustizia contrattuale in Francia*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 635; H.W. MICKLITZ (eds.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, 2011; ID., *The Politics of Justice in European Private Law. Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge, 2018.

⁵⁷ N. IRTI e E. SEVERINO, *Dialogo, su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, pp. 5 ss., 23 ss., 103 ss.

⁵⁸ P. BARCELLONA, *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su Giustizia e Verità*, Bari, 2001, pp. 5ss.

⁵⁹ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1 ss.

⁶⁰ Così, G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022, p. 35; cui adde J. GORDLEY, *Private Rights*, cit., p. 1 ss.

⁶¹ Così, A. PUNZI, (voce) *Filosofia del diritto*, in *Enc. Dir., Annali*, VI, Milano, 2013, pp. 1163 ss., in part. p. 174 e P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, (1995), Torino, 2000, pp. 11 ss.

⁶² F. NIETZSCHE, *La gaia scienza e Idilli di Messina*, Milano, 1977, p. 195, n. 260.

“AMBIENTE, CLIMA, SOSTENIBILITÀ”: RIFLESSIONI INTRODUTTIVE.

Di Antonio Iannarelli

| 387

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive sul titolo e sull'oggetto del saggio. - 2. “Globale, territoriale e locale” nei processi di intervento: una prima possibile differenziazione in termini di esperienza giuridica e di politica del diritto. - 3. A proposito del clima: globale e locale senza frontiere. - 3.1. La questione climatica ed il ruolo del diritto: i nuclei problematici. - 3.2. Il ruolo della società civile nella climate change litigation tra legittimazione all'azione e individuazione dei rimedi. - 3.3. Le azioni contro gli Stati a livello internazionale: un sintetico sguardo di insieme. - 3.4. Le azioni contro lo Stato nelle esperienze nazionali. - 3.5. Una prima traccia del contenzioso nella prassi giurisprudenziale nazionale: i limiti operativi della responsabilità civile extracontrattuale. - 4. L'ambiente tra globale e locale “dentro i confini”. - 5. L'insostenibile leggerezza della “sostenibilità”: la scommessa sul locale.

ABSTRACT. Il saggio affronta le problematiche relative alla lotta al cambiamento climatico, alla tutela ambientale e alla promozione della sostenibilità nell'ottica della loro rispettiva diversa incidenza a livello globale, nazionale e locale. Con riferimento, in particolare, alla questione climatica, su cui si sofferma in misura più ampia, il saggio mira ad illustrare, in una prospettiva comparata, i nuclei tematici più rilevanti incidenti sulla climate change litigation, sia internazionale sia nazionale, a partire dal rilievo del clima sul piano dei diritti fondamentali e delle tecniche di protezione applicate e applicabili nelle corti sovranazionali ed in quelle nazionali, nonché nei conflitti tra società civile e Stati e tra soggetti privati. In particolare, alla luce della distinzione tra property rules e liability rules e della prassi giurisprudenziale intervenuta in molte corti internazionali e nazionali, si sostiene l'inadeguatezza della tutela risarcitoria e l'uso improprio della responsabilità civile nelle climate litigations, emerse nella prima prassi del nostro paese, a fronte, viceversa, della necessità di attivare strumenti inibitori e di prevenzione. Quanto alla tutela dell'ambiente, il saggio si limita a segnalare la necessità di una più articolata dialettica normativa tra centro e periferia alla luce delle più rigorose esigenze di protezione che possono emergere a livello regionale. Infine, in ordine al più ambizioso progetto della sostenibilità, il saggio sostiene, nonostante il carattere olistico che si attribuisce alla sostenibilità in termini ambientali, economici e sociali con le conseguenti difficoltà di effettiva realizzazione di un progetto oltremodo ambizioso, la necessità di favorire un avvio dal basso di pratiche sostenibili con il coinvolgimento e il protagonismo della società civile.

This essay addresses issues relating to the fight against climate change, environmental protection and the promotion of sustainability, examining their respective impacts at global, national and local levels. With particular reference to the climate issue, which is discussed at greater length, the essay aims to illustrate, from a comparative perspective, the most significant thematic areas affecting climate change litigation, both international and national, starting with the importance of climate in terms of fundamental rights and the protection mechanisms applied and applicable in supranational and national courts, as well as in conflicts between civil society and states and between private individuals. In particular, in light of



the distinction between property rules and liability rules and the case law established in many international and national courts, the essay argues that the protection offered by compensation and the use of civil liability in climate litigation—as seen in the early case law of our country—are inadequate, whereas there is a need to activate injunctive and preventive measures. As regards environmental protection, the essay merely highlights the need for a more structured regulatory dialogue between central and local authorities, in light of the stricter protection requirements that may arise at regional level. Finally, with regard to the more ambitious project of sustainability, the essay argues that, despite the holistic nature attributed to sustainability in environmental, economic and social terms—and the consequent difficulties in effectively implementing such an exceedingly ambitious project—there is a need to encourage the bottom-up adoption of sustainable practices with the involvement and active participation of civil society.



1. Osservazioni introduttive sul titolo e sull'oggetto del saggio.

Le tematiche al centro del presente saggio, su “Ambiente, clima, sostenibilità”, rappresentano, nell’attuale, se non epocale, momento storico, la frontiera più problematica delle questioni economico-sociali di amplissimo respiro che si prospettano oggi per l’intera umanità sul pianeta terra: frontiera che si rivela drammatica non foss’altro perché l’urgenza delle risposte da fornire è in netto contrasto con l’acuirsi improvviso delle difficoltà con cui oggi esse vanno ricercate e praticate nella attuale realtà socio-politica dell’intero pianeta.

A prescindere per ora dalla verifica circa l’effettivo ruolo che il diritto può oggi assumere al riguardo, a livello microeconomico e macroeconomico, nazionale e sovranazionale se non globale, i mutamenti repentini nei rapporti tra la forza dei diritti e i diritti della forza emersi sul piano mondiale nei tempi a noi più vicini possono purtroppo accelerare processi in grado di condurre proprio a quella irreversibile “catastrofe” che molti decenni fa Hans Jonas¹ aveva lucidamente intravisto, nel segnalare, quale unico possibile antidoto, il ricorso, pur sempre affidato a scelte umane, al c.d. principio di responsabilità che ha fatto da battistrada a quello, oggi tendente a generalizzarsi, di precauzione.

Invero, le questioni sottese alle parole “ambiente e clima”, pur nella differenza oggettiva che già le sole espressioni linguistiche presentano², vogliono segnalare, con urgenza, un complessivo ben più generale degrado delle condizioni di vita sul pianeta terra. A sua volta, l’altro tema, quello della sostenibilità, appare evocare, quale risposta a questo complessivo degrado, un diverso generale modello di sviluppo, assai ambizioso quanto difficile da praticare, che si prospetta alternativo rispetto a quello più radicale della c.d. decrescita, ovvero dell’economia c.d. stazionaria: un modello, il primo, che vorrebbe correggere, senza contraddirlo, quello proprio dello sviluppo capitalistico affermatosi in maniera egemonica nelle società post-industriali, anche nella versione più avanzata legata al primato del mondo techno-finanziario: di qui la dialettica, non certo nuova ma indubbiamente più

¹ Il riferimento è a H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un’etica per la civiltà tecnologica* (1979), Torino, 1990. Non è un caso, del resto, che il pensiero del filosofo sia ricorrente quanto all’approccio all’attuale problematica della crisi climatica: si v. *ex multis* P.D. FARAH e A. LO GIUDICE, *Climate Justice in the Anthropocene and Its Relationship with Science and Technology: The Importance of Ethics of Responsibility*, in 55 *Connecticut L. Rev.*, 2023, 819 ss.

² Invero, come si preciserà nel testo, è diffusa la percezione che, “pur essendo strettamente connessi, il diritto ambientale e la giustizia climatica si riferiscano a contesti concettuali differenti, che non possono essere sovrapposti né esauriti l’uno nell’altro, nemmeno da un punto di vista strettamente normativo”: così T.G. TASSO, *La transizione giuridica nella transizione climatica. Dall’antropocentrismo del diritto soggettivo all’antropocentrismo del dovere in un rinnovato sistema di fonti*, in *Ircocervo*, 2025, 221 ss, in part. 227. Ciò, in quanto, a ben vedere, il sistema climatico costituisce per certi versi da un lato il contenitore geo-fisico e bio-fisico di tutte le componenti ambientali, dall’altro, a sua volta, è, per quanto autonomamente individuabile, pur sempre organicamente condizionato e condizionante la complessa articolata realtà ambientale.



drammatica, tra sviluppo quantitativo e progresso qualitativo, tra *growth* e *development*³.

Sul piano del diritto, in particolare, l'approccio alla ricerca di regole e tecniche adeguate non può non fare i conti con l'inevitabile diversità dei livelli su cui intervenire, da quello globale a quello locale, da quello istituzionale a quello sociale, ossia mediante il coinvolgimento delle molteplici sfere di giustizia presenti nell'esperienza giuridica⁴. Il tutto, per di più, nella consapevolezza che la concreta riuscita dell'operazione, per alcuni aspetti urgente e non rinviabile, esige, perché possa già soltanto avviarsi, un'effettiva nuova condivisione di valori che parta dal basso, sia all'interno delle singole società, sia delle istituzioni pubbliche e private operanti anche a livello sovranazionale e mondiale.

Sotto questo profilo, come ho avuto occasione di osservare già in altre sedi, la vicenda del covid19 può essere considerata come un significativo e, per fortuna, circoscritto segnale di allarme che ci è stato dato per cogliere i mutamenti che la stessa esperienza giuridica può subire a fronte di fenomeni drammatici, quanto repentini ed imprevisi: fenomeni in grado di coinvolgere le vite umane sull'intero pianeta con mutamenti capaci, a tacer d'altro, di alterare, nel bene e nel male, gli assetti istituzionali e giuridici vigenti, nonché di provocare spinte innovative, quanto contraddittorie, nel segno sia di una possibile rinnovata solidarietà e condivisione di un comune destino per l'intera umanità, sia, all'opposto, di una generalizzata lotta fratricida per la sopravvivenza a scapito dei più deboli, con esiti nefasti per tutti.

Prospettiva, quest'ultima, che, per di più, ha seriamente ripreso nuova linfa per via da un lato dell'erosione generale dei legami sociali, a favore della debole e frantumata connettività dei *social networks*, indotta da un individualismo anarchico che sempre più ha preso piede nella realtà sociale alle soglie del nuovo millennio, a spese del solidarismo e del welfearismo, e che si autolegittima nell'attuale era dell'incompetenza trionfante⁵; dall'altro, paradossalmente, per via della crisi che oggi coinvolge la stessa globalizzazione dei mercati. Infatti, quest'ultima crisi, a ben vedere, lungi dal correggerne gli aspetti negativi, muove a favore di una nuova stagione mercantile, tecnologica e tecnocratica, che, nel mortificare in primo luogo il diritto internazionale, porta con sé al declino delle strutture internazionali emerse all'insegna del multilateralismo nella seconda metà del Novecento; spinge a favore sia di un rinnovato bilateralismo fondato su rapporti di forza tra gli Stati, con il rilancio dei nazionalismi e del protagonismo velleitario delle

³ Sul punto si rinvia a quanto richiamato in termini più analitici nel nostro, *La sostenibilità ambientale nella e per l'agricoltura*, in *Riv. dir. agr.*, 2025, I, 3 ss., ivi ampi riferimenti bibliografici.

⁴ Sulle peculiarità, in tale prospettiva, della giustizia climatica., anche alla luce della distinzione tra danno ambientale e danno climatico, si rinvia a M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE online* 2020, 1345 ss. e a V. CONTE, *Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali*, ivi, 2023, 669 ss.

⁵ E si v. la lucida analisi di T. NICHOLS, *L'era dell'incompetenza e i rischi per la democrazia*, Roma 2017, sulla scia della risalente indagine edita nel lontano 1963 da R. HOFSTADTER, *L'odio per gli intellettuali in America*, Roma 2024.

piccole patrie, sia della rafforzata compresenza di nuovi signori dell'economia-finanziaria e della tecnologia che, quali poteri nuovi⁶, si posizionano con crescente forza a livello del pianeta ben al di là dei tradizionali orizzonti territoriali dei singoli Stati sovrani.

A fronte di pericoli epocali che il cambiamento climatico e il degrado dell'ambiente preannunciano e che esigono interventi urgenti e non più rinviabili, non è difficile prospettare, a tutto concedere, anche alla luce dell'attuale controverso contesto politico e sociale, il rischio concreto innanzitutto di una alterazione, peraltro non più solo emergenziale, degli stessi modelli costituzionali che si sono affermati nella modernità secondo il canone occidentale⁷.

Questa alterazione può qui sinteticamente rappresentarsi, a mio avviso, nel segno del possibile quanto verosimile passaggio dal *costituzionalismo dei bisogni*, preziosa eredità del Novecento giuridico e che oggi continua a regredire sotto i colpi del neoliberismo, al *costituzionalismo della necessità*, con caratteri nemmeno più solo di emergenza temporanea. Costituzionalismo, questo ultimo, suscettibile di compromettere, se non anche di sacrificare, la tutela dei diritti fondamentali individuali e collettivi, faticosamente recepiti dall'esperienza giuridica dopo secoli di lotte sociali, nonché di minare le fondamenta della stessa democrazia politica, con il rischio di ridurre, su larga scala, l'intero diritto a puro "arcanum dominationis"⁸.

2. "Globale, territoriale e locale" nei processi di intervento: una prima possibile differenziazione in termini di esperienza giuridica e di politica del diritto

È, dunque, nel contesto richiamato in questa breve introduzione, che va collocata la lettura delle problematiche evocate nel titolo stesso di questo saggio e tra loro accomunate. Invero, se ambiente e clima riassumono le principali questioni su cui deve oggi concentrarsi l'attenzione, a sua volta, la sostenibilità, pur con tutta l'ambiguità e l'indeterminatezza dei suoi contenuti, vorrebbe indicare, sul piano culturale e valoriale, un'originale modalità, di ben più ampia applicazione, in cui collocare l'esercizio di tutte le attività umane, a partire innanzitutto da quelle economiche poste in essere dalle imprese. Di qui, complessivamente, discende l'individuazione anche di regole e rimedi giuridici finalizzati non solo a fronteggiare con urgenza le problematiche relative alla tutela dell'ambiente e al contrasto

⁶ Si v., al riguardo, M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Bologna 2022.

⁷ Per una prima riflessione circa l'incidenza al livello costituzionale della crisi ambientale e climatica si v. i saggi pubblicati nella rivista *DPCE online* n. sp. 2, 2023 e n. 2, 2024, 845 ss., nella sezione dedicata a *I giuristi e l'antropocene, prime istruzioni di viaggio*; sugli sviluppi, per una prima ricognizione si v. D. AMIRANTE, *Dall'eco-scetticismo al costituzionalismo ambientale Venticinque anni di comparazione giuridica in materia di ambiente*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2024, 779 ss.; sul rilievo della comparazione cfr. B. POZZO, *Il contenzioso climatico nel prisma del diritto comparato*, *ivi*, 987 ss.; ID., *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 271 ss.

⁸ Così F. NEUMANN, *Mutamenti della funzione della legge nella società borghese* (1937), in ID., *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna 1973, 257.

dell’alterazione del clima, ma anche a prevenirne l’aggravamento nel futuro, nonché a tentare, ammesso che ciò riesca, di invertire addirittura quei processi che, nel più generale degrado dell’ambiente, comportano l’irreversibile depauperamento del capitale naturale del pianeta, al quale a loro volta contribuiscono, con velocità esponenziale, anche i cambiamenti climatici⁹.

Affrontare analiticamente tutta la problematica racchiusa nelle questioni ora richiamate esula, ovviamente dai limiti di questo scritto, non fosse altro perché negli ultimi tempi si è accumulata una assai vasta letteratura giuridica¹⁰ (accanto a quella scientifica, politica ed economica) che ha già avviato al riguardo un’articolata analisi nella prospettiva del diritto internazionale, costituzionale, pubblico e privato.

Il tutto è intervenuto, peraltro, già alla luce sia di un’esperienza giuridica emersa a più livelli, nazionali ed internazionali, nonché di quella giurisprudenziale registratasi nelle corti nazionali ed internazionali, sia della prassi operativa adottata dalle istituzioni pubbliche e, infine, promossa dagli stessi operatori economici¹¹. Quest’ultima, in particolare, è intervenuta, assai timidamente, sulla base tanto di scelte unilaterali ovvero convenzionalmente concordate tra le stesse imprese, quanto di prassi orientate dalla normativa proveniente da fonti multilivello: si pensi, ad es., ai temi della responsabilità sociale di impresa e della *due diligence*¹², quali forme regolative alternative rispetto alla fissazione di discipline uniformi più rigide e cogenti, secondo il modello del *command and control*; forme che, purtroppo, nel contesto politico attuale appaiono destinate a registrare un incerto avvenire.

Ciò che qui preme, viceversa, rimarcare, mediante un piccolo carotaggio su alcune questioni rispettivamente riguardanti la tutela dell’ambiente, il perseguimento dell’obiettivo ambizioso costituito dalla c.d. neutralità clima-

⁹ Quanto all’impatto che il mutamento del clima può avere sul solo nostro paese si v. il rapporto curato dall’organizzazione non profit *Climate analytics* fermo al 2020 nel sito www.climateanalytics.org.

¹⁰ Per una prima rassegna, assai ampia per quanto ferma al 2021, si rinvia a M. CARDUCCI, *Orientamenti bibliografici di diritto climatico*, Lecce 2021; altri ampi riferimenti in P. FEMIA, *Responsabilità civile e climate change litigation*, in *Enc. dir., I Tematici*, VII, *Responsabilità civile*, diretto da C. Scognamiglio, Milano 2024, 847 ss.

¹¹ In ordine al contenzioso che si è sviluppato negli ultimi decenni, per una prima valutazione si rinvia a J. PEEL e H.M. OSOFSK, *Climate Change Litigation*, in *15 Annual Rev. L. Soc. Sc.*, 2020, 21 ss. Per quello più recente si v. la rassegna fornita da M.A. TIGRE e M. BARRY, *Climate Change in the Courtroom: Trends, Impacts and Emerging Lessons*, United Nations Environment Programme, Nairobi 2025.

¹² Il riferimento, in particolare, è qui alla direttiva 2024/1760, al centro di un vastissimo dibattito a livello europeo, che impone soprattutto alle grandi società l’obbligo “di adottare e attuare un piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici volto a garantire, con il massimo impegno possibile, la compatibilità del modello e della strategia aziendale della società con la transizione verso un’economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5 °C in linea con l’accordo di Parigi” (così l’art. 1, par. 1, lett. c), specificando, nel successivo art. 22, i contenuti del piano destinato alla lotta ai cambiamenti climatici.

Più in generale, con riferimento, alla sostenibilità nella catena del valore si v. per tutti la recente ricognizione curata da F. CAFAGGI, P. IAMICELI e F. PISTELLI, *Sustainability, Due Diligence and Value Chain Governance*, Cheltenham, 2025.

tica¹³, nonché l’attuazione pratica della sostenibilità (la quale, per di più, vorrebbe olisticamente essere al contempo ambientale, economica e sociale) è che, a tale fini, l’esperienza giuridica si connota in maniera singolare; deve seguire sentieri nuovi e per certi versi tra loro inevitabilmente contraddittori: questi, infatti, da un lato tendono ad allontanarsi del tutto da quelli ricevuti dalla tradizione, dall’altro esigono una rivisitazione dello stesso strumentario concettuale adottato sino ad ora dalla scienza giuridica.

La complessità dell’analisi delle tematiche richiamate nel titolo del presente saggio discende peraltro dal fatto che per certi aspetti, come si cercherà di evidenziare in estrema sintesi, esse possono, anzi debbono, prendersi in considerazione in maniera separata, sebbene siano oltremodo interdipendenti ed intrecciate, per cui, come tali, prospettano itinerari, anche in termini di politica del diritto, oltremodo ardui da percorrere.

Al fine di evidenziare questo secondo assunto, a mio avviso di assoluto rilievo per lo stesso corretto approccio giuridico, mi sembra particolarmente utile e prezioso il richiamo ad una acutissima osservazione che negli anni cinquanta del secolo scorso aveva avanzato Tullio Ascarelli in sede di riflessione della cultura giuridica sulla tematica della proprietà e dei relativi conflitti nella prospettiva propria della indagine comparatistica¹⁴.

Nel richiamare la diversità delle esperienze che in quel momento storico si registravano nel mondo a proposito della riflessione politica e giuridica sulla proprietà, con particolare riguardo a quella agraria e fondiaria, quel grande studioso non mancò di evidenziare che, pur nella contemporaneità di quelle esperienze, il tema della proprietà presentava problematiche tecniche e politiche nonché elaborazioni giuridiche assai diverse da paese a paese, proprio perché le singole esperienze giuridiche presenti nei vari paesi dislocati sul pianeta di fatto appartenevano ad epoche diverse, essendo alcune del tutto immerse nello sviluppo capitalistico moderno, altre ancora molto arretrate, in quanto contraddistinte e riflettenti rapporti socio-economici premoderni.

Al giorno d’oggi, sebbene lo sviluppo vertiginoso dei traffici e degli scambi internazionali abbia accelerato certi processi storici, portando però, nel contempo, anche ad affrettate e superficiali “contaminazioni” di esperienze sociali diverse, con esiti poco lusinghieri o illusori (basti pensare all’idea illuministica, se non anche arrogante in termini di “presunzione fa-

¹³ In particolare, l’obiettivo è quello di ottenere che al più tardi entro il 2050 siano generate emissioni nette di gas a effetto serra (ossia emissioni al netto degli assorbimenti). Al riguardo è sufficiente qui segnalare che il carbonio è essenziale per la vita sulla Terra. Nel suo ciclo naturale la quantità di carbonio sulla Terra non cambia, fluisce di continuo tra l’atmosfera e gli organismi mentre viene assorbito e rilasciato. Negli ultimi 200 anni, però, l’aumento dell’attività umana ha sconvolto l’equilibrio naturale. L’utilizzo dei combustibili fossili ha portato al rilascio nell’atmosfera di carbonio in misura superiore a quanto i pozzi naturali di assorbimento della Terra, ossia foreste, suolo, atmosfera, l’oceano siano in grado di assorbire. Di qui, l’alterazione del clima e, dunque, l’esigenza urgente, pena l’irreversibilità del fenomeno, di ristabilire un equilibrio a livello planetario. Sui margini di incertezza circa il raggiungimento di tale obiettivo si v. *ex multis* S. WELTON, *Neutralizing the Atmosphere*, in 132 *Yale L. J.*, 2022, 171 ss.

¹⁴ Il riferimento è alla relazione di T. ASCARELLI, *Il diritto comparato e la rivoluzione agraria*, in *Dopo il primo convegno internazionale di diritto agrario. Valutazioni e prospettive in un incontro di giuristi italiani*, Milano, 1958.

tales” - per dirla con Hayek¹⁵ - di esportare in contesti storico sociali totalmente diversi la democrazia quale emersa storicamente nel mondo europeo e occidentale), un fatto resta indubbio.

Tuttora, al di là della sola incredibile omologazione a livello sociale costituita dalla diffusione planetaria, a partire dai consumi individuali, di tecnologie quali quelle proprie legate ad esempio all’uso dei telefonini e dei computer ed oggi al crescente ricorso alla c.d. intelligenza artificiale, sul nostro pianeta continua a sussistere, per quanto con discutibili anzi gravissime distorsioni, una profonda diversità di tempi storici in cui sono immersi alcuni paesi rispetto ad altri, con tutte le inevitabili precomprensioni dei rispettivi *milieu* culturali.

Questa considerazione, già carica di significati quanto alla percezione circa l’effettiva *embeddedness* della tecnica nelle diverse realtà socio-economiche nonché al diffuso utilizzo delle moderne tecnologie, pur nella diversità delle condizioni di molti contesti sociali presenti sul pianeta, è già sufficiente, a mio avviso, per cogliere, drammaticamente, le difficoltà con cui si prospetta il problema politico e giuridico relativo al contenimento del degrado globale del pianeta, soprattutto con riferimento all’adozione di interventi che debbano per necessità collocarsi a livello globale, quali sono proprio quelli relativi al clima: questi, infatti, esigono una convergenza nelle scelte da adottare da parte di tutti gli *stakeholders* mondiali. Invero, è per certi versi comprensibile l’obiezione secondo la quale non è possibile distribuire equamente i sacrifici necessari allo scopo tra tutti i paesi senza tener conto del ben diverso contributo che ciascuno di essi ha avuto nel progressivo degrado dell’ambiente e della biosfera con la grave compromissione del clima sotto gli occhi di tutti¹⁶. Peraltro, le distanze nello sviluppo dei singoli paesi alimenta comprensibili divergenti letture circa la percezione stessa della problematica ambientale e climatica a livello sociale, alla luce dell’inevitabile diverso esito del confronto tra il soddisfacimento non rinviabile di urgenti e indilazionabili bisogni sociali che in alcune realtà territoriali si presentano come irrinunciabili per la vita quotidiana dei loro abitanti, e le esigenze di fornire risposte in ordine alla crisi climatica la quale coinvolge il futuro, per quanto prossimo, anche di tutti gli esseri umani dislocati sul pianeta.

È indubbio, per fare un esempio concreto, che la salvaguardia delle foreste amazzoniche risponde certo ad un’oggettiva esigenza vitale di tutto il pianeta¹⁷. Ma è altrettanto evidente che, a tal fine, un’astratta protezione, af-

¹⁵ F. A. VON HAYEK, *La presunzione fatale*, Milano 1988.

¹⁶ Sul punto, l’accordo di Parigi prospetta una articolazione delle responsabilità e degli impegni a carico degli Stati aderenti.

¹⁷ Infatti, la foresta pluviale amazzonica è la più grande foresta tropicale del pianeta, con una area di circa 6,3 milioni di chilometri quadrati; racchiude metà delle risorse del pianeta quanto a biodiversità con una vegetazione che è indispensabile per regime pluviometrico globale assicurando il 20% dell’acqua dolce mondiale. Non a caso il suo indebito, illecito, sfruttamento, sotto forma di deforestazione, è al centro di numerosissime controversie concentrate in prevalenza nello Stato del Brasile nel cui territorio ricade ampia parte della foresta: sul punto *ex multis* v. F. OTTO, *Ingiustizia climatica*, Torino 2025, 153 ss. Tra queste va menzionata, anche ai nostri fini, la sentenza della Corte suprema della Colombia nel caso *Demanda Generaciones Futuras v. Minambiente* (*Future Generations v. Ministry of the*

fidata a regole e divieti, se non anche ad iniziative promozionali diretta alla loro implementazione, è inadeguata se non accompagnata da interventi sociali in grado di evitare che la fame di terra da coltivare, al di là dei comportamenti speculativi che possano emergere, come del resto si è ampiamente già registrato nella realtà concreta, induca ancora a distruggere tali foreste. Torna, al riguardo, nella sua attualità l'osservazione di Emilio Sereni, a proposito della distruzione dei boschi cui più di un secolo fa ricorrevano nella nostra Calabria popolazioni affamate alla conquista appunto di "terre nuove" da conseguire, sottraendole alle foreste, proprio mediante il ricorso al lavoro poco costoso e violento dei soli "buoi rossi", rappresentati appunto dal fuoco e dagli incendi delle foreste¹⁸.

Interventi che, a ben vedere, debbono comprendere innanzitutto la diffusione a livello dell'intera società civile di una cultura che sensibilizzi tutta l'opinione pubblica sui temi della salvaguardia dell'ambiente e del clima, in una prospettiva di progressiva consapevolezza circa i conflitti ed i contrasti che al riguardo esistono e, in ogni caso, la necessità di soluzione condivise senza le quali, a ben vedere, la stessa *climate change litigation* rischia di rivelarsi risposta debole ed elitaria a fronte dei problemi da affrontare¹⁹.

3. A proposito del clima: globale e locale senza frontiere

Ebbene, pur con questo *caveat*, di indubbio rilievo in ordine all'interdipendenza tra l'ambiente ed il clima, assunti entrambi nella loro globalità, resta pur sempre evidente che solo la problematica ambientale in senso stretto può essere affrontata partitamente in ragione delle distinte articolazioni territoriali in cui essa può prospettarsi anche nell'ambito di specifici contesti territoriali interni a singoli stati sovrani, con la possibilità di interventi sanzionatori (sia penali sia civili) anche ripristinatori ove le alterazioni siano reversibili, sulla base di una puntuale articolatissima normazione: eloquente, a questo riguardo, il quadro aggiornato introdotto in Europa dalla direttiva (UE) 2024/1203 dell'11 aprile 2024, sulla tutela penale dell'ambiente (in sostituzione delle direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE). Tutela, tanto più efficace ed operativa nei confronti dello Stato e nei rapporti

Environment and Others) del 5 aprile 2018 la quale, tra l'altro, ha ordinato che "the Presidency of the Republic, the Ministry of Environment and Sustainable Development, and the Ministry of Agriculture and Rural Development, in coordination with the actors of the National Environmental System and the participation of the plaintiffs, the affected communities and interested population in general, [provvedano] to formulate a short, medium, and long term action plan within the next four months from today's notice, to counteract the deforestation rate in the Amazon, tackling climate change impacts".

¹⁸ E si v. E. SERENI, *Terra nuova e buoi rossi e altri saggi per una storia dell'agricoltura europea*, Torino 1981.

¹⁹ Sulla necessità, pur nell'urgenza dei tempi, di indirizzi che sfuggano a sterili radicalismi, si v. A. SAVARESI *et al.*, *Conceptualising Just Transition Litigation*, in 7 *Nature Sustainability*, 2024, 1379 ss. Per un bilancio circa gli effetti complessivi del contenzioso ambientale e climatico negli Stati Uniti, si v. C.M. REA, *Outcomes and policy focus of environmental litigation in the United States*, *ivi*, 1469 ss. Resta pur sempre il grave limite rappresentato dai tempi della giustizia a mortificare le aspettative di effettiva efficacia degli interventi giudiziali.



tra privati nei contesti istituzionali in cui, a partire dal livello costituzionale, il diritto all'ambiente rileva sul piano dei diritti sostanziali dei singoli cittadini²⁰ con riferimento, in particolare, tanto alla legittimazione all'azione volta alla sua tutela, quanto all'individuazione dei rimedi di cui avvalersi²¹: fronti, questi, sui quali il nostro paese registra tuttora scelte inappaganti²².

²⁰ Sul punto, sul quale si tornerà *infra*, si v. con riferimento all'esperienza nord-americana A. POLK, *The Unfulfilled Promise of Environmental Constitutionalism*, in 74 *Hastings L. J.*, 2022, 123 ss. A titolo esemplificativo, si consideri che nella Costituzione del Sud Africa del 1996, l'art. 24 prevede che “Everyone has a right: (a) To an environment that is not harmful to their health or well-being”; and (b) to have the environment protected, for the benefit of present and future generations, through reasonable legislative and other measures that - (i) prevent pollution and ecological degradation; (ii) promote conservation; and (iii) secure ecologically sustainable development and use of natural resources while promoting justifiable economic and social development”.

Inoltre, in alcune recenti costituzioni intervenute in paesi della America latina, si attribuiscono diritti alla natura stessa, al fine di contrapporsi alla tradizionale visione pur sempre antropocentrica della tutela giuridica: sul punto si è accumulata una ampia letteratura, si rinvia a C.M. KAUFFMAN e P.L. MARTIN, *The Politics of Rights of Nature: Strategies for Building a More Sustainable Future*, Cambridge 2021 e C. LA FOLLETTE e C. MASER, *Sustainability and the Rights of Nature An Introduction*, Boca Raton 2020; per una ricognizione delle iniziative si v. A. PUTZER *et al.*, *Putting the rights of nature on the map. A quantitative analysis of rights of nature initiatives across the world*, in 18 *J. of Map*, 2022, 89 ss.; ulteriori riferimenti in S. BALDIN, *I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia*, in *Visioni LatinoAm.*, 2014, 25 ss.; M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Agg., Torino 2017; E.A. IMPARATO, *I diritti della Natura e la visione bio-centrica tra l'Ecuador e la Bolivia*, in *DPCE online*, 2019, 2455 ss.; S. BRIZIOLI, *Alcune note critiche all'inverdimento costituzionale. La prospettiva del diritto internazionale dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2022, 39 ss.; P. CACCIARI, *Dalla natura oggetto d'uso alla natura soggetto autonomo titolare di propri diritti*, in *Quad. decrescita*, n. 5, 2025, 34 ss. Sui limiti di queste previsioni costituzionali, si v. S. BOOKMAN, *The Puzzling Persistence of Nature's Rights*, in *Utah L. Rev.*, 2025, 165 ss. In questa ottica si colloca anche il tema relativo al riconoscimento di un *Personhood Status for Natural Entities* su cui v. H. RUSSOT, D. GRATZT e P. GOERINGER, *Rooting for change: rethinking standing in climate litigation related to Agriculture*, in 30 *Drake J. Agric. L.*, 2025, 103 ss. Quanto alla recente legge Spagnola 19/2022, del 30 settembre 2022, n. 19, che ha riconosciuto la personalità giuridica alla laguna del Mar Menor si v. J. MÜHREL, *Towards European Rights of Nature: How the Mar Menor Case Lays the Basis for a New Legal Approach in Europe*, in *VerfBlog*, 28 febbraio 2023 (disponibile su www.verfassungsblog.de/towards-european-rights-of-nature/).

²¹ Di indubbio rilievo, a questo proposito, la recente esperienza francese illustrata da L. LEONE, *Prodotti fitosanitari e préjudice écologique nella giurisprudenza amministrativa francese: la valutazione del rischio ambientale tra precauzione e responsabilità*, in *Riv. dir. agr.*, 2025, II, 91 ss.; in ordine al clima si v. *infra* nel testo.

²² È sufficiente qui limitarsi a rammentare che nella nostra esperienza la tutela giuridica diretta dell'ambiente spetta tuttora allo Stato, con la precedenza per le azioni ripristinatorie rispetto a quelle risarcitorie. Rispetto a questa, è possibile, però, “intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi” (così l'art. 18, comma 5, della l. 349/1986), da parte di associazioni ambientaliste riconosciute (di cui all'elenco previsto dall'art. 13 della medesima legge) sul presupposto secondo il quale “l'interesse sostanziale del singolo, inteso quale componente individuale del più ampio interesse diffuso, non assurge ad una situazione sostanziale ‘personale’, suscettibile di tutela giurisdizionale. È solo proiettato nella dimensione collettiva che l'interesse diviene suscettibile di tutela, quale sintesi e non sommatoria dell'interesse di tutti gli appartenenti alla collettività o alla categoria, e che dunque si dota della protezione propria dell'interesse legittimo”: così da ultimo Cons. St., 20 febbraio 2026, n. 1385, il quale ha ribadito altresì la legittimazione all'azione anche di associazioni non contenute

Viceversa, perché vada affrontato in concreto il tema relativo al cambiamento climatico, l'approccio non può che essere globale, ossia esigere l'assunzione di una prospettiva giuridica che veda coinvolti se non tutti, quanto meno i paesi che più di altri ed in maggiore complessiva misura hanno contribuito e contribuiscono con le loro attività alla compromissione della biosfera da cui deriva appunto l'alterazione del clima sulla terra. In altre parole, alla natura globale del fenomeno rappresentato dal cambiamento climatico, cui partecipano sia pure in misura diversa singoli paesi presenti sul pianeta, deve per necessità corrispondere un processo altrettanto globale di correzione e di contenimento da attuarsi congiuntamente nei singoli paesi, ossia nei rispettivi confini territoriali²³: processo, mette conto precisarlo, che come tale evidenzia, appunto, che la complessa attività da porre in essere per affrontare il cambiamento climatico, proprio in ragione della singolarità che il tema presenta, da una parte non può non coinvolgere gli Stati chiamati ad adottare sia piani diretti a fissare gli obiettivi da raggiungere sulla scorta delle indicazioni provenienti dalla scienza, sia misure concrete dirette ad incidere su tutte le attività umane, a partire da quelle economiche e produttive, in vista della loro conformazione; dall'altra si presenta, appunto, come una attività continua che ha bisogno di continue verifiche e correzioni intertemporali che si rendano necessarie e, dunque, anche di costante monitoraggio sociale.

È in questa prospettiva, a ben vedere, che si è collocato, tra gli ultimi strumenti di intervento, l'accordo di Parigi sul clima²⁴, mirante a fissare un

nell'elenco, sempre che, però, dotate “di un adeguato grado di rappresentatività e stabilità” ed operanti in “un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa”. Ovviamente, impregiudicata resta la facoltà per i privati di agire ai fini del solo risarcimento dei danni di cui “per rimbalzo” abbiano sofferto individualmente.

²³ Sul punto si rinvia per tutti a A. PISANÒ, *La questione climatica come questione cosmopolitica*, Torino 2024.

²⁴ L'Accordo di Parigi, raggiunto il 12 dicembre 2015 nell'ambito della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (*United Nations Framework Convention on Climate Change* - UNFCCC del 1992), è entrato in vigore il 4 novembre 2016. Esso ha adottato un quadro globale volto a mantenere l'aumento della temperatura media globale al di sotto dei 2 °C rispetto ai livelli preindustriali nonché a promuovere gli sforzi per limitare l'aumento della temperatura a 1,5 °C rispetto ai livelli preindustriali. L'importanza di tale accordo rispetto al passato è che esso rappresenta il primo trattato internazionale in cui si rimarca il legame tra cambiamenti climatici e diritti umani. Infatti, nel suo preambolo, si esplicita apertamente che “climate change is a common concern of humankind, Parties should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights, the right to health, the rights of indigenous peoples, local communities, migrants, children, persons with disabilities and people in vulnerable situations and the right to development, as well as gender equality, empowerment of women and intergenerational equity”.

Sebbene, l'Accordo non preveda alcuna sanzione o penalità per i paesi che non rispettino i propri impegni, esso prevede un meccanismo per monitorare i progressi in termini di mitigazione dei cambiamenti climatici, adattamento e flussi finanziari. In ogni caso, l'accordo costituisce comunque un punto di riferimento fondamentale sia per la stessa politica climatica nell'Unione Europea (si pensi innanzitutto al reg. 2021/1119 che ha sancito nella legislazione l'obiettivo della neutralità climatica in tutti i settori dell'economia al più tardi entro il 2050 e al reg. 2023/956 che ha istituito un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere), sia per gli stessi paesi membri. A ben vedere, ancor prima dell'accordo di Parigi

obiettivo comune tra i paesi firmatari nella direzione volta a conseguire una complessiva correzione di rotta in grado di riuscire a ridurre e contenere la patologica produzione dei gas serra che alterano l'equilibrio dell'atmosfera terrestre e ne favoriscono l'anomalo riscaldamento: accordo che si aggiunge ai numerosi e risalenti accordi internazionali in materia ambientale e climatica emersi nel passato. È su questo versante della esperienza giuridica, d'altro canto, che, a livello della riflessione dei costituzionalisti, in particolare, è emersa la consapevolezza circa l'urgenza di costruire raccordi istituzionali che, sul piano globale, siano all'altezza del compito²⁵.

Su siffatto obiettivo non è possibile qui soffermarsi analiticamente se non per constatare, purtroppo, che già lo stesso accordo di Parigi, ossia uno dei più recenti quanto concreti passi in questa direzione, vede oggi decisamente compromessa la sua effettività operativa a causa dell'intervenuto disimpegno degli Stati Uniti, vale a dire proprio di uno dei paesi che dopo la Cina ha contribuito e contribuisce maggiormente alla compromissione del clima a livello del pianeta²⁶.

L'Unione aveva già adottato un quadro normativo diretto alla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra fissato per il 2030, a partire dalla stessa previsione della lotta al cambiamento climatico introdotta nell'art. 191 par. 1 del TFUE. In particolare, si considerino la direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio istitutiva del sistema EU ETS, il regolamento (UE) 2018/842 del Parlamento europeo e del Consiglio che ha previsto traguardi nazionali di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra entro il 2030 nonché il reg. (UE) 2018/841 del Parlamento europeo e del Consiglio, che impone agli Stati membri di bilanciare le emissioni e gli assorbimenti di gas a effetto serra legati all'uso del suolo, al cambiamento di uso del suolo e alla silvicoltura.

Sulla esperienza unionale in materia di tutela ambientale e di lotta ai cambiamenti climatici si v. la preziosa sintesi offerta da J. ZILLER, *Le principe de protection de l'environnement, une perspective de droit comparé*. Union européenne, EPRS, Service de recherche du Parlement européen, gennaio 2025.

²⁵ Sul tema vi è una letteratura molto ampia: *ex multis* si v. M.L. BANDA, *Climate Adaptation Law: Governing Multi-Level Public Goods Across Borders*, in 51 *Vanderbilt J. Transnational L.*, 2018, 1027 ss.

²⁶ E si veda, infatti, l'ordine esecutivo del presidente Trump, *Protecting american energy from state overreach*, dell'8 aprile 2025 cui è seguita, il 16 febbraio 2026, l'abrogazione della regolazione federale sul clima (con la fine del compito affidato all'agenzia federale E.P.A. (*Environmental Protection Agency*) di fissare i limiti per l'inquinamento da gas prodotto dalle automobili o dalle centrali elettriche) nonché il 18 febbraio l'altro ordine esecutivo diretto a favorire la produzione del glisofato, ossia del pesticida ed erbicida al centro di un acceso dibattito a livello globale per i suoi effetti negativi sull'ambiente: ordine indirizzato esplicitamente al fine di "Ensuring an adequate supply of elemental phosphorus and glyphosate-based herbicides is thus crucial to the national security and defense, including food-supply security, which is essential to protecting the health and safety of Americans" (sic!).

Peraltro, l'intervento sull'E.P.A. ha un enorme valore simbolico se si considera che nella esperienza statunitense il primo fondamentale caso giurisprudenziale in materia di *climate litigation* ha coinvolto proprio tale agenzia. Infatti, chiamata ad applicare il *Clean Air Act*, con riferimento ai gas di scarico delle automobili, tale Agenzia si era rifiutata di prendere in considerazione i c.d. gas serra, vale a dire i *greenhouse gases*, in quanto formalmente non rientranti tra i "pollutants", gli inquinanti, in quanto componenti fisiologici dell'atmosfera. Di qui la famosa controversia nel caso *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 505 (2007), decisa con una risicata maggioranza (5 a 4), che ha visto soccombente l'EPA. La decisione ha inciso certamente sull'applicazione del *Clean Air Act*, ma contrariamente ad alcune speranze, non ha certo stimolato un'azione legislativa a livello federale volta ad affrontare il problema generale delle emissioni di gas serra, ma ha solo favorito da un lato la richiesta di

La latitudine planetaria del fenomeno rappresentato dal cambiamento climatico e la molteplicità e complessità dei fenomeni macroeconomici e microeconomici che lo alimentano, senza, a ben vedere, che abbia alcun senso il richiamo a frontiere territoriali, connotano il fenomeno in una maniera del tutto singolare: inevitabilmente ciò incide sulle stesse tecniche giuridiche da adottare al riguardo, favorendo, peraltro, lo sviluppo di una riflessione transnazionale²⁷. Quanto alle tecniche, è bene precisarlo, esse, ovvia-

azioni per il clima da parte della società civile, dall'altra la spinta verso lo sviluppo del contenzioso in materia climatica.

Non deve allora sorprendere se negli Stati Uniti, a fronte dell'indirizzo adottato a livello federale già nel corso della prima presidenza di Trump, in contrapposizione a quello sostenuto da Obama, attualmente sfociato nella presa di distanza dall'accordo di Parigi, si sia rafforzata la tendenza di alcuni Stati della federazione a intervenire in materia di protezione del clima, in alternativa alla silente competenza federale: sul punto, si v. già il saggio di T. RUNSTEN, *Climate Change Regulation, Preemption, and the Dormant Commerce Clause*, in 72 *Hastings L. J.*, 2021, 1313 ss.; e C.M. KNOER, *Climate Change Meets the Commerce Clause: Obstacles and Alternatives for State and Local Responses to Climate Change*, in 32 *Environ. Claims J.*, 2020, 153 ss.

Questo orientamento, intervenuto a macchia di leopardo tra gli Stati federati, ha evidenziato l'emersione di una significativa frattura tra gli *States* circa le politiche anche del diritto in materia di lotta al cambiamento climatico che ha aperto le porte ad un singolare recente contenzioso. Nel caso *Alabama v. California* 604 U.S. (2025) del 10 marzo 2025, 18 Stati nord-americani hanno promosso un giudizio contro altri 5 Stati che avevano intentato cause legali contro aziende energetiche in materia di cambiamenti climatici. Con tale iniziativa giudiziaria gli attori intendevano far decadere la legislazione interna a tali Stati e le azioni da questi promosse contro compagnie petrolifere responsabili dell'alterazione del clima. Con una decisione, in definitiva avallata dalla stessa Corte suprema, la mozione è stata respinta in ragione sia della piena sovranità legislativa dei singoli Stati in materia, sia della carenza di interessi federali superiori eventualmente compromessi (carenza che viceversa viene meno nella ipotesi di coinvolgimento di *federal lands* (si pensi in particolare alle miniere come nel caso, tuttora in corso, *United States v. California* in cui la contestazione federale riguarda la legge californiana che impone restrizioni sulle attività relative alla estrazione di combustibili fossili in prossimità di aree qualificate come "recettori sensibili").

È significativo aggiungere che poche settimane dopo la decisione della Corte suprema nella vertenza *Alabama v. California*, sotto la guida del presidente Trump è intervenuto in primo luogo un ordine esecutivo federale intitolato "Proteggere l'energia americana dall'eccesso di potere degli Stati", ordine esecutivo n. 14260, 90 Fed. Reg. 15513 (14 aprile 2025) in cui, sulla base delle stesse argomentazioni sollevate dai ricorrenti statali nel caso Alabama, si è disposto che il Procuratore generale degli Stati Uniti "adotti tempestivamente tutte le misure appropriate per impedire l'applicazione delle leggi statali e il proseguimento delle azioni civili" che gravano sulla produzione e l'uso delle "risorse energetiche nazionali" convenzionali. Sedici giorni dopo l'emanazione di tale ordine esecutivo, il governo federale ha promosso una azione contro il governatore del Michigan ed il suo *Attorney General* finalizzata in via preventiva a bloccare l'iter legislativo e le azioni in progress di tale Stato, destinate a sanzionare imprese le cui attività incidono negativamente sul clima. Anche in questo caso, però, la *District Court* del *Western District of Michigan Southern Division*, con una puntuale quanto articolata decisione 24 gennaio 2026 - *United States of America v. State of Michigan et al.* - ha respinto la pretesa del governo federale. In generale, sulla patologica espansione degli *executive orders* presidenziali negli States si v. la recente indagine di L. LORELLA, *Gli Executive Orders presidenziali e la giurisprudenza della corte suprema*, in *Nomos*, 3, 2025, 1 ss.

²⁷ Sul punto, si v. le osservazioni di P. PAIEMENT, *Urgent agenda: how climate litigation builds transnational narratives*, in 11 *Transnational Legal Theory*, 2020, 121 ss. Del resto, ove si scorra la giurisprudenza in materia proveniente dalle corti internazionali è facile im-

mente, hanno come obiettivo finale, per quanto questo si riveli in concreto difficilmente raggiungibile, di ricondurre il cambiamento climatico ad un livello che potremmo considerare di normalità, assumendo questa ultima, secondo la più recente ricerca scientifica, con riferimento ad un preciso momento storico del progresso umano, in particolare al livello esistente sul pianeta alle soglie dell'era industriale moderna²⁸.

A prescindere dal richiamo ai problemi filosofici e politici che discendono oggi, nel periodo c.d. dell'Antropocene, dall'acquisita possibilità per l'uomo, grazie alle tecnologie, di modellare in profondità la natura, sovvertendo paradigmi millenari della civiltà umana (a partire appunto dal controllo del clima, dalla reviviscenza di specie vegetali ed animali estinte, dall'allungare la stessa vita umana, per non parlare delle tecniche genetiche sempre più sofisticate etc.)²⁹, mette conto qui osservare che le modalità operative attraverso cui frenare e contenere il cambiamento climatico non possono che essere quelle dirette tanto a ridimensionare e correggere l'esercizio delle attività che più delle altre incidono negativamente sugli equilibri climatici, in termini di produzione di anidride carbonica, quanto a favorire, all'opposto, l'esercizio di attività e l'utilizzo delle risorse che favoriscano, se mai, l'assorbimento del carbonio: il tutto nella prospettiva di una scienza economica ecologica³⁰. A titolo esemplificativo, si pensi da un lato alla con-

battersi, sempre più spesso, in ampie rassegne delle decisioni nazionali ed internazionali che si vanno accumulando nella prassi.

²⁸ Il tutto, peraltro, nella consapevolezza che le azioni volte a mitigare la produzione di gas ad effetto serra non sono comunque in grado di impedire gli effetti dei cambiamenti climatici che si stanno già verificando, anche se gli sforzi globali per ridurre le emissioni di gas serra fossero efficaci.

²⁹ Sul tema si v. F. FLEURKE *et al.*, *Constitutionalizing in the Anthropocene*, in 15 *J. Human Rights Environ.*, 2024, 4 ss., in cui, oltre ad evidenziare i “timori per i rischi incerti che le tecnologie comportano a lungo termine per la vita umana e non umana, e all'espansione anziché alla sospensione degli ideali modernisti della potenza e del controllo prometeico dell'uomo sui non umani ad essi associati”, si sottolinea con preoccupazione che “potrebbe esserci anche una persistente avversione all'idea di rinunciare al monopolio umano sull'azione stessa, con il rischio di lasciare che le tecno-regolamentazioni si intromettano nelle nozioni antropocentriche di azione e regolamentazione”.

Considerazioni queste che ben si inscrivono nelle riserve risalenti nei confronti del moderno sistema tecnologico che, lucidamente, alla fine degli anni sessanta del Novecento, E. FROMM, *La rivoluzione della speranza. Per una tecnologia dal volto umano*, Milano 2025, 38, individuava in due suoi principi ispiratori, destinati ad emanciparsi sempre di più dai valori elaborati dalla tradizione umanistica: il primo, costituito dalla “massima che una cosa deve essere fatta perché tecnicamente possibile”, per cui “la fattibilità da concetto strategico assurge a concetto metafisico” (così H. ÖZBEKHAN, *The Triumph of Technology: “Can implies Ought”*, ivi citato alla nt. 7); il secondo, “quello della massima efficienza e della massima produzione”, alla base dell'ideologia neoliberale affermatasi egemonicamente negli ultimi decenni.

³⁰ Scienza ecologica che, in sostanza, vuole segnare una distanza da quella c.d. neoclassica nella misura in cui, a differenza di questa ultima, intende porre al centro dell'indagine l'esigenza di aprire la c.d. *black box* dei processi economici che si svolgono nelle imprese per tutelare le risorse naturali: sul tema si v. XI JI e ZHEN LUO, *Opening the black box of economic processes: Ecological Economics from its biophysical foundation to a sustainable economic institution*, in 7 *Anthropocene Rev.*, 2020, 231 ss.; nonché S.M. BARTELL, *Biophysical Economy: Theory, Challenges, and Sustainability*, Boca Raton 2024. Sui riflessi giuridici di questa prospettiva nella lettura dell'impresa moderna, nella versione propria delle *corporations*, si v. G. FERGUSON-CRADLER, *Institutionalism, the corporation, and the*

trazione dell'uso dei carburanti di origine fossile in tutte le modalità con cui ciò può realizzarsi, anche indirettamente attraverso una diversa destinazione dei flussi finanziari e degli investimenti produttivi a favore dell'uso di fonti di energia pulite; dall'altro al mutamento circa l'esercizio della stessa attività agricola di coltivazione e di allevamento, tuttora fonte primaria di alimenti per l'umanità, e, al contempo, alla salvaguardia e promozione del patrimonio forestale e boschivo del pianeta. Il tutto, peraltro, secondo un equilibrio dinamico che, nel caso dell'agricoltura, non comprometta la sufficienza quantitativa della produzione di base indispensabile per la c.d. *food security*.

In questa prospettiva, il primato di interventi, legislativi e amministrativi, di contenuto sia conformativo delle attività che producono esternalità negative per il clima, sia promozionale per quelle che conseguono esternalità positive, non può che investire direttamente i soggetti istituzionali che sui singoli territori hanno potere di governo, come del resto è emerso attraverso una varietà di determinazioni assunte anche a livello internazionale. È indubbio, infatti, che la transizione ecologica, cui si lega con accentuata complessità anche la lotta ai cambiamenti climatici, esige una visione sistematica e strategica, posto che è destinata ad incidere sull'organizzazione di tutte le attività umane anche nella prospettiva delle generazioni future³¹, per cui la sola modalità di intervento è quella pianificatoria, in alternativa a semplici interventi puntiformi³²: modalità, quella pianificatoria, da assumersi tanto e in primo luogo a livello istituzionale, con la fissazione di obiettivi quadro e di misure specifiche, quanto anche a livello periferico da parte di iniziative unilaterali promosse dalle stesse strutture produttive. Modalità pianificatoria che, a ben vedere, muove in direzione opposta alle spinte neoliberiste tuttora egemoni nei processi economici presenti nelle società post-moderne.

climate crisis, in 11 *Anthropocene Rev.*, 2024, 636 ss., sulle orme dell'ampia ricerca di J.P. ROBÉ, *Property, Power and Politics: Why We Need to Rethink the World Power System*, Bristol 2020.

³¹ Del resto, è in questa specifica stagione storica che il principio della equità e della solidarietà intergenerazionale tende sempre di più ad affermarsi sul piano giuridico e legislativo come, del resto, conferma per il nostro ordinamento il riferimento introdotto nell'art. 9 della carta costituzionale. Quanto alla prospettiva di una sua rilevanza anche nel diritto dell'Unione europea si v. K. SULYOK, *Future proofing EU law – Does the European Union have a legal obligation to protect future generations?*, in 34 *Rev. Comp. Int. Environ. L.*, 2025, 420 ss. Non va peraltro dimenticato che nella giurisprudenza in funzione della tutela dei diritti fondamentali, il termine "generazioni future" è stato riferito non ai soggetti ancora non nati, ossia in una proiezione atemporale, bensì ai soggetti già vivi ma che, in quanto assai giovani, saranno chiamati ad affrontare nei prossimi decenni problematiche ambientali e climatiche ben più gravi in assenza di interventi tempestivi: così la decisione della Corte costituzionale tedesca nel caso *Neubauer et al. v. Germany* del 4 marzo 2021, par. 146.

³² Sul rilievo nuovo della pianificazione nell'era della transizione ecologica esiste una ampia letteratura sollecitata innanzitutto dalla cultura ecologista: e si v. a titolo esemplificativo T. MEPPEN e R. GILL, *Planning for sustainability as a learning concept*, in 26 *Ecol. Economics*, 1998, 121 ss.; S.M. WHEELER., *Sustainability Planning as Paradigm Change*, in 1 *Urban Planning*, 2016, 55 ss.; M.B. WIRONEN e J.D. ERICKSON, *A critically modern ecological economics for the Anthropocene*, in 76 *Anthropocene Rev.*, 2020, 62 ss. Per la riflessione giuridica si v. di recente G.D. COMPORTI, *La pianificazione (del ripristino) della biodiversità*, in *Riv. giur. amb.*, 2025, 555 ss. Per una analisi puntuale di siffatti processi pianificatori nelle strutture istituzionali tedesche, si v. il recentissimo contributo di A. KLAFKI, *Planung und gesellschaftliche Einflussnahme. Ein Beitrag zur Systematisierung des Planungsrechts*, Tübingen 2026.

Appare, dunque, subito evidente che, sia pure ad un livello ben più ampio e complesso rispetto a quello in cui si collocano le questioni ambientali in senso stretto e che sul piano giuridico hanno fatto certamente da apripista nella riflessione relativa al cambiamento climatico³³, la questione climatica si presenta al suo interno molto articolata e di ardua soluzione. Ciò a partire innanzitutto dall'individuazione delle fonti giuridiche che *in apicibus* ne evidenzino il rilievo, siano esse, a loro volta, soltanto interne ai singoli ordinamenti giuridici, ovvero formalizzate a livello internazionale anche mediante convenzioni.

Su questa base, del resto, si colloca la possibilità stessa sia di promuovere, guidare e valutare le puntuali conseguenziali scelte legislative e normative spettanti alle istituzioni, per poi così ponderarne anche i comportamenti, materiali, omissivi o disapplicativi eventualmente intervenuti, sia, sulla base dei principi giuridici e delle normative introdotte, di disciplinare le attività degli operatori privati, a partire dalle imprese, al fine di assicurare il rispetto di parametri che permettano di ridimensionare il mutamento climatico e sanzionarne efficacemente le violazioni.

Peraltro, a prescindere qui dall'auspicabile convergenza a livello internazionale su un comune quadro normativo, tuttora mancante³⁴, da individuarsi sulla scorta di una preventiva messa a punto di una compiuta riflessione comparatistica sui modelli sin qui emersi sia a livello delle esperienze nazionali, sia di quelle legate alla presenza di molte convenzioni ed istituzioni internazionali, nonché suggeriti dallo stesso diritto internazionale consuetudinario, va detto che l'esperienza sin qui emersa nel contenzioso climatico ha già ampiamente fornito indicazioni oltremodo preziose.

Esse hanno alimentato un nuovo originale sviluppo e confronto da un lato tra alcuni paradigmi strutturali dei sistemi giuridici di *common law* e di *civil law*, dall'altro, anche per via dei riflessi provenienti da siffatti sistemi, rispettivamente tra i fondamenti, gli obiettivi e lo strumentario giuridico, non sempre tra loro coincidenti, presenti in diverse convenzioni internazionali che sono state invocate nel contenzioso climatico degli ultimi decenni e che, come si cercherà di evidenziare sia pur sinteticamente, si rinvergono al centro dell'attenzione nella giurisprudenza degli ultimi anni.

In altre parole, per quanto la questione climatica prospetti sul piano giuridico una problematica sufficientemente precisa negli obiettivi da perseguire, è innegabile che il confronto tra le concrete esperienze giuridiche che stanno emergendo al livello delle corti nazionali ed internazionali, nonché la precisa individuazione di convergenze e divergenze nella *climate change li-*

³³ A titolo esemplificativo, a voler qui richiamare la sola esperienza giuridica nazionale, è sufficiente rammentare come, prima ancora della stessa riforma costituzionale, l'art. 9 Cost. dettato *ab origine* per la tutela del solo paesaggio sia stato progressivamente richiamato e valorizzato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale anche in vista della tutela dell'ambiente e, più di recente, del clima pur nella rispettiva distinzione tra siffatte tematiche.

³⁴ Significativa, a questo riguardo, la proposta elaborata da un gruppo di esperti di diritti umani e di diritto ambientale riuniti dalla Conferenza “Diritti umani per il pianeta” tenutasi nel 2020 presso la Corte europea dei diritti dell'uomo a Strasburgo in termini di *The Strasbourg Principles of International Environmental Human Rights Law – 2022*, pubblicati in 13 *J. Human Rights Environ., special Issue*, 2022, 195 ss., su cui si tornerà *infra*.

tigation, alla ricerca di soluzione ottimali, esigono pur sempre una rigorosa applicazione dei metodi della comparazione giuridica in ragione della diversità delle culture giuridiche che, da un lato, sono alla base delle tradizioni degli Stati e che, dall'altro, alimentano, anche in maniera sotterranea, l'evoluzione stessa del diritto internazionale e la prassi giurisprudenziale.

3.1. La questione climatica ed il ruolo del diritto: i nuclei problematici.

Pur con questa osservazione metodologica e di cui bisogna tenere conto ovviamente per un'indagine che vada ben oltre le sintetiche osservazioni contenute in questo scritto, può essere utile, a nostro avviso, individuare alcuni dei nuclei problematici che, sul piano giuridico, si prospettano quanto al contributo che il diritto può fornire intorno alla questione climatica e che sono del resto sottesi alle diverse soluzioni o all'*impasse* che la *climate change litigation* ha sin qui fatto emergere.

In termini sintetici, premesso che *in apicibus* le fonti normative quanto alla rilevanza giuridica della questione climatica vanno ricercate a livello delle carte costituzionali dei singoli paesi, nonché degli ordinamenti sovranazionali (si pensi all'Unione Europea) ovvero dei trattati e convenzioni internazionali, la singolarità del tema, affermatosi drammaticamente nell'età postmoderna circa l'esigenza, oggi divenuta urgente, di frenare a tutti i livelli il cambiamento climatico, prospetta, innanzitutto, in ordine alle scelte fondamentali da effettuarsi sul piano giuridico, una prima alternativa di fondo, già in passato emersa e tuttora persistente a proposito dell'ambiente.

Essa si riferisce alla configurazione del clima, inteso quale espressione di un positivo equilibrio nella composizione dell'atmosfera terrestre, come semplice oggetto sul piano giuridico di un interesse generale, meritevole di attenzione a livello costituzionale in quanto irrinunciabile condizione per la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo alla salute e al complessivo suo benessere nella vita sociale, ovvero quale oggetto stesso di un autonomo diritto, anch'esso fondamentale, sia dei singoli sia dell'intera umanità³⁵: diritto, esplicitamente previsto, come si rinviene in alcune più recenti carte costituzionali³⁶, oppure da ricavarsi in via interpretativa a partire dai testi costituzionali e che l'assai articolata peraltro risalente esperienza giuridica nord-

³⁵ Su questa soluzione si v. il contributo analitico di V. KAHL, *A human right to climate protection – Necessary protection or human rights proliferation?*, in 40 *Netherlands Q. Human Rights*, 2022, 158 ss.

³⁶ Per limitarsi, qui, alla sola esperienza nord-americana, si considerino i riferimenti introdotti nelle costituzioni della Pennsylvania, del Montana e dello Stato di New York: si v., al riguardo, A. KOHL, *Taking on the Rights, Responsibilities, and Remedies of Green Amendments*, in 2 *Drake J. Agric. L. Green Issue*, 2025, 23 ss., in part. 27 ss.

americana³⁷ ha ritenuto di individuare negli ultimi tempi con la formula *right to sustainable climate*³⁸.

Questa alternativa, presente, a ben vedere, anche in maniera inconsapevole nella stessa prassi giurisprudenziale sin qui emersa a livello sia nazionale sia internazionale, fornisce paradigmi diversi circa la soluzione delle questioni litigiose relative al cambiamento climatico: paradigmi relativi appunto alla conseguenziale individuazione da un lato dei compiti gravanti sulle istituzioni quanto all’adottare normazioni e attività materiali dirette a contrastare il cambiamento climatico, nonché degli obblighi che, a loro volta, ricadono sui soggetti privati con riferimento all’esercizio di attività che producono esternalità incidenti negativamente sull’equilibrio climatico; dall’altro dei poteri spettanti anche ai singoli e alle società intermedie di attivarsi nel caso di omissione, errata attuazione degli attesi interventi ovvero di azioni pregiudizievoli, con una gamma adeguata di rimedi destinati, in definitiva, in primo luogo a conseguire quanto mancato, nonché ad assicurare anche il ristoro degli altri effetti negativi che siano derivati da siffatti fenomeni antigiuridici.

Ebbene, i nuclei problematici sottesi a questa scelta di fondo coinvolgono a loro volta alcuni punti fermi comuni presenti nella esperienza giuridica moderna, sia dei paesi di *civil law*, sia di *common law*. In primo luogo, a proposito dell’attività spettante ai singoli Stati, alle loro determinazioni legislative e operative, essi possono qui in sintesi enuclearsi nel: a) definire il fondamento dell’eventuale attività illecita imputabile al singolo Stato in presenza del cambiamento climatico con riferimento ad un contenzioso tra Stati; b) individuare la legittimazione all’azione giudiziaria anche della società civile sul piano internazionale e nazionale; c) precisare le tecniche rimediali dirette a contrastare sia tale attività illecita sia le sue molteplici conseguenze.

Il tutto, a ben vedere, nel quadro di una tradizione comune tuttora prevalente che: a) esclude la possibilità di “supplenza” nell’esercizio delle prerogative legislative e amministrative delle istituzioni pubbliche, mediante

³⁷ Al riguardo per una risalente tassonomia si v. D. MARKELL e J.B. RUHL, *An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?*, in 64 *Fla. L. Rev.*, 2012, 15 ss., in part. 30 ss.

³⁸ E si v. *ex multis* K. KENNEDY, *Watching the World Burn: Substantive Due Process and the Right to a Sustainable Climate*, in 93 *Temp. L. Rev. Online*, 2021, 61 ss.; O. QUIRICO, *A Human Right to a Sustainable Climate?*, in 49 *Wm & Mary Environ. L. Policy Rev.*, 2025, 433 ss. Per una recente compiuta rassegna si v. J. WENTZ, M. BURGER e M.A. TIGRE, *Amicus Brief submitted by the Sabin Center for Climate Change Law on Climate Science and Human Rights Obligations*, presentato nel febbraio del 2026 quale richiesta *Advisory Opinion on the Obligations of States with Respect to the Climate Change Crisis* avanti alla *African Court on Human and Peoples’ Rights*.

Tra le decisioni più importanti intervenute nella esperienza nord americana si v., in particolare, sia la sentenza *Juliana v. United States*, 947 F.3d 1159 (9th Cir. 2020), sia la più recente decisione della *Supreme Court of Montana* nel caso *Held v. State of Montana* del 18 dicembre 2024. Nella prima, la Corte di appello del 9° circuito ha riconosciuto la esistenza di un diritto di rango costituzionale “to a climate system capable of sustaining human life”; nella seconda pronuncia la suprema Corte del Montana ha affermato che il “constitutional right to a clean and healthful environment” comprende anche “a stable climate system that sustains human lives and liberties”. Su queste due decisioni si v. *infra* nel testo.

l'intervento dei giudici, alla luce sia del rispetto della separazione dei poteri, sia del margine di discrezionalità che connota pur sempre l'azione del legislatore e del governo; b) limita fortemente la legittimazione della società civile, a partire dai singoli, quanto a mettere in discussione scelte o inerzie ritenute illegittime poste in essere dalla pubblica amministrazione, pur ferma restando la possibilità di attivare, anche solo in via incidentale, il sindacato di legittimità costituzionale su determinazioni legislative ritenute contrarie al dettato costituzionale.

Sotto questo profilo, a ben vedere, lo stretto legame che in materia di *climate change litigation* si registra tra la prospettiva interna ai singoli Stati e quella internazionale ha portato a dare prioritario rilievo, paradossalmente, allo strumentario giuridico “privatistico” rispetto a quello pubblicistico, innanzitutto a quello amministrativo. È quest'ultimo, infatti, che, nell'ambito delle singole esperienze giuridiche nazionali, appare più in grado di poter intervenire e sindacare le inadempienze, le omissioni e le illegittimità dovute all'azione pubblica, sia pure nei significativi limiti legati alla disciplina relativa allo *standing* che, in genere, impedisce un controllo diffuso dell'agire del governo e delle amministrazioni pubbliche, anche con riferimento alla tematica del cambiamento climatico.

Eloquente, sotto questo punto di vista, l'importante assai recente responso del Consiglio di Stato francese il 24 ottobre 2025 nella complessa controversia *Comune de Grande-Synthe ed altri* che ha visto, nel giro di pochi anni, quattro interventi del Consiglio di Stato francese³⁹ e che rappresenta

³⁹ La più recente pronuncia del Consiglio di Stato francese del 24 ottobre 2025 ha posto fine ad una controversia avviata originariamente dal comune di *Grande-Synthe* ed altri soggetti privati ed organizzazioni non profit nel 2018. Ai nostri fini è sufficiente qui limitarsi a richiamare la cronistoria dei quattro interventi del Consiglio di Stato francese, a partire dalla prima decisione del 19 novembre 2020.

La vertenza aveva preso l'avvio nel 2018 allorché il comune di Grande-Synthe, unitamente ad altri privati aveva chiesto rispettivamente al Presidente della Repubblica, al Primo Ministro e al Ministro di Stato, Ministro della Transizione Ecologica e Solidale, da un lato, di adottare tutte le misure utili per ridurre la curva delle emissioni di gas a effetto serra prodotte sul territorio nazionale in modo da rispettare gli obblighi assunti dalla Francia o addirittura andare oltre; dall'altro, di adottare tutte le misure legislative o regolamentari necessarie per “rendere obbligatoria la priorità climatica” e vietare qualsiasi misura che potesse aumentare le emissioni di gas a effetto serra, e infine attuare misure immediate di adattamento al cambiamento climatico in Francia. Non avendo avuto risposta nei termini previsti, il comune di Grande-Synthe ed altri attori avevano chiesto l'annullamento per eccesso di potere delle decisioni di rifiuto implicito derivanti dal silenzio.

Il Consiglio di Stato nella sua prima decisione 19 novembre 2020 aveva respinto la richiesta circa l'adozione di misure di iniziativa legislativa volte a “rendere obbligatoria la priorità climatica”, in quanto fuori dalla sua competenza giurisdizionale. Si era concentrato sull'annullamento delle decisioni implicite circa il silenzio del governo, ossia sul rifiuto del Governo di adottare provvedimenti diretti a gestire la transizione ecologica. Nel ripercorrere, al riguardo, tutta la legislazione ed i provvedimenti e le iniziative già avviate dal governo, il Consiglio ha dovuto prendere in considerazione anche il decreto del 21 aprile 2020, intervenuto nel corso del giudizio e che rispetto al quadro assunto in precedenza, aveva rivisto al ribasso la situazione circa le emissioni di gas serra: situazione, però, che, a dispetto del decreto, appariva diversamente valutata in alcuni rapporti provenienti da istituzioni scientifiche. Di fronte a questa constatazione, il Consiglio di Stato ritenne di non potersi pronunciare sulla richiesta avanzata dagli attori, in difetto di elementi che consentissero di stabilire la compatibilità del rifiuto opposto con il percorso di riduzione delle emissioni di

un primo fondamentale precedente di intervento della giustizia amministrativa in ordine alla adeguatezza e tempestività degli interventi pubblici in vista della mitigazione del cambiamento climatico: precedente che, in ogni caso, alla stessa stregua di quanto si cercherà di evidenziare in prosieguo con riferimento alle tutele privatistiche, non è certo in grado di superare i gravi limiti che incontra in generale tutta la tutela giudiziaria nella *climate change litigation* non fosse altro perché la tempistica propria dei conflitti giudiziari contrasta, pur sempre ed in maniera drammatica, con quella relativa al cambiamento climatico.

Per altro verso, resta pur sempre evidente, come del resto conferma anche l'altro importante caso *Affaire du siècle* intervenuto in Francia e non ancora definitivamente concluso⁴⁰, che l'approccio seguito dalla stessa giurispru-

gas a effetto serra risultante da quel decreto. Di qui, l'opportunità di un procedere ad un'istruttoria supplementare volta alla produzione di elementi conoscitivi aggiornati.

Con la successiva decisione del 1° luglio 2021, lo stesso Consiglio di Stato, sulla base del supplemento istruttorio a suo tempo richiesto, ha accolto la domanda attorea e di conseguenza ha chiesto al Primo Ministro di adottare, entro il 31 marzo 2022, tutte le misure utili per ridurre la curva delle emissioni di gas a effetto serra prodotte sul territorio nazionale al fine di garantirne la compatibilità con gli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra fissati dall'art. L. 100-4 del codice dell'energia e nell'allegato I del reg.(UE) 2018/842 del 30 maggio 2018. Con diverse istanze avanzate tra l'aprile e il 17 giugno 2022 presso la segreteria della sezione relazioni e studi del Consiglio di Stato, il comune di Grande-Synthe aveva chiesto al Consiglio di Stato da un lato di constatare che la decisione del 1° luglio 2021 non era stata rispettata dal governo, dall'altro di condannare questo ad una *astreinte* di 50 milioni di euro, poi portata a 70, per ogni semestre di ritardo. Accanto alle altre analoghe istanze avanzate da altri attori, il 4 e 6 aprile e 21 giugno del 2022, il delegato all'esecuzione delle decisioni sempre del Consiglio di Stato aveva, a sua volta, domandato al ministro della *transition écologique* di comunicare le misure prese a livello governativo dirette ad assicurare l'esecuzione della decisione del 1° luglio 2021. Sulla scorta della documentazione presentata dal ministero della transizione ecologica e sulla base della persistenza della domanda attorea, il Consiglio di Stato, con la decisione del 10 maggio 2023, dopo una udienza predisposta per sentire direttamente le parti interessate, nonché a conclusione di una analitica lettura del materiale posto alla sua attenzione, da una parte ha respinto la richiesta di *astreinte* avanzata dagli attori, dall'altra ha emanato un'ingiunzione e imposto al Primo Ministro: a) "di adottare tutte le misure supplementari necessarie per garantire la coerenza del ritmo di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra con il percorso di riduzione di tali emissioni stabilito dal decreto n. 2020-457 del 21 aprile 2020 al fine di raggiungere gli obiettivi di riduzione fissati dall'articolo L. 100-4 del codice dell'energia e dall'allegato I del regolamento (UE) 2018/842 del 30 maggio 2018 entro il 30 giugno 2024, e di presentare, entro il 31 dicembre 2023 e successivamente entro il 30 giugno 2024, tutti gli elementi che giustificano l'adozione di tali misure e che consentono di valutarne l'impatto sugli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra"; b) di comunicare alla sezione relazioni e studi del Consiglio di Stato tutti gli elementi utili a giustificare le misure supplementari adottate per eseguire la decisione del 1° luglio 2021 e che ne consentono la valutazione, entro il 31 dicembre 2023 e successivamente entro e non oltre il 30 giugno 2024.

La controversia si è finalmente chiusa con la sentenza del 24 ottobre 2025 con la quale il Consiglio di Stato, sulla scorta della valutazione degli elementi presentati, ha ritenuto finalmente interamente eseguiti i rispettivi dispositivi delle sue sentenze del 1° luglio 2021 e 10 maggio 2023.

⁴⁰ Con la sentenza del tribunale amministrativo di Parigi del 14 ottobre 2021 si è avviato in Francia un contenzioso in materia di lotta al cambiamento climatico che, per la prima volta, ha riconosciuto formalmente la responsabilità dello Stato francese per la sua inazione. Su istanza di quattro grandi associazioni ambientaliste (Oxfam France, Notre Affaire à Tous,

denza amministrativa è stato sempre e solo di pungolo nei confronti del potere politico, limitandosi a controllare le determinazioni adottate e, in caso di valutazione negativa e inazione, ad invitare e/o ad ingiungere le autorità ad adottare misure integrative e correttive.

3.2. Il ruolo della società civile nella *climate change litigation* tra legittimazione all'azione e individuazione dei rimedi

Quanto, poi, invece, al ruolo spettante ai privati circa il ricorso allo strumentario di tutela offerto dal diritto privato, prima ancora di individuare più da vicino e con più precisione la natura dell'illecito da denunciare e l'area dei rimedi concretamente attivabili, è evidente che, anche in questo caso, con riferimento ad eventuali pretese nei confronti dello Stato, entra in gioco il tema classico relativo allo *standing*, ossia alla legittimazione all'azione. Tradizionalmente, sia nei sistemi di *common law* sia in quelli di *civil law*, è assai diffusa la contrarietà ad ammettere la c.d. *actio popularis*, ossia la possibilità per qualsiasi cittadino di farsi interprete come tale della tutela di un interesse generale promuovendo azioni contro lo Stato, laddove, viceversa, è ammessa l'azione solo in presenza di una violazione sofferta direttamente

Fondation pour la Nature et l'Homme e Greenpeace France) il tribunale, constatato che lo Stato non aveva rispettato il primo obiettivo di contrazione del carbonio previsto per il periodo 2015-2018, dichiarò che lo Stato aveva commesso un danno ecologico; al tempo stesso, pur riconoscendo gli sforzi del governo, il tribunale ritenne le misure adottate insufficienti per cui il danno ecologico non sarebbe stato completamente riparato. Di qui, l'ingiunzione allo Stato di porvi rimedio entro il 31 dicembre 2022, senza tuttavia accompagnare tale ingiunzione con una sanzione pecuniaria. Al tempo stesso, nel riconoscere la legittimazione all'azione da parte delle associazioni che avevano promosso il giudizio, il Tribunale accolse la condanna dello Stato al risarcimento del pregiudizio morale sofferto dalle stesse simbolicamente rappresentato da un euro, salvo a rinviare quello relativo al pregiudizio ecologico. Il contenzioso è proseguito successivamente portando ad una nuova sentenza del tribunale amministrativo di Parigi, intervenuta il 22 dicembre 2023. In questa seconda vertenza, le medesime associazioni di protezione dell'ambiente hanno chiesto l'esecuzione della sentenza del 14 ottobre 2021, accusando lo Stato di non aver rispettato le ingiunzioni del tribunale e di non aver attuato le misure necessarie per riparare il danno ecologico riconosciuto nel 2021. Secondo loro, la riduzione delle emissioni di gas serra registrata nel 2020 e nel 2021 non era il risultato di una politica climatica efficace, ma di circostanze eccezionali esterne all'azione pubblica, come la pandemia di Covid-19 e la guerra in Ucraina, per cui avevano chiesto al giudice di ordinare allo Stato il pagamento di una penale di poco superiore al miliardo di euro, corrispondente al costo sociale del carbonio nel periodo 2019-2023. Il tribunale, una volta ricordato che non spettava allo stesso il compito di valutare l'adeguatezza delle politiche pubbliche per il raggiungimento degli obiettivi climatici del 2030, ma soltanto quello di verificare se il danno ecologico constatato in passato fosse stato effettivamente riparato, ha respinto le richieste attoree sull'accertato presupposto secondo il quale lo Stato avrebbe rispettato le ingiunzioni della sentenza del 2021, con la conseguente riparazione sia pure tardiva del danno ecologico, senza, dunque, la necessità di misure supplementari. La vertenza non è ancora finita in quanto le associazioni hanno promosso ricorso direttamente al Consiglio di Stato al fine di ottenere l'esecuzione dell'ingiunzione originaria disposta in prima cure dal Tribunale di Parigi nel 2021, contestando la mancata riparazione del pregiudizio ecologico. Il Consiglio di Stato, con decisione del 13 dicembre 2024, n. 492030, ha respinto l'istanza sostenendo che essa implicava l'annullamento della decisione del 2023 e, dunque, dovesse essere sottoposta all'attenzione della Corte amministrativa di appello di Parigi.

dal privato che agisce in quanto relativa ad un suo specifico concreto interesse violato.

Il che basta, ai nostri fini, per comprendere che l'alternativa dianzi prospettata circa la individuazione del diritto fondamentale cui il soggetto privato intende far riferimento nella *climate change litigation* a fronte in particolare di un'attività illecita che viene imputata allo Stato, in termini anche di violazione di un obbligo di protezione preesistente (peraltro, sempre di più, concretizzatosi contenutisticamente in ragione ad es. degli impegni specifici assunti dallo stesso Stato a livello delle convenzioni internazionali), evidenzia, immediatamente, il margine di “novità” che la tematica climatica prospetta circa l'osservanza del quadro tradizionale già in ordine allo *standing* e che, a ben vedere, va ben oltre quanto già consolidato in materia di tutela ambientale nei diversi ordinamenti giuridici.

Non a caso, nella lettura della parabola che sul tema si prospetta anche nella sola esperienza giurisprudenziale nord-americana, si è di recente parlato suggestivamente di un *Climate exceptionalism in Court*⁴¹. Infatti, la configurazione secondo la quale la lotta al cambiamento climatico risponde ad un interesse generale, come tale estraneo ai diritti fondamentali dell'uomo, sebbene pur sempre a questi sotteso, induce, in definitiva e in maniera prevalente, (a prescindere dall'altro limite relativo allo stesso oggetto delle pretese da far valere), a circoscrivere la legittimazione all'azione nei confronti dello Stato alla sola violazione di una situazione giuridica soggettiva del privato, a partire, ad es., dal diritto individuale alla salute. Viceversa, la configurazione, al riguardo, di un distinto diritto fondamentale soggettivo avente ad oggetto il clima stesso, analogamente a quanto per la verità in maniera altalenante nella giurisprudenza della nostra stessa Corte costituzionale è emerso a proposito dell'ambiente⁴², è sufficiente, innanzitutto, a mettere in discussione per la sua inadeguatezza la tradizionale ritrosia circa l'accoglimento nel sistema, per quanto riveduta, dell'*actio popularis* peraltro pur ammessa in qualche ordinamento giuridico di *civil law*. Infatti, la configurazione di uno specifico diritto fondamentale al clima, quale diritto individuale e però, al tempo stesso, anche collettivo, in quanto condiviso addirittura con l'intera umanità, e dunque comprensiva anche delle c.d. generazioni future, mette in seria discussione la tradizionale negazione assoluta dello *standing* nelle azioni promosse nei confronti dello Stato.

⁴¹ È il titolo del saggio elaborato da Z.D. CLOPTON e D.A. DANA, che si legge in 119 *Northwestern Univ. L. Rev.*, 2025, 1545 ss. Sulla inevitabile convergenza, non priva di inconvenienti, tra l'impostazione classica che affida al solo Stato il compito di tutelare le risorse naturali e l'ambiente, quali beni comuni, e quella che, sul piano costituzionale, pur tra qualche eccesso (e si v. J.H. ADLER, *Climate change and constitutional overreach*, in 72 *Drake L. Rev.*, 2025, 223 ss.) assegna ai singoli diritti inclusivi per un ambiente sano e per un clima sostenibile, nel segno della doverosità dell'azione dello Stato e delle fondate pretese dei *cives*, si v. lo stimolante saggio di E. RYAN, *Public Trust Principles and Environmental Rights: The Hidden Duality of Climate Advocacy and the Atmospheric Trust*, in 49 *Harv. Environ. L. Rev.*, 2025, 225 ss.

⁴² Assai rilevante, in proposito, la rinnovata attenzione che la Corte costituzionale ha manifestato, a tale proposito, nella sentenza 13 giugno 2024, n. 105, sul caso Priolo, in cui, in ordine alla tutela dell'ambiente, si parla espressamente di un “diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività”.

Del resto, la struttura al tempo stesso individuale e collettiva del diritto al clima ed il carattere inclusivo di quest'ultimo confortano una possibile apertura quanto meno a favore del riconoscimento della legittimazione all'azione a soggetti collettivi presenti nella società civile e impegnati nella lotta contro il cambiamento climatico. Al tempo stesso siffatta apertura costituisce, a sua volta, un presupposto per andare anche oltre la prospettiva pur sempre antropocentrica di siffatta configurazione⁴³ per cui nell'esperienza giuridica contemporanea si tende a considerare il sistema climatico come un vero e proprio "bene comune" sul piano oggettivo, meritevole di per sé di particolare tutela⁴⁴.

In altre parole, il ridursi sempre di più, per questa via, della distanza tra un diritto al clima, condiviso da tutti gli esseri umani ed inclusivo, ed un diritto da imputarsi direttamente alla natura stessa⁴⁵ mira a rafforzare l'esigenza di adottare meccanismi rimediali di reazione e protezione in caso

⁴³ Come è stato efficacemente osservato, per quanto a proposito del clima da Lord CARNWATH (Justice of the Supreme Court England), *Human Rights and the Environment*, in 24 *Judicial Rev.*, 2019, 35, "environmental rights are not 'human rights' in the ordinary sense. They are much more than that. They involve rights and duties. The rights are those of not just humans, but of all living things. The duties are ours, as the species which has the unique ability to influence the environment for good or ill".

⁴⁴ Sotto questo profilo, si può riprendere legittimamente a proposito del clima, quanto si è lucidamente evidenziato in merito alla tutela dell'ambiente dopo la decisione della Corte cost. n. 105 del 2024 nel caso Priolo da V. SALVATORE, *Il principio della protezione dell'ambiente, una prospettiva di diritto comparato. Italia*, in www.europarl.europa.eu, giugno 2025, secondo il quale la configurazione a livello costituzionale di un diritto soggettivo all'ambiente, nella misura in cui, quale concetto, "include la conservazione, gestione razionale e miglioramento delle condizioni naturali, nonché la preservazione dei patrimoni genetici [...] favorisce una visione oggettiva dell'ambiente quale valore o principio fondamentale. Tuttavia, nella prospettiva della sentenza 105/2024, le due visioni sono complementari: la categoria dei diritti soggettivi serve a qualificare giuridicamente la pretesa che lo Stato si attivi per l'effettiva attuazione della tutela. Il diritto all'ambiente va inteso allora non come diritto a una prestazione, ma un diritto alla protezione (o obbligo di protezione dello Stato)".

Per una lettura oggettiva del clima "sostenibile" come bene comune vi è, del resto, un crescente indirizzo dottrinario: assai di recente si v. U. SALANITRO, *Tutela dell'ambiente e del clima nella teoria dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 637 ss. Sul medesimo tema è intervenuto in senso critico G. PERLINGIERI, *Ambiente, clima e criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni»*, in *Riv. brasil. dir. civ.*, 2025, 137 ss., 170, il quale, in definitiva, ribadisce il primato della politica cui spetta di porre in essere scelte politiche coraggiose e regole chiare e comuni: conclusione, questa, sulla quale, ovviamente, non si può che concordare, purché non si trascuri che la faticosa esigenza di trovare soluzione urgenti alla questione climatica, sia pure mediante il ricorso ad uno strumentario non sempre all'altezza, nasce proprio dalla crisi della politica e, dunque, dall'inevitabile necessità di fare affidamento su iniziative della società civile e sulle decisioni, per quanto insufficienti, dei giudici.

⁴⁵ Su questa prospettiva non antropocentrica adottata a livello costituzionale e regionale in alcuni paesi in termini di *substantial rights of nature* si rinvia *supra* alle indicazioni della nt. 20. Quanto all'opportunità di affiancare al riconoscimento dei diritti della natura anche quello di alcuni *procedural rights for nature* da osservare, sul piano operativo, in occasione dell'adozione di normative e decisioni strategiche relative al clima e all'ambiente, si v. A. SCHAPPER, C. HOFFMANN e P. LEE, *Procedural rights for nature – a pathway to sustainable decarbonisation?*, in 43 *Third World Q.*, 2022, 1197 ss.; per un'articolata indagine sulle scelte politiche relative alla lotta al cambiamento climatico si v. ancora A. SCHAPPER *et al.*, *New directions in climate justice? A dialogue between critical climate justice and policy studies scholars*, in 26 *Earth System Gov.*, 2025, 1 ss.

di mancata parziale o totale inerzia imputabile proprio alle istituzioni pubbliche, a partire dallo Stato: infatti è su questo che in gran parte grava l'obbligo di assicurare effettività al soddisfacimento del diritto al clima mediante l'adozione di un complesso di misure ponderate in grado di raggiungere, sulla scorta delle indicazioni della scienza e nei tempi da questa fissati, l'eliminazione degli squilibri crescenti intervenuti nella situazione climatica a partire dalla modernità e che potrebbero divenire in pochi decenni irreversibili, con pregiudizi della vita stessa sul pianeta.

Le considerazioni sin qui svolte hanno riguardato fondamentalmente la diversa soluzione che si può prospettare già a proposito della legittimazione all'azione da parte dei privati nei confronti dello Stato a fronte di una sua inerzia, sia essa assoluta o relativa, o di un inadempimento degli impegni già assunti, secondo che, a fronte dell'illecito imputato allo Stato, i privati invochino la violazione di un diritto che si riferisca direttamente al clima, nel senso innanzitutto della mancata riduzione del suo squilibrio, ovvero lamentino la violazione di altri diritti fondamentali che, direttamente o indirettamente, siano stati lesi per via di quella medesima situazione antigiuridica.

Inoltre, non va dimenticato che l'alternativa qui prospettata ha un indubbio riflesso sulla problematica relativa alla individuazione dei rimedi più adeguati secondo che si prospetti o non una esplicita individuazione di un vero e proprio diritto al clima.

A voler restare per il momento sul piano dei fondamenti giuridici alla base innanzitutto del diritto privato, ed anche a prescindere dalle suggestioni provenienti dalle lucide considerazioni avanzate molti decenni fa da Macpherson⁴⁶ sull'indubbia portata promozionale che i *property rights* possono assicurare nel funzionamento del sistema giuridico, ben al di là della tradizionale loro applicazione alla sola sfera dei soli diritti patrimoniali, a partire dalla proprietà, non può trascurarsi che il sistema rimediale fondamentale di diritto privato si basa sulla distinzione tra la c.d. *property rule* e la *liability rule* ossia tra meccanismi di *tutela reale* che assicurano la pienezza della fruizione dei diritti e la rimozione degli ostacoli che possono derivarne da comportamenti commissivi od omissivi da parte di terzi, con la conseguente cessazione e rimozione dell'illecito anche con proiezione sul futuro, e la *tutela risarcitoria* diretta alla sola eliminazione degli effetti dannosi derivanti dalla violazione dei primi, siano essi patrimoniali e non patrimoniali, circoscritti o destinati a proiettarsi nel futuro⁴⁷. Come dire, in altri termini,

⁴⁶ Il riferimento, in particolare, è al saggio di C.B. MACPHERSON, *Humans rights as property rights*, in ID., *The rise and fall of economic justice and other essays*, trad. it., *Ascesa e caduta della giustizia economica*, Roma 1990.

⁴⁷ Sulla distinzione nel sistema di *common law* tra la *liability rule* e la *property rule*, nel cui fondo vi è la distinzione tra il semplice risarcimento dei *damages* e la rimozione dell'intrusione mediante in sostanza una *injunction*, è sufficiente qui il richiamo all'ormai classico studio di G. CALABRESI e A. DOUGLAS MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harv. L. Rev.*, 1972, 1089 ss. La sostanziale differenza rispetto alla distinzione prospettata nei sistemi di *civil law* tra tutela reale e tutela risarcitoria è che nei primi, come è proprio del nostro ordinamento, a livello dei rimedi contrattuali generali è prevista, ove praticabile in concreto, anche l'esecuzione forza-

che in presenza di un illecito in senso stretto⁴⁸ che ha direttamente violato un diritto soggettivo, ovvero una situazione anche di fatto esplicitamente protetta dall'ordinamento (si pensi ad es. al possesso), possono intervenire da una parte strumenti per ottenere la rimozione o la cessazione dell'illecito ove questo permanga e, dall'altro, quelli propri della responsabilità civile diretti a “governare” i soli effetti dannosi derivanti dal primo: effetti dannosi che, a loro volta, potrebbero essere anche permanenti⁴⁹.

ta in forma specifica della prestazione, che viceversa in *common law* è prevista, espressamente, solo in casi particolari.

⁴⁸ Al riguardo, non va trascurato che la tutela risarcitoria per i fatti illeciti di cui all'art. 2043 ss. c.c. non richiede necessariamente la ricorrenza di un atto illecito in senso stretto: la sua area di applicazione è ben più vasta di quella assicurata dalla c.d. tutela reale. In alcuni casi, però, è il legislatore stesso a ridurre l'ambito operativo della tutela risarcitoria, prevedendo la sua attivazione solo in presenza della violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base alla legge (si pensi, ad es., al danno ambientale quale era alla base dell'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349: sugli effetti della successione delle leggi in materia di danno ambientale, si v. la recente pronuncia di Cass. 13 marzo 2025, n. 6675). Sulla distinzione tra “atto illecito” in senso stretto e “fatto illecito” di cui all'art. 2043 c.c., si rinvia a quanto da noi sostenuto in *Responsabilità civile*, in M. BESSONE (a cura di), *Manuale di istituzioni di diritto privato*, sin dalla prima edizione, Torino 1994, nonché a V. PIETROBON, *Illecito e fatto illecito. Inibitoria e risarcimento*, Padova 1998, sulla scia, del resto, di una tradizione culturale segnata dalla fondamentale ricerca di R. Scognamiglio.

⁴⁹ A titolo esemplificativo, si pensi alle immissioni di cui si occupa lo stesso art. 844 del nostro codice civile in presenza di un conflitto legato ad usi incompatibili di due diritti di proprietà. In quel caso, esemplarmente, la disciplina assegna una tutela reale nella direzione volta alla cessazione dell'illecito, ossia delle immissioni che superano la soglia della normale tollerabilità, a favore del proprietario del fondo che subisce siffatte immissioni, ovvero a favore di titolari di diritti reali o personali di godimento, sia pure in questo ultimo caso entro precisi limiti (e si v. Cass. 11 novembre 1992, n. 12133, in *Foro it.*, 1994, I, 205 ss., con nota di A. LENER). Cessazione, quella delle immissioni intollerabili, cui si accompagna, anche e separatamente, il risarcimento per i danni sofferti in costanza dell'illecito, salvo che non sia possibile da parte di colui che pone in essere immissioni il ricorso a correttivi tecnici in grado di ridurle sotto la soglia della normalità. Come è noto, la norma prevede altresì un contemperamento nell'applicazione della tutela reale, nel senso che nel caso di un maggior rilievo economico dell'attività che provoca immissioni, queste ultime possono continuare, salva però la fissazione di una indennità a favore della proprietà che è destinata a subirle, ovvero, come emerge dalla prassi, l'adozione da parte del soggetto che provoca le immissioni di soluzioni tecniche adeguate ad eliminare l'intollerabilità delle immissioni. Contemperamento che, come è noto, sulla scorta di un antico indirizzo giurisprudenziale, non si applica quando il conflitto legato alle immissioni non coinvolge solo il conflitto tra proprietari circa la rispettiva destinazione dei fondi coinvolti, bensì pregiudica il diritto alla salute di chi vive nel fondo soggetto ad immissioni.

È il caso di rilevare, però, che, al di là della ipotesi specifica delle immissioni ex art. 844 c.c., la Corte costituzionale ha sostenuto che anche nei casi in cui è coinvolto un conflitto tra diritti fondamentali, in particolare, il diritto alla salute e il diritto al lavoro è pur sempre necessario porre in essere un contemperamento: e si v. la decisione nel caso Ilva del 15 maggio 2013, n. 85 e, più di recente, quella del 13 giugno 2024, n. 105, nel caso Priolo. Conclusioni queste, a ben vedere, che vanno oggi rivisitate posto che, a prescindere dalle modifiche introdotte agli artt. 9 e 41 della nostra Cost., non appaiono in linea con il quadro giuridico europeo dopo la decisione della Corte giust., Grande sez., 25 giugno 2024, nella causa C-626/22 (C. Z. e a. contro Ilva S.p.a. in Amministrazione Straordinaria, Acciaieria d'Italia Holding S.p.a. e Acciaieria d'Italia S.p.a.), sulla quale si v. M.R. ANGLANI, *La CGUE sancisce il tramonto del c.d. uso predatorio del bilanciamento costituzionale nel caso Ilva e apre alla presa in considerazione delle sostanze climalteranti*, in *DPCE online*, 2024, 2863 ss.



Ne discende che, in presenza di un comportamento illecito tuttora permanente ossia non esauritosi e destinato a protrarsi, in altre parole una attività illecita persistente, la sua cessazione esige sempre l'intervento di strumenti di tutela “reale”, inibitori, ossia quelli in grado di ripristinare direttamente il soddisfacimento dell'interesse tutelato dal diritto e oggetto della situazione giuridica protetta, laddove la tutela risarcitoria interviene solo sugli effetti dannosi prodottisi (sul presupposto, peraltro, che l'illecito non sia più in atto). Sotto questo profilo, nella problematica relativa ai comportamenti omisivi o commissivi illeciti che incidono negativamente sul clima, imputabili anche a soggetti privati, la questione fondamentale attiene innanzitutto all'individuazione di strumenti di tutela “reale”: i soli, a ben vedere, che assicurino l'immediata cessazione di un'attività illecita con la conseguente circoscrizione dell'area del danno consequenziale emerso, sia esso temporaneo ovvero destinato a protrarsi nel tempo, ai fini della reintegrazione ovvero del risarcimento per equivalente; i soli, quelli “reali” che, nell'inibire la prosecuzione dell'illecito, possono intervenire, anche in via preventiva, sotto forma di inibitoria⁵⁰, la quale mira ad evitare la stessa lesione della situazione giuridicamente protetta, indipendentemente dalla ricorrenza stessa di un danno ulteriore che da quella potrebbe derivare⁵¹.

Rispetto all'individuazione di questi rimedi “forti”, su cui si tornerà successivamente, non può però sottacersi, sin d'ora, l'inadeguatezza, in ogni caso, della soluzione fondata sulla semplice *liability rule*.

⁵⁰ Questa, infatti, si prospetta nel tessuto giuridico sia in forma preventiva e provvisoria, sia nella forma c.d. “finale”: sul punto si rinvia *ex multis*, con ampi riferimenti bibliografici, a R. TISCINI, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 331 ss. nonché a R. FORNASARI, *La struttura della tutela inibitoria ed i suoi possibili utilizzi nel contrasto al cambiamento climatico*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 2061 ss.

⁵¹ A ben vedere, è proprio questa, del resto, la soluzione lucidamente accolta in Francia in occasione della riforma del codice delle obbligazioni del 2016, in particolare della stessa responsabilità civile. Infatti, non solo il pregiudizio ecologico è stato collocato anche all'interno della disciplina privatistica del *code civil*, ma è stata prevista una specifica disposizione finalizzata fondamentalmente al perseguimento della cessazione dell'illecito, in quanto obiettivo giuridico diverso e distinto dal risarcimento del danno anche in natura. Infatti, l'art. 1252 *code civil* precisa che “Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage”. Sebbene la norma sia stata inserita nell'ambito della disciplina dettata per la responsabilità extracontrattuale, essa, a ben vedere, delinea un autonomo meccanismo di tutela in chiave di inibitoria quanto alla prevenzione e prosecuzione dell'illecito che prescinde del tutto dalla riparazione del pregiudizio ecologico, sia essa da attuarsi in natura o per equivalente.

È significativo, peraltro, che dopo l'introduzione di questa disposizione nella legge di riforma delle obbligazioni intervenuta in Francia nel 2016, successivamente, già nella proposta di riforma presentata dal Ministro della giustizia nel marzo del 2017 nonché nella nuova relativa alla responsabilità civile n. 678 presentata al Senato francese il 29 luglio 2020 da Bas ed altri, si sia suggerito di introdurre una disposizione analoga, ma di portata generale. In particolare, nella sottosezione 5, intitolata espressamente alla *prévention du dommage et la cessation de l'illicite*, il nuovo art. 1268 *code civ.*, sarebbe così formulato: “En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur”.

Del resto, al di là dei rimedi disciplinari presenti negli ordinamenti positivi degli Stati e quelli rinvenibili nel diritto internazionale, la distinzione dei piani sopra ribadita è, a ben vedere, alla base della proposta avanzata di recente da un gruppo autorevole di esperti che hanno elaborato *The Strasbourg Principles of International Environmental Human Rights Law* – 2022. Infatti, come si legge nei punti finali di tale documento, la strumentazione di tutela dei diritti umani relativi anche al clima viene così articolata:

a) In the event of a violation of human rights in the context of environmental damage, a State responsible for the violation is under an obligation: (i) to cease the act or omission giving rise to a violation, if such act is continuing; and (ii) to implement guarantees of non-repetition, if circumstances so require.

b) The responsible State is under an obligation to make reparation in accordance with its obligations under the human rights treaty in question, which may take the form of restitution (ie restoration, ecological remediation), compensation and measures of satisfaction, either singly or in combination.

c) The preferred and principal measures of redress (rehabilitation and restitution) ordered by courts should be: (i) preventive measures – in the event of risk of damage and (ii) ecological remediation and restoration – in the event of past damage.

3.3. Le azioni contro gli Stati a livello internazionale: un sintetico sguardo di insieme

L'alternativa ricostruttiva, sopra prospettata in ordine alla diversa “giuridicizzazione” del clima, è destinata ad incidere sulla stessa individuazione dei rimedi da utilizzare a fronte innanzitutto di comportamenti antiggiuridici imputabili agli Stati, siano essi direttamente lesivi del clima ovvero dovuti all'omissione assoluta o parziale nell'adempimento delle obbligazioni positive gravanti sugli stessi circa l'individuazione degli obiettivi da raggiungere in merito alla lotta al cambiamento climatico, a partire dalla fissazione di una tempistica adeguata, nonché delle misure concrete operative da adottare. Essa, infatti, può, a nostro avviso, costituire un punto di osservazione per leggere la stessa parabola, ivi compresi i suoi limiti, incertezze ed ambiguità, che si rinviene nella giurisprudenza sin qui emersa a livello internazionale e nazionale relativa in materia di *climate change litigation*.

Per quanto riguarda, in particolare, quella emersa nelle corti internazionali, fermo restando che le soluzioni adottate riflettono pur sempre le previsioni normative alla base delle convenzioni coinvolte ovvero il quadro alla base del diritto internazionale consuetudinario, non può negarsi che, se da una parte la tutela giuridica degli impegni assunti a livello internazionale tra gli Stati firmatari può attivare un contenzioso tra gli stessi Stati firmatari, dall'altra l'effettiva attuazione di siffatte convenzioni vede come convinte protagoniste attive anche le società civili innanzitutto, se non esclusivamente, nei confronti dei rispettivi paesi di appartenenza.



Sotto questo profilo, a fronte di comportamenti di uno Stato che si rivelino omissivi o non rispondenti alle attese, la problematica giuridica alla base del contenzioso interveniente sui due fronti, quello internazionale e quello interno, può sul piano giuridico presentare, per certi versi, tratti comuni. Peraltro, come si ricava già dalla stessa sola esperienza storica del diritto internazionale e di quello comunitario, molto spesso i singoli Stati sono portati, per opportunità, ad essere reciprocamente più tolleranti a fronte degli inadempimenti degli altri paesi⁵². Sicché, analogamente a quanto è avvenuto per il contenzioso ambientale⁵³, quello climatico sin qui intervenuto è stato promosso prevalentemente dalla società civile per il tramite fondamentale di soggetti privati (singoli o collettivi)⁵⁴, nei confronti dei rispettivi Stati in ragione tra l'altro della violazione anche degli obblighi assunti da questi al fine del contenimento del cambiamento climatico, secondo la misura e le tempistiche convenute nei trattati internazionali sottoscritti e ripresi anche dalla stessa legislazione interna (per non parlare, infine, anche del contenzioso intervenuto nei rapporti interprivati promosso nei confronti soprattutto delle imprese di maggiori dimensioni le cui attività incidono pesantemente sull'alterazione del clima).

Non è possibile qui addentrarsi nell'analisi minuta dei casi giurisprudenziali sin qui emersi salvo a osservare, in termini introduttivi per una loro corretta lettura, che in siffatte vertenze il dato differenziale di fondo è innanzitutto costituito dal diverso *petitum* avanzato secondo che a) con riferimento alle azioni contro lo Stato queste siano indirizzate all'accertamento della sola avvenuta illiceità della condotta dello Stato in termini di radicale omissione e ritardi nelle iniziative da intraprendere, ovvero si siano rivolte espressamente anche alla richiesta di attuazione dell'impegno assunto⁵⁵, ov-

⁵² Problema diverso resta pur sempre quello relativo al ruolo che i principi di sovranità e di non intervento giocano a proposito della regolazione delle emissioni provenienti da oltre i confini nazionali: sul tema si v. N.L. DOBSON, *Extraterritoriality and Climate Change Jurisdiction: Exploring EU Climate Protection under International Law*, Oxford 2021.

⁵³ Quanto alla ampia casistica giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia ambientale accumulatasi sino al 2022 si rinvia per tutti al *Manual on Human Rights*³, Council of Europe, 2022, 145 ss. Più in generale sulla *climate litigation* si v. la preziosa ricognizione di J. SETZER e C. HIGHAM, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2024 Snapshot*, London 2024; nonché, *The Status of Climate Change Litigation – A Global*, a cura del United Nations Environment Programme, Nairobi 2017.

⁵⁴ Sotto questo profilo, anche il contenzioso climatico ben può rientrare nell'ambito applicativo della lotta volta a contrastare l'aumento delle *SLAPPs* (*Strategic Lawsuits Against Public Participation*), ossia di quelle azioni giudiziali carenti di effettiva fondatezza e promosse al mero fine di intimidire e dissuadere dall'esercizio della libertà di espressione: significativa al riguardo la direttiva (UE) 2024/1069 volta a contrastare tale fenomeno sulla scia di una disciplina nord-americana: sulla direttiva si rinvia ai rilievi di E.A. ROSSI, *La direttiva (UE) 2024/1069 («anti-SLAPPs»)*. *Analisi di diritto internazionale privato*, in *Rivista.eurojus.it*, 3, 2025 e alle considerazioni di N. LENOIR, *Le juge américain et l'activisme climatique. À propos du jugement de la Cour du Dakota Nord du 19 mars 2025 - «Energy Transfer LP c/ Greenpeace»*, in *Rec. Dalloz*, 2025, 1305 ss., in una vicenda che ha visto Greenpeace condannata ad un cospicuo risarcimento per una battaglia contro alcune iniziative di una società petrolifera nordamericana.

⁵⁵ È il caso di osservare, a questo riguardo, che nella esperienza giurisprudenziale nord-americana se da una parte non mancano pronunce che riconoscono l'esistenza del “‘broad constitutional right’ to a ‘climate system capable of sustaining human life’” da parte dei singoli, dall'altro in larga prevalenza le pretese avanzate contro gli Stati volte ad ottenere

vero al risarcimento dei danni (patrimoniali e non patrimoniali) direttamente derivati ai singoli attori privati; b) con riferimento alle azioni contro i privati esse si siano indirizzate ad inibire la prosecuzione di attività ritenute illecite⁵⁶, ovvero a chiedere anche il risarcimento dei danni sofferti.

Ai nostri fini, è sufficiente in questa sede illustrare per sommi capi alcune importantissime decisioni emerse negli ultimi anni nonché alcune linee di indirizzo relative alla *climate change litigation*.

Sulla scorta delle considerazioni sin qui svolte, appare innanzitutto pregiudiziale individuare più da vicino il fondamento dell'illecito che viene imputato al singolo Stato che è alla base delle possibili controversie promosse sia da uno Stato nei confronti di un altro Stato, sia da parte di soggetti privati nei confronti del proprio Stato di appartenenza, tanto nel quadro dell'ordinamento giuridico interno quanto a livello internazionale, ovvero nei confronti anche di Stati di cui non si è cittadini.

Al riguardo, premesso che nel corso degli ultimi decenni si è accumulata una vasta prassi giurisprudenziale sia a livello nazionale sia internazionale, ai nostri fini è utile soffermarsi sul parere emanato assai di recente dalla Corte Internazionale di Giustizia il 23 luglio 2025 su richiesta dell'assemblea dell'ONU e relativa espressamente proprio al tema delle "Obligations of States in respect of climate change" in quanto costituisce il più aggiornato intervento a livello internazionale sulla problematica⁵⁷.

In particolare, in tale occasione si era chiesto alla Corte di esprimersi su due questioni di fondo così formulate:

a) What are the obligations of States under international law to ensure the protection of the climate system and other parts of the environment from anthropogenic emissions of greenhouse gases for States and for present and future generations?; b) "What are the legal consequences under these obligations for States where they, by their acts and omissions, have caused significant harm to the climate system and other parts of the environment, with respect to: (i) States, including, in particular, small island developing States, which due to their geographical circumstances and level of development, are injured or specially affected by or are particularly vulnerable to the adverse effects of climate change? (ii) Peoples and individuals of the present and future generations affected by the adverse effects of climate change?".

l'abbandono della politica energetica basata sull'utilizzo delle energie fossili vengono respinte sulla base fondamentale della contrarietà di siffatte pretese alla "separation of powers" in quanto "the implementation and monitoring of the requested climate action plan" avanzato degli attori in definitiva chiederebbe ai giudici "to resolve political questions reserved for the executive and legislative branches": così *ex multis* la decisione della Court of Appeals of Washington, 8 febbraio 2021 nel caso *Aji P. v. State*, successivamente confermata dalla Corte suprema di Washington il 4 ottobre del medesimo anno.

⁵⁶ A proposito della esperienza nord-americana, si consideri il ricorso agli strumenti propri dei *torts*: al riguardo si rinvia per tutti a J. WOLD-MCGIMSEY, *Climate Change and Modern State Common Law Nuisance and Trespass Tort Claims*, in 94 *Univ. Colorado L. Rev.*, 2023, 815 ss.

⁵⁷ Tale parere, a ben vedere, non è isolato in quanto nel medesimo periodo sono intervenuti anche quelli rispettivamente del Tribunale Internazionale della legge sul mare dell'11 aprile 2025 e quello della Corte Inter-americana dei diritti umani del 29 maggio 2025: sul punto si v. l'indagine diretta da M.A. TIGRE e A. ROCHA, *The Role of Advisory Opinions in International Law in the Context of the Climate Crisis*, Leiden 2025.

In premessa, è bene segnalare la considerazione della Corte a proposito delle tutele assicurate ai popoli e ai singoli individui comprese le future generazioni. Secondo la Corte (par. 111) esse dipendono da una parte dalla ricognizione delle obbligazioni gravanti sugli Stati, dall'altra, quanto alla legittimazione alle relative azioni sul piano internazionale, dai “specific treaties and other legal instruments that create procedural and substantive rights and obligations governing the relationship between the States and individuals concerned”.

Ebbene, alla luce di una ampia minuta ricognizione dei Trattati internazionali che si sono occupati anche del clima, nel suo parere la Corte ha ribadito, in definitiva (par. 280), che gli “States must fulfil their duty to prevent significant harm to the environment by acting with due diligence”⁵⁸. La *due diligence*, continua la Corte, “is a standard of conduct whose content in a specific situation derives from various elements, including the circumstances of the State concerned, and which may evolve over time”⁵⁹.

Quanto poi agli elementi da prendere in considerazione per individuare la *due diligence* adeguata alle specifiche circostanze che si presentano con riferimento al cambiamento climatico, il successivo par. 281 del parere ribadisce che essa esige che lo Stato “use all the means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another State”. Ciò implica per lo Stato di “put in place a national system, including legislation, administrative procedures and an enforcement mechanism necessary to regulate the activities in question, and [...] exercise adequate vigilance to make such a system function efficiently, with a view to achieving the intended objective”⁶⁰. Di qui la conseguente necessità di far costante tesoro delle informazioni scientifiche e tecnologiche, nonché delle rilevanti regole e standards internazionali, oltre che del principio di precauzione.

Alla luce di questa prima fondamentale ricognizione, il parere si è soffermato analiticamente sull'individuazione del rilievo che la salvaguardia

⁵⁸ È il caso di segnalare che la medesima conclusione si rinviene in molte pronunce. Si consideri, in particolare, quella della Corte suprema tedesca nel caso *Neubauer ed altri v. Germania* del 24 marzo 2021, in cui la decisione ha sostenuto appunto che in via di principio lo Stato ha un dovere costituzionale di attivarsi per proteggere efficacemente la vita, la salute e la proprietà dai rischi e dall'impatto del cambiamento climatico: per cui, fermo restando che esso ha un ampio margine di discrezionalità nella concreta attuazione del suo dovere di protezione, la violazione di tale dovere interviene solo se lo Stato rimane inattivo ovvero le misure adottate sono completamente inadeguate o notevolmente insufficienti rispetto all'obiettivo perseguito (così il par. 152 della pronuncia).

⁵⁹ *Duty of diligence* che, secondo la Corte, comprende sulla base dello stesso diritto internazionale consuetudinario sia la *Duty to prevent significant harm to the environment* sia la *Duty to cooperate for the protection of the environment* con altri Stati.

⁶⁰ A sua volta il par. 282 precisa che: “As far as climate change is concerned, such appropriate rules and measures include, but are not limited to, regulatory mitigation mechanisms that are designed to achieve the deep, rapid, and sustained reductions of GHG emissions that are necessary for the prevention of significant harm to the climate system. Adaptation measures reduce the risk of significant harm occurring and are therefore also relevant for assessing whether a State is fulfilling its customary obligations with due diligence. These rules and measures must regulate the conduct of public and private operators within the States' jurisdiction or control and be accompanied by effective enforcement and monitoring mechanisms to ensure their implementation”.

del clima presenta nell'ambito dei trattati e dello stesso diritto internazionale con riferimento ai diritti fondamentali. Sullo specifico punto è importante sottolineare che alla luce di siffatta ricognizione la Corte ha sostenuto che:

“a clean, healthy and sustainable environment is a precondition for the enjoyment of many human rights, such as the right to life, the right to health and the right to an adequate standard of living, including access to water, food and housing. The right to a clean, healthy and sustainable environment results from the interdependence between human rights and the protection of the environment. Consequently, in so far as States parties to human rights treaties are required to guarantee the effective enjoyment of such rights, it is difficult to see how these obligations can be fulfilled *without at the same time ensuring the protection of the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right* [l'enfasi è nostra]. The human right to a clean, healthy and sustainable environment is therefore inherent in the enjoyment of other human rights. The Court thus concludes that, under international law, the human right to a clean, healthy and sustainable environment is essential for the enjoyment of other human rights”⁶¹.

Su queste basi, il parere ha sostanzialmente ritenuto che l'illecito imputabile allo Stato quanto alla mancata lotta al cambiamento climatico è direttamente legato alla violazione in concreto dell'obbligo di protezione su di esso gravante, a nulla rilevando, in ordine al rapporto di causalità, tra la sua inerzia e la mancata *mitigation* del clima, il concorso degli altri Stati dovuto alla violazione anche da parte loro degli impegni assunti al riguardo a livello dei trattati internazionali e imposti dallo stesso diritto internazionale consuetudinario.

Quanto poi alle conseguenze derivanti dall'avvenuto accertamento dell'illecito commesso dal singolo stato, i paragrafi conclusivi del parere hanno innanzitutto tenuto a ribadire che il c.d. *duty of performance* gravante sul singolo Stato è permanente, posto che “The breach by a State of its international obligations does not extinguish its underlying duty of performance. States have a continuing duty to perform their obligations despite their breaches”.

Sicché, di fronte alla constatata presenza dell'atto illecito, o meglio di una specifica attività illecita, se è vero, secondo il diritto internazionale consuetudinario, che lo Stato è già obbligato “to cease that act if it is continuing and if the breached obligation is still in force”, nel caso specifico del cambiamento climatico, a fronte dell’“obligation to put an end to the wrongful act”, ben si può chiedere allo Stato “to revoke all administrative, legislative

⁶¹ Come è agevole osservare, il testo della decisione sembra contenere una oscillazione tra la configurazione anche del clima “normale” unitamente all'ambiente come oggetto di uno specifico autonomo diritto e, al tempo stesso, come condizione per la fruizione di altri diritti fondamentali: per un prezioso chiarimento al riguardo, si v. le lucidissime considerazioni presenti nella dichiarazione, in merito al parere, del giudice Tladi, membro del collegio, rinvenibile sul sito della *International Court of Justice*, 6 ss. A sua volta, nella *separate opinion*, il giudice Aurescu ha inteso ulteriormente rafforzare la tesi secondo la quale sulla base dell'intera esperienza giuridica internazionale l'autonomo diritto riconosciuto dalla Corte trova già un suo ampio e collaudato fondamento nel diritto internazionale consuetudinario (si v. 11 ss. di tale *opinion*).

and other measures that constitute an internationally wrongful act of that State”.

In ordine, poi e più specificatamente, al *duty of cessation* di siffatta inerzia, secondo il parere, si richiede allo Stato di “employ all means at their disposal to reduce their GHG emissions and take other measures in a manner, and to the extent, that ensures compliance with their obligations. Additionally, in appropriate circumstances, a responsible State could be required to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition”.

Accanto a questi rimedi, volti fondamentalmente ad impedire la prosecuzione dell’illecito, la Corte si è altresì preoccupata di richiamare quelli diretti a riparare i danni che in concreto si siano già prodotti. Nel riferirsi, a questo riguardo, solo a quelli sofferti dallo Stato nel conflitto con altri Stati, il parere ha richiamato, in primo luogo, il rimedio della *restitution* ossia quello “which involves the re-establishment of the situation that existed before the wrongful act was committed”, sempre che ciò sia in concreto possibile. Accanto a questo primo rimedio, il parere ha aggiunto: a) quello della *compensation* in ordine al “financially assessable damage suffered by the injured State or its nationals”, specificando che “compensation will be due for both damage caused to the environment, ‘in and of itself’ - which may include ‘indemnification for the impairment or loss of environmental goods and services in the period prior to recovery’ - and expenses incurred by injured States as a consequence of such damage”; b) infine il rimedio della c.d. *satisfaction* da attuarsi in una pluralità di forme, in termini di aperte “expressions of regret, formal apologies, public acknowledgments or statements, or education of the society about climate change”.

A conclusione di questa disamina, la Corte, nel confermare il *duty of diligence* che grava a carico dei singoli Stati alla luce dei diversi trattati e del diritto internazionale e nel ribadire che gli Stati “have obligations under international human rights law to respect and ensure the effective enjoyment of human rights by taking necessary measures to protect the climate system and other parts of the environment”, ha così sintetizzato il proprio parere nel senso che:

“a breach by a State of any obligations identified in response to question (a) constitutes an internationally wrongful act entailing the responsibility of that State. The responsible State is under a continuing duty to perform the obligation breached. The legal consequences resulting from the commission of an internationally wrongful act may include the obligations of: (a) cessation of the wrongful actions or omissions, if they are continuing; (b) providing assurances and guarantees of non-repetition of wrongful actions or omissions, if circumstances so require; and (c) full reparation to injured States in the form of restitution, compensation and satisfaction, provided that the general conditions of the law of State responsibility are met, including that a sufficiently direct and certain causal nexus can be shown between the wrongful act and injury”.

Accanto a questo importante parere, ora brevemente illustrato e già rilevante al fine di evidenziare la configurazione dell’illecito imputabile ad uno Stato per la mancata sua attivazione al fine di mitigare il cambiamento climatico con specifico riferimento ad un contenzioso tra Stati, è importante ai

nostri fini soffermarsi su di una altrettanto recente sentenza intervenuta a livello delle corti internazionali in materia di *climate change litigation* che ha visto però la promozione dell'azione da parte di soggetti privati nei confronti del proprio Stato.

In particolare, tra le varie decisioni intervenute, in questa sede vanno prese in considerazione le significative conclusioni cui è giunta la Corte europea dei diritti dell'uomo nella recente sentenza del 9 aprile 2024 (caso *Verein Klimaseniorinnen Schweiz ed altri c. la Svizzera*)⁶², che ha visto alcune anziane signore svizzere (tutte ultrasettantenni ed alcune ultraottantenni) nonché un'associazione non profit (avente lo scopo di combattere il cambiamento climatico e composta, in qualità di socie, anche di centinaia di signore anziane) agire contro la Svizzera per le lesioni da loro subite quanto al diritto alla vita e alla salute di cui all'art. 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nonché al diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8: lesioni provocate dal mancato contenimento del cambiamento

⁶² Su questa pronuncia si è accumulata una vasta letteratura. Per una recente indagine si rinvia a A. SAVARESI, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland: Making climate litigation history*, in 34 *Rev. Comp. Int. Environ. L.*, 2025, 279 ss., ivi ampi riferimenti bibliografici relativi anche ai precedenti giurisprudenziali del caso *Urgenda Foundation v. The State of Netherlands* e della Corte costituzionale tedesca nel caso *Neubauer et al. v. Germany*, nonché a G. TARANTINO, *La questione climatica come problema di responsabilità intergenerazionale. Riflessioni a partire da una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ircocervo*, 2025, 207 ss.; C. BLATTNER, *Separation of Powers and KlimaSeniorinnen*, in *Verfassungsblog.de*, 30 aprile 2024, e M. TORRE-SCHAUB, *La Cour européenne des droits de l'homme: une jurisprudence originale sur le changement climatique*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2024, 4, 79 ss.

Non possono peraltro dimenticarsi le difficoltà che sta incontrando l'attuazione della decisione in quanto il Parlamento svizzero, richiamando la circostanza relativa all'intervento di referendum popolari al riguardo della legislazione vigente, ha posto l'accento sul possibile contrasto tra le determinazioni adottate dalla giurisdizione internazionale ed il principio democratico fondato sulle determinazioni del popolo, in linea, sul punto, con gli argomenti che lo stesso governo svizzero aveva sostenuto durante le fasi della controversia che prima di essere portata all'attenzione della Corte dei diritti dell'uomo aveva visto tanto la Corte federale amministrativa quanto la Corte suprema svizzera negare la legittimazione all'azione da parte della *Klimaseniorinnen* (si veda a questo riguardo l'intervento nel giudizio di V. BOILLET, *Direct Democracy or Climate Litigation? On the Swiss Right of Initiative as a Tool Against Climate Change*, in *VerfassungsBlog on Matters Constitutional*, 17 maggio 2022).

In realtà, l'argomento non convince, anche al di là degli stessi impegni assunti a livello internazionale da parte dello Stato svizzero (*ex multis* si v. J. HARTMANN e M. WILLERS QC, *Protecting Rights through Climate Change Litigation before European Courts*, in 13 *J. Human Rights Environ.*, 2022, 1, 90 ss.), come, del resto, la stessa Corte ha puntualizzato nel testo della decisione al par. 412. Infatti, se da una parte la Corte ha inteso espressamente chiarire che il suo intervento non può interferire nelle decisioni che spettano ai singoli Stati, posto che "Judicial intervention, including by this Court, cannot replace or provide any substitute for the action which must be taken by the legislative and executive branches of government", dall'altra ha però precisato che "However, democracy cannot be reduced to the will of the majority of the electorate and elected representatives, in disregard of the requirements of the rule of law. The remit of domestic courts and the Court is therefore complementary to those democratic processes". Su questo punto, si v. le considerazioni della stessa studiosa Valéry Boillet sopra citata, svolte dopo la sentenza della Corte nel saggio a firma di V. BOILLET e M. LEVY, *A Human Rights Approach to Agrochemical Pollution: Lessons to be Learned from Climate Change Litigation?*, in 14 *Transnational Environ. L.*, 2025, 500 ss.



climatico conseguente alla violazione degli obblighi di intervento gravanti sulla Svizzera⁶³, loro Stato di appartenenza.

Ai nostri fini, è bene soffermarsi soltanto su alcuni passaggi della decisione la quale costituisce una fondamentale prima pronuncia della Corte di Strasburgo in materia, destinata ad incidere sugli sviluppi della prassi giurisprudenziale inerenti alla *climate change litigation* a livello internazionale. Prima di procedere, però, va richiamato in estrema sintesi il *modus procedendi* della Corte, peraltro ribadito nella decisione qui richiamata, per il quale essa interviene su richiesta di soggetti privati, una volta esauriti senza esito positivo i rimedi processuali nazionali, a tutela delle violazioni dei diritti fondamentali previsti nella Convenzione: violazioni denunciate a carico di uno Stato firmatario della convenzione, con la possibilità per la Corte di sanzionare la condotta dello Stato chiamato in giudizio e condannarlo a risarcire le vittime, senza, però, poter “replace or provide any substitute for the action which must be taken by the legislative and executive branches of government”, sul presupposto, del resto, che “the scope of judicial review by domestic courts may be considerably wider and will depend on the nature and legal basis of the claims introduced by litigants”.

Nella sua assai articolata motivazione, la Corte ha inteso, in via preliminare, precisare i paradigmi specifici da osservare in ordine proprio alla tematica dell’illecito e della sua imputazione allo Stato in caso di danni sofferti dai privati e provenienti dal mutamento del clima, nella convinzione circa l’inadeguatezza di quelli tradizionalmente seguiti sulla scorta del diritto comune e, peraltro, applicati anche in materia di danni ambientali in senso stretto: danni quelli ambientali in cui “particular harm can be localised and identified with a reasonable degree of certainty, and the existence of a causal link between an identifiable source of harm and the actual harmful effects on groups of individuals is generally determinable”-. Sicché, a proposito dell’ambiente, potendosi ben individuare in concreto, “the measures taken, or omitted, with a view to reducing the impugned harm emanating from a given source”, da una parte è certamente agevole cogliere il nesso di causalità “between a source of harm and those affected by the harm”, dall’altra “the requisite mitigation measures may be identifiable and available to be applied at the source of the harm”.

Viceversa, nel caso dei danni climatici, ai fini della imputazione dell’illecito a carico dello Stato, il nesso di causalità tra il mutamento del clima e l’inerzia o l’infelice condotta dello Stato, si presenta, secondo la Corte, oltremodo difficile da stabilire: tale mutamento si presenta complesso, perché frutto di più cause distinte e per di più diffuse tanto nello spazio quanto nel tempo oltre che destinate a cumularsi. Infatti, le fonti delle emissioni dei gas nocivi sono molteplici e superano gli stessi confini nazionali; a

⁶³ Sulla violazione dell’art. 8 della Convenzione in difetto di adempimento da parte dello Stato delle obbligazioni c.d. positive che gravano sullo stesso al fine di evitare preventivamente l’esposizione di privati ai rischi legati allo svolgimento di attività in grado di generare danni all’ambiente nonché di “prendre des mesures adéquates capables de protéger les droits de intéressés au respect de leur vie privée et de leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d’un environnement sain et protégé” (così la Corte di Strasburgo nella decisione *Affaire Tâtar c. Roumanie* del 27 gennaio 2009, punto 112), esiste una ampia giurisprudenza.

sua volta la catena dei loro effetti è “both complex and more unpredictable in terms of time and place”; inoltre “the sources of GHG emissions are not limited to specific activities that could be labelled as dangerous. In many places, the major sources of GHG emissions are in fields such as industry, energy, transport, housing, construction and agriculture, and thus arise in the context of basic activities in human societies. Consequently, mitigation measures cannot generally be localised or limited to specific installations from which harmful effects emanate. The mitigation measures are necessarily a matter of comprehensive regulatory policies in various sectors of activity”.

Non è necessario esaminare in profondità qui il tema affrontato dalla pronuncia alla luce della peculiarità dei danni climatici relativa tanto all’indubbio margine di incertezza circa il coinvolgimento di più Stati nella loro produzione, a prescindere da quello chiamato *ab origine* in giudizio, quanto alla legittimazione all’azione da parte di soggetti privati appartenenti a Stati diversi da quello convenuto (problema, questo ultimo che, nel caso di specie, la Corte di Strasburgo ha risolto negativamente)⁶⁴.

Basta qui soltanto rammentare che, sul presupposto ormai comprovato dalla scienza circa il rapporto tra le emissioni di gas serra ed il mutamento del clima, la Corte, al fine di incardinare la responsabilità dello Stato per danni ai diritti fondamentali dei singoli e di gruppi collettivi, senza coinvolgere nella problematica relativa al rapporto di causalità il contributo di altri Stati⁶⁵, ha ritenuto opportuno, preliminarmente, precisare i paradigmi origi-

⁶⁴ In questi termini si v. anche la successiva decisione della stessa Corte 8 aprile 2024 nel caso *Duarte Agostinho and Others against Portugal and 32 Others*.

⁶⁵ Siano essi parti contraenti (o non) della Convenzione sui diritti dell’uomo: così il par. 442 della sentenza. Sullo specifico punto la decisione sostanzialmente ha fatto proprio il principio sostenuto dalla Corte costituzionale tedesca nella decisione del 24 marzo 2021 nella quale, pur prendendo atto della circostanza secondo cui il mutamento climatico nel suo complesso è riconducibile ad un fenomeno globale che vede il coinvolgimento di molti Stati, il singolo Stato resta responsabile per le proprie azioni od omissioni. Come si legge nel par. 144 di questa pronuncia della Corte di Karlsruhe, “The fundamental right to the protection of life and health enshrined in Art. 2(2) first sentence GG obliges the state to afford protection against the risks of climate change. The state must combat the considerable potential risks emanating from climate change by taking steps which – with the help of international involvement – contribute to stopping human-induced global warming and limiting the ensuing climate change. These steps must be supplemented by positive measures aimed at alleviating the consequences of climate change ‘adaptation measures’”. Pertanto, pur nella consapevolezza che “Climate change can only be stopped if climate neutrality is achieved worldwide” (par. 202), “The state may not evade its responsibility here by pointing to greenhouse gas emissions in other states” (par. 203). Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della legge nazionale che, mancando di prevedere misure di mitigazione per il periodo successivo al 2030, non aveva garantito una equa distribuzione delle quote di riduzione delle emissioni di gas serra, sicché il mancato controllo delle emissioni di CO₂ dopo quella data avrebbe implicato una progressiva limitazione delle libertà e dei diritti fondamentali a danno delle generazioni future. Infatti, secondo la Corte tedesca (par. 146) “The state’s duty of protection arising from Art. 2(2) first sentence GG does not take effect only after violations have already occurred. It is also oriented towards the future [...] The duty to afford protection against risks to life and health can also establish a duty to protect future generations”. Su questa decisione si v. *ex multis* M. KALIS e A.-L. PRIEBE, *The right to climate protection and the essentially comparable protection of fun-*



nali da osservare, ai fini della stessa applicazione della responsabilità con riferimento alla sola inazione dello Stato convenuto.

In primo luogo, con specifico riferimento a questa concreta ipotesi, la Corte ha escluso innanzitutto che nella ricerca del nesso di causalità debba applicarsi il criterio della c.d. *conditio sine qua non* e, dunque, che l'attore fornisca la prova che, nell'assenza di inadempienze o omissione da parte dello Stato, il danno non si sarebbe prodotto. Secondo la Corte, nel caso dei danni climatici, ai fini della responsabilità dello Stato, è importante e sufficiente accertare che "le misure ragionevoli che le autorità interne si sono astenute dal prendere avevano una chance reale di cambiare il corso degli eventi o di attenuare i pregiudizi intervenuti".

Quanto, poi, alla valutazione del comportamento anche omissivo o carente dello Stato, la decisione prospetta altresì un'opportuna distinzione tra le finalità e gli obiettivi, che vanno perseguiti dallo Stato alla luce degli obblighi che emergono nell'accordo Parigi e negli altri trattati presenti a livello internazionale nonché delle indicazioni avanzate dalla scienza⁶⁶ (per le quali comunque "the margin of appreciation to be afforded to States is reduced"), ed i mezzi e lo strumentario operativo da adottare in concreto, rispetto ai quali resterebbe più ampio il margine di discrezionalità per le istituzioni statali.

A questo specifico fine nel par. 450 della sua decisione, la Corte, senza ovviamente indicare le misure da attuare spettanti agli Stati, ha ritenuto opportuno stabilire alcune linee guida destinate agli Stati firmatari della Convenzione, perché la lotta contro il cambiamento climatico si attui nel rispetto della Convenzione. In particolare, in ordine all'adempimento dell'obbligazione positiva a carico degli Stati, la Corte ha sostenuto che le autorità nazionali, in tutte le loro articolazioni istituzionali, debbono attenersi alla necessità: a) di adottare misure generali che specifichino un calendario obiettivo per il raggiungimento della neutralità carbonica e il bilancio complessivo di carbonio residuo per lo stesso periodo di tempo, o un altro metodo equivalente di quantificazione delle future emissioni di gas serra, in linea con l'obiettivo generale degli impegni nazionali e/o globali di mitigazione dei cambiamenti climatici; b) di fissare obiettivi intermedi di riduzione delle emissioni di gas serra e percorsi (per settore o altre metodologie pertinenti) ritenuti in linea di principio idonei a soddisfare gli obiettivi nazionali complessivi di riduzione dei gas serra entro i termini previsti dalle politiche nazionali; c) di fornire prove che dimostrino di aver debitamente rispettato, o di essere in procinto di rispettare, i pertinenti obiettivi di riduzione dei gas serra; d) di aggiornare con la dovuta diligenza gli obiettivi di riduzione dei gas serra pertinenti, sulla base delle migliori prove disponibili; e) di agire tempestivamente e in modo adeguato e coerente nell'elaborazione e nell'attuazione della legislazione e delle misure pertinenti.

damental rights: Applying Solange in European climate change litigation?, in 33 *Rev. Eur. Comp. Int. Environ. L.*, 2024, 267 ss., in part. 269 ss.

⁶⁶ Così il par. 546 della decisione.

Quanto poi alla legittimazione all'azione, la Corte ribadito che sia inammissibile una *actio popularis*⁶⁷; ha però ritenuto che l'azione promossa dalle persone fisiche, sotto il profilo del danno alla salute (art. 2), in ragione della specificità dei cambiamenti climatici rispetto ai semplici danni ambientali, può essere ammessa, ma solo in presenza di una “high intensity of exposure to the adverse effects of climate change”: di qui la conseguente rigorosa necessità, per chi lamenta un danno diretto, di fornire una prova “reasonable and convincing” circa la probabilità di una violazione “affecting him personally”⁶⁸.

Al tempo stesso, però, la Corte ha riconosciuto, in via eccezionale, la legittimazione all'azione ad enti collettivi non profit chiamati per statuto a lottare contro il cambiamento climatico, ma solo in quanto invocanti la violazione della qualità della vita (art. 8 della Convenzione relativo alla tutela della privacy e della famiglia).

Sulla base di questi paradigmi elaborati alla luce di una amplissima disamina della prassi giurisprudenziale propria e di molte altre corti internazionali, la Corte ha riconosciuto nel caso di specie l'inadempimento dello Stato svizzero, accogliendo l'azione promossa da un ente non profit ricorrente e ha respinto, per inammissibilità, la domanda di alcune anziane signore che avevano invocato la violazione dell'art. 2 della Convenzione per danni sofferti individualmente.

Nel motivare la singolare conclusione favorevole a riconoscere la legittimazione dell'ente collettivo, la Corte ha espressamente puntualizzato che essa è giustificata “by specific considerations relating to climate change [and] the special feature of climate change as a common concern of humankind and the necessity of promoting intergenerational burden-sharing in this context”⁶⁹.

⁶⁷ È al riguardo il caso di segnalare che nella Costituzione portoghese è prevista espressamente la possibilità di attivare da parte di qualsiasi cittadino un'azione popolare (art. 52), peraltro regolata sia dall'art. 2 della legge n. 83/95 del 31 agosto 1995, che precisa che l'esercizio del diritto da parte di qualsiasi cittadino sia “irrespective of whether or not they have a direct interest in the claim”, sia dall'art. 7 della legge 14 aprile 2014, n. 19, in materia ambientale: si v. al riguardo anche la pronuncia della Corte dei diritti dell'uomo nel caso *Duarte Agostinho and Others against Portugal and 32 Others* dell'8 aprile 2024.

⁶⁸ Soluzione ribadita, si da considerare inammissibili le pretese risarcitorie, anche nelle successive decisioni *Uricchio v. Italy and 31 Others* del 30 maggio 2025 e *Del Conto v. Italy and 32 others* anche questa del 30 maggio 2025 in difetto di prove circa la sussistenza di un “real and imminent risk to life”. Nello stesso senso anche la decisione nel caso *Carême v. France* del 9 aprile 2024, relativo ad un caso in cui il Consiglio di Stato francese, con la decisione 19 novembre 2020, aveva confermato la decisione impugnata che, per carenza di legittimazione, aveva respinto l'azione promossa da alcuni privati volta a promuovere, a fronte del silenzio tenuto dal governo a fronte dello loro richiesta, l'adozione di misure dirette a combattere il cambiamento climatico; in quella decisione il Consiglio di Stato, pur negando la legittimazione dei privati, aveva al tempo stesso accolto il ricorso di alcuni enti locali nei confronti del Governo perché questo integrasse i provvedimenti adottati ritenuti insufficienti. Su questa decisione della Corte europea si v. M. TORRE-SCHAUB, *The European Court of Human Right's Kick into Touch. Some Comments under Carême v. France*, in M. BONNEMANN e M.A. TIGRE (a cura di), *The Transformation of European Climate Litigation*, Berlino, 2024, 67 ss.

⁶⁹ Così il par. 498-499 della sentenza. Per questa ragione, nella successiva vertenza, in materia di danni conseguenti alla violazione dell'ambiente, relativa alla c.d. terra dei fuochi



Come è agevole osservare, la Corte, sia pure timidamente, al fine di accertare l'illecito imputabile allo Stato per violazione della Convenzione, ha innanzitutto individuato la distanza tra i paradigmi giuridici da applicare in caso di danni all'ambiente e quelli da osservare nella ipotesi di danni provenienti dal cambiamento climatico.

Pertanto, proprio in ragione della diversa configurazione del nesso causale, circa il riferimento dell'illecito al solo Stato convenuto, la Corte, a proposito degli effetti conseguenti all'evento illecito principale, costituito dal mancato o inadeguato intervento avverso il cambiamento climatico, ha richiesto una prova ben più rigorosa da parte del singolo che invochi un danno alla propria salute; al tempo stesso, al fine della stessa legittimazione all'azione, ha accolto per la prima volta quella promossa dall'organizzazione non profit, sempre che questa presenti precise caratteristiche⁷⁰, sulla base della violazione dell'art. 8, in ragione, a ben vedere, non solo proprio della speciale natura inclusiva della tutela del clima⁷¹, quale “common concern of humankind” e del rilievo anche collettivo e sociale dei diritti previsti nell'art. 8 della Convenzione, ma anche in ragione di una significativa aggiornata interpretazione dello stesso art. 8 che, come si legge nel par. 519 della pronuncia, “doit être considéré comme englobant un droit pour les individus à une protection effective, par les autorités de l'État, contre les effets néfastes graves du changement climatique sur leur vie, leur santé, leur bien-être et leur qualité de vie”.

Come dire, dunque, che, con questa pronuncia, il riconoscimento del singolare *standing* ad agire a soggetti collettivi appare legarsi, al tempo stesso, all'esplicita collocazione anche della tutela del clima nel quadro dei diritti dell'uomo⁷².

(decisione del 27 febbraio 2025 nel caso *Cannavacciuolo ed altri c. Italia* del 30 gennaio 2025), la Corte di Strasburgo ha escluso la legittimazione all'azione da parte di una associazione che agiva per conto dei privati direttamente danneggiati (così il par. 221 di questa ultima decisione), e, viceversa, ha accolto le azioni dei singoli per violazione dell'art. 2 della Convenzione. Su questa pronuncia si v. M. BERNASCONI, *Giustizia ambientale, diritto alla vita e responsabilità dello Stato: brevi note a margine di Cannavacciuolo ed altri c. Italia*, in *Riv. giur. amb.*, 2025, 814 ss.; I. DOMENICI, *The European Court of Human Rights landmark judgment in the case of Cannavacciuolo and Others v Italy*, in 34 *Rev. Comp. Int. Environ. L.*, 2025, 582 ss. nonché L. STAMME, *La Corte Edu condanna l'Italia e riconosce la violazione del diritto alla vita, dimenticandosi però delle generazioni future. A margine della sentenza Cannavacciuolo and others v. Italy*, in *Corti supr. salute*, 2025, 3; L. MAGI, *Considerazioni sulla legittimazione ad agire delle associazioni davanti alla Corte Edu in due recenti pronunce in materia di cambiamento climatico e danni ambientali gravi e diffusi*, in *Osserv. fonti*, 2, 2025.

⁷⁰ Si v. il par. 502 della pronuncia.

⁷¹ Significativo che nel par. 499 della pronuncia la Corte, pur confermando l'improponibilità dell'*actio popularis* abbia precisato, a futura memoria, “Aussi la Cour estime-t-elle opportun, dans ce contexte spécifique, de reconnaître l'importance d'autoriser une association à recourir à l'action en justice dans le but d'obtenir la protection des droits fondamentaux des personnes qui sont ou qui risquent d'être touchées par les effets néfastes du changement climatique, plutôt que de se reposer exclusivement sur des procédures entamées par chaque individu pour son propre compte”.

⁷² Il quadro giuridico prospettato dalla Corte di Strasburgo nella decisione *Verein Klimase-niorinnen Schweiz ed altri c. la Svizzera* è peraltro ulteriormente arricchito, sempre nell'ottica della *climate litigation*, dalla recente importante pronuncia relativa al caso *Greenpeace Nordic et autres c. Norvegia* del 20 ottobre 2025, in cui la Corte ha delineato

È interessante qui rimarcare, infine, che, nel caso di specie, tutti gli attori avevano chiesto la condanna dello Stato svizzero a fronte del suo illecito inadempimento, senza però avanzare alcuna pretesa risarcitoria: ciò allo scopo primario di mettere in mora lo Stato a fronte del suo illecito comportamento, sì da sollecitarlo ad intraprendere quelle iniziative che in precedenza erano mancate. Del resto, come la stessa Corte ha precisato in premessa nella sua decisione, il suo eventuale giudizio di condanna dell'illecito perpetrato dallo Stato non avrebbe potuto comunque andare oltre la tutela risarcitoria delle vittime, spettando in generale ai singoli Stati decidere, a seguito della condanna subita, come adeguarsi, secondo ad es. che la condanna sia legata alla presenza nello Stato chiamato in giudizio di un legge statale, ovvero di prassi interpretative e operative, risultate contrarie alla Convenzione, ovvero alla mancanza di discipline e di prassi operative che assicurino la tutela dei diritti fondamentali presenti nella Convenzione, ovvero all'inadempimento da parte dello Stato di obblighi sullo stesso gravanti.

Come dire, in definitiva, che in ogni caso, per come è espressamente configurata la Convenzione dei diritti fondamentali dell'uomo, la decisione della Corte non poteva direttamente incidere sulla cessazione dell'illecito, ossia sull'inadempimento dello Stato circa gli obblighi relativi alla lotta al cambiamento climatico, bensì solo intervenire, al di là del semplice accertamento dell'illecito imputabile allo Stato, sul risarcimento degli effetti dannosi derivati alle vittime alla luce dello specifico diritto fondamentale invocato: risarcimento che nella specie non era stato neanche richiesto dagli attori.

3.4. Le azioni contro lo Stato nelle esperienze nazionali

Un ben diverso, per quanto assai controverso, approccio nell'area della *climate change litigation*, con specifico riferimento alla possibilità di intervenire efficacemente sulla stessa illiceità della inerzia dello Stato, in termini di violazione del *duty of diligence* gravante sullo stesso in materia di lotta al cambiamento climatico e con riferimento anche agli obblighi assunti dallo stesso a livello internazionale, si rinviene nella prassi giurisprudenziale interna ad alcune esperienze giuridiche, nel quadro di contenziosi promossi da soggetti privati nei confronti dello Stato.

Con riferimento all'esperienza nord-americana è di indubbio rilievo la decisione *Juliana v. United States*, del 17 gennaio del 2020 del 9° circuito⁷³. Tale decisione ha riguardato un caso in cui un gruppo di ambientalisti, invo-

minuziosamente il quadro procedurale cui devono gli Stati attenersi nell'adottare provvedimenti destinati ad incidere sulla crisi climatica perché siano rispettosi della Carta dei diritti fondamentali dell'uomo: per un primo commento su questa innovativa decisione si v. S. NADAUD, *La Cour européenne de droits de l'homme prudente praticienne de la justice climatique*, in *Rec. Dalloz*, 2026, 235 ss.

⁷³ Sulla sentenza si v. *ex multis* J.C. DERNBACH e P. PARENTEAU, *Judicial Remedies for Climate Disruption*, in 53 *Environ. L. Reporter*, 2023, 10574 ss.; W. MONTGOMERY, *Juliana v. United States: The Ninth Circuit's Opening Salvo for a New Era of Climate Litigation*, 34 *Tul. Environ. L. J.*, 2021, 341 ss. e la nota di commento che si legge in 134 *Harvard L. Rev.*, 2021, 1929 ss.; più di recente P. RINK, *Conceptualizing U.S. Strategic Climate Rights Litigation*, in 49 *Harvard Environ. L. Rev.*, 2025, 149 ss.

cando l'esistenza di un diritto costituzionale al clima ed allegando altresì di aver subito direttamente danni dal cambiamento climatico, aveva chiesto la condanna del governo federale in ragione delle determinazioni da questo adottate e legate allo sfruttamento delle energie fossili risultate dannose per il clima; al tempo stesso, gli attori chiedevano che venisse emanata dal giudice una ingiunzione diretta ad ordinare al governo di attuare un piano per “eliminare gradualmente le emissioni di combustibili fossili e ridurre l'eccesso di [anidride carbonica] nell'atmosfera”.

Senza richiamare i diversi passaggi processuali della vertenza, basta qui rammentare che la decisione della Corte federale del 9° circuito, successivamente confermata dalla Corte Suprema, da una parte ha, in definitiva, respinto, sia pure “reluctantly”, la richiesta di ingiunzione avanzata dai ricorrenti⁷⁴, sulla base di analitiche considerazioni circa la carenza di un suo potere quanto alla fissazione di determinazioni di contenuto politico, compresa la conseguente ulteriore difficoltà di valutare successivamente il piano che il governo avesse elaborato⁷⁵. Al tempo stesso, però, non solo ha riconosciuto lo *standing* degli attori quanto all'accertamento della incostituzionalità della normativa statale, ma - ciò che qui mette conto sottolineare - ha rigettato, tra l'altro, l'eccezione governativa volta a negare la giurisdizione fondata sulla tesi secondo la quale si sarebbe dovuto seguire l'*Administrative Procedure Act* (APA). Su questo specifico punto, la Corte, nel respingere l'eccezione avanzata dal governo, ha sottolineato espressamente che nel caso non erano in discussione singoli e specifici provvedimenti amministrativi di cui si contestava la legittimità, bensì un intero complessivo indirizzo operativo del governo confliggente con un diritto di rango costituzionale invocato dagli attori.

Nel merito, inoltre, la Corte, a maggioranza, ha escluso, in sostanza, che nella problematica complessa alla base della *climate change litigation*, presente in quel caso, potesse applicarsi la c.d. *structural-reform injunction*, pure ammessa in passato dalla stessa Corte suprema in alcune controversie in cui erano in gioco diritti civili e di indubbio impatto sociale, come la riforma carceraria, la desegregazione scolastica o la gestione delle strutture di salute mentale. Siffatta *structural injunction*, utilizzata frequentemente nei casi di diritto pubblico, costituisce una ordinanza del tribunale la quale dispone che si apportino modifiche complete e a lungo termine alle politiche, alle procedure ovvero alle stesse struttura interne di un'organizzazione, al

⁷⁴ Secondo la Corte: “Concludiamo tuttavia con riluttanza che la causa dei ricorrenti debba essere portata dinanzi ai poteri politici o all'elettorato in generale, il quale può modificare la composizione dei poteri politici attraverso le urne. Il fatto che gli altri poteri abbiano abdicato alla loro responsabilità di porre rimedio al problema non conferisce ai tribunali [...], per quanto animati da buone intenzioni, la facoltà di sostituirsi a essi”. In senso critico circa la soluzione accolta che avrebbe rinunciato a sopperire all'inazione governativa si v. J.R. MAY e E. DALY, *Can the U.S. Constitution Encompass a Right to a Stable Climate? (Yes, it Can)*, 39 *UCLA J. Environ. L. Policy*, 2021, 41 ss.

⁷⁵ Sulla *political question doctrine* richiamata nella decisione Juliana si v. K. FISCHER KUH, *The Legitimacy of Judicial Climate Engagement*, in 46 *Ecology L. Q.*, 2019, 731 ss. Più in generale sulla erosione del principio della separazione dei poteri nella *climate litigation* si v. A. MARICONDA, *Separation of Powers and Climate Litigation: International Law as a Guide Between Judicial Activism and Legislative Prerogatives*, in 5 *Athena*, 2025, 141 ss.

preciso scopo di porre rimedio a violazioni sistemiche⁷⁶ perpetrate dallo Stato.

Questa decisione, fondata sul diretto rilievo, anche a proposito dello stesso *standing* degli attori, circa la presenza di un diritto di rango costituzionale invocato anche per denunciare la illegittimità costituzionale di provvedimenti dello Stato, ha aperto le porte negli *States* ad altre iniziative giudiziarie nel campo della *climate litigation*.

Una particolare attenzione merita la vertenza *Held v. State of Montana* del 18 dicembre 2024⁷⁷. Nel caso di specie, il 13 marzo 2020, un gruppo di 16 bambini e adolescenti del Montana (collettivamente, “Ricorrenti”) aveva presentato una denuncia presso il Primo Distretto Giudiziario della Contea di Lewis e Clark (“Tribunale”) contro lo Stato del Montana ed alcuni suoi dipartimenti con la quale si chiedeva di adottare alcuni provvedimenti inibitori in particolare: (1) di ingiungere allo Stato di non agire sulla base di una legge incostituzionale; (2) un provvedimento per ottenere una rendicontazione completa delle emissioni di gas serra del Montana; (3) un provvedimento per richiedere allo Stato di sviluppare un piano correttivo diretto a ridurre le emissioni di gas serra e di presentare il piano al tribunale; (4) un’ordinanza per la nomina di un esperto incaricato di esaminare il piano correttivo; e (5) un’ordinanza finalizzata ad assicurare il controllo da parte dei giuridici fino a quando lo Stato non avesse pienamente ottemperato a tale piano.

A fondamento di questa pretesa diretta ad ottenere, in definitiva, una sentenza che accertasse la complicità dei convenuti circa l’estrazione di quantità dannose di carbonio, i ricorrenti lamentavano che alcune disposizioni della politica energetica dello Stato del Montana fossero in contrasto con la Costituzione di quello Stato.

Il Tribunale in prime cure ha accolto la mozione dei convenuti in merito alla richiesta di respingere il provvedimento inibitorio dei ricorrenti per difetto di legittimazione all’azione; al contempo, però, ha respinto la mozione di archiviazione avanzata dagli stessi convenuti, riconoscendo ai ricorrenti la possibilità di argomentare la loro richiesta diretta a contestare sul piano della violazione della Costituzione alcune importanti determinazioni legislative adottate dallo Stato del Montana.

⁷⁶ Su queste ordinanze si v. per tutti J. PARKIN, *Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation*, in 70 *Vanderbilt L. R.*, 2017, 167 ss. e S. BUCKBERRY JOYCE, *Climate Injunctions: The Power of Courts to Award Structural Relief against Federal Agencies*, in 42 *Stan. Environ. L. J.*, 2023, 241 ss.; ancor più di recente si v. J.L. MARSHFIELD, *Rethinking Structural Injunctions in State Constitutional Litigation*, in 85 *Louisiana. L. Rev.*, 2025, 491 ss.

⁷⁷ Sulla decisione di primo grado, si v. A.D. SKUNTZ, “*Held v. State*”, in *Public Land Resources L. Rev.*, 2021, 1 ss. e E.C. FERGUSON, *Held v State of Montana: A Constitutional Rights Turn in Climate Change Litigation?*, in 36 *J. Environ. L.*, 2024, 453 ss. Sul caso si v. altresì A.C. ELLISON, “*Held v. State, Cause No. CDV-2020-307*”, in 47 *Public Land Resources L. Rev.*, 2023, 212 ss.; L. OWSLEY, *If Held Holds: Held v. Montana and the Future of Constitutional Environmental Litigation*, in 27 *SMU Sc. Tech. L. Rev.*, 2024, 377 ss.; Z. BUSZMAN, *Beyond the Courtroom: the evolution of rights-based climate litigation from Urgenda to Held and its policy Impact*, in 102 *Studia iuridica*, 2024, 56 ss.; L. ANDENORO, *State Adoption Of A Constitutional Right To A Clean And Healthy Environment: Held V. Montana As A Success For Climate Litigation*, in 36 *Colorado Environ. L. J.*, 2025, 387 ss.

Quanto alla negazione dell’ingiunzione, sia il Tribunale sia la Corte di appello hanno ritenuto tra l’altro che un’ordinanza diretta ad imporre allo Stato la presentazione di un piano di risanamento andasse oltre il compito spettante ai giudici, con la invasione della sfera di competenza di poteri del governo. Con riferimento, viceversa, alla legittimazione all’azione volta a evidenziare la responsabilità dello Stato per i danni sofferti a causa del cambiamento climatico legata all’adozione di una normativa incostituzionale, la decisione, poi avallata dalla Corte di appello, ha innanzitutto prospettato un’interpretazione evolutiva del testo della Costituzione del Montana laddove conferisce ai cittadini «il diritto a un ambiente pulito e salubre e il diritto di perseguire i bisogni fondamentali della vita». Infatti, si è ritenuto che tale disposizione comprenda anche il diritto per i cittadini a fruire di un “stable climate system that sustains human lives and liberties”.

Su questa base, la sentenza di appello ha confermato l’illegittimità della normativa statale, in particolare dei procedimenti previsti dal *Montana Environmental Policy Act*, circa la necessità di preventivi processi di valutazione dell’impatto ambientale per i progetti e le azioni dello Stato, in specie per quelli energetici. In particolare, tale normativa comprendeva una singolare eccezione, anche con riferimento alla diffusione dei dati, denominata “eccezione sul cambiamento climatico”. Essa, infatti, era diretta ad impedire che nelle valutazioni ambientali da porre in essere fosse inclusa “una revisione degli impatti effettivi o potenziali oltre i confini del Montana” ovvero “di natura regionale, nazionale o globale”. Sul punto, la Corte ha ritenuto che questo difetto procedurale avesse indubbiamente contribuito sul piano causale a favorire il cambiamento climatico sia pure insieme ad altri fattori: di qui la contrarietà di tale disciplina con il diritto costituzionale invocato dagli attori.

Anche nel caso di specie i convenuti avevano eccepito la violazione della giurisdizione amministrativa, trattandosi nella specie della violazione di una norma procedimentale. La Corte ha respinto questa eccezione, rilevando che i ricorrenti non avevano chiesto la revisione giudiziaria delle decisioni procedurali dell’agenzia, bensì contestato la stessa legittimità costituzionale del quadro procedimentale previsto nella legge. Su questa base, in definitiva, si sono aperte anche le porte per eventuali successivi procedimenti diretti al risarcimento dei danni sofferti dai ricorrenti.

Nei casi sin qui esaminati, a ben vedere, non si era di fronte ad una omissione da parte dello Stato in ordine alla lotta al cambiamento climatico, con la conseguente violazioni di un diritto costituzionalmente protetto quanto alla fruizione da parte dei cittadini anche di un clima adeguato, bensì alla presenza di determinazioni positive legislative ed operative confliggenti con la protezione di tale diritto ovvero tali da non assicurare quanto necessario⁷⁸. Di qui da un lato la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma,

⁷⁸ Nel medesimo quadro si colloca la decisione della Corte costituzionale tedesca nel caso *Neubauer, et al. v. Germany* del 4 marzo 2021 la quale ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della legge nazionale diretta a combattere il cambiamento climatico per via dell’ingiustificata limitazione della sfera temporale adottata in ordine all’attuazione delle misure necessarie allo scopo (sulla decisione si v. *supra* la nt. 58).

dall'altro la ribadita impossibilità di interventi giudiziari “sostitutivi” di determinazioni legislative e operative spettanti alle istituzioni pubbliche.

Ben diversa sullo specifico punto, rappresentando il più significativo precedente giurisprudenziale, peraltro tuttora isolato nella prassi in materia, la decisione della Suprema Corte Olandese 20 dicembre 2019 nel caso *The State of the Netherlands (ministry of Economic Affairs and Climate policy) v. Urgenda*. In tale controversia, la fondazione privata Urgenda, che per statuto si occupa anche della lotta al cambiamento climatico nel quadro del suo obiettivo fondamentale diretto a favorire in Olanda il processo per la transizione ad una società più sostenibile, aveva promosso una azione contro il governo olandese finalizzata ad ottenere entro la fine del 2020 un livello di riduzione delle emissioni di gas serra più ambizioso rispetto a quello adottato dallo Stato nella sua politica climatica. In particolare, aveva chiesto che lo Stato fosse tenuto a realizzare entro la fine del 2020 una riduzione del volume cumulativo delle emissioni di gas serra del 40%, o almeno del 25% rispetto al 1990: domanda, quest'ultima, poi accolta dalla Corte distrettuale di primo grado con riferimento al 25%.

Alla base della vertenza la fondazione Urgenda aveva sostenuto che lo Stato olandese, nel procrastinare i suoi interventi in ordine alla *mitigation* del cambiamento climatico, stava agendo illecitamente in quanto la sua inerzia, in definitiva, si poneva in contrasto con la condotta socialmente utile che avrebbe dovuto tenere e al tempo stesso con il *duty of care* su di esso gravante, in termini omissivi e commissivi, in funzione della tutela assicurata ai soggetti privati dagli artt. 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La decisione di primo grado⁷⁹ venne poi confermata dalla sentenza della Corte di appello del 9 ottobre 2018, sulla base di una ampia disamina della tematica, anche alla luce della stessa prassi giurisprudenziale sul clima emersa nelle corti internazionali. Una volta considerate poco convincenti le argomentazioni avanzate dallo Stato circa il rinvio dei propri interventi, nonché ritenuto che l'obbligo di riduzione di almeno il 25% entro la fine del 2020, già ordinato dal tribunale distrettuale, fosse in linea con il dovere di diligenza dello Stato, la Corte di appello riconobbe che lo Stato aveva fatto ben poco per affrontare la questione climatica, violando il *duty of diligence* su di esso gravante anche ai sensi degli artt. 2 e 8 CEDU: quanto alla riduzione del 25% delle emissioni essa doveva considerarsi un obiettivo minimo da perseguire. Di qui la conferma della decisione di primo grado, una volta sottolineato, nel respingere l'obiezione avanzata dalla difesa dello Stato, che in ogni caso restava allo Stato un indubbio margine circa le scelte da prendere in ordine alle misure da adottare per raggiungere l'obiettivo relativo alla riduzione delle emissioni di gas minima del 25% nel 2030. In altre parole,

⁷⁹ Per un commento a tale decisione si v. J. VAN ZEBEN, *Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide?*, in 4 *Transnational Environ. L.*, 2015, 339 ss. Sul diverso approccio seguito dai giudici nei tre gradi di giudizio pur nella convergenza circa la soluzione del caso si v. la recente puntuale analisi di R. VAN GESTEL, *The Urgenda climate case in The Netherlands: the spark igniting global climate change litigation*, in ID., *Courts to the Rescue of the Public Interest Lessons From Landmark Cases*, Cheltenham 2025, 95 ss.



alla luce della situazione oggettiva, come evidenziata dall'analisi scientifica e dalla riconosciuta presenza di un *duty of diligence* gravante sullo Stato, nella specie non vi era certo spazio per la discrezionalità dello Stato quanto all'adottare o no misure per mitigare il mutamento climatico: l'obiettivo minimo di intervento era vincolante, ferma restando sempre la scelta da parte dello stesso delle misure concrete da intraprendere⁸⁰. La soluzione accolta dalla Corte di appello è stata successivamente confermata dalla Corte Suprema olandese.

L'importanza della decisione adottata nel caso Urgenda è, a nostro avviso, oltremodo significativa al di là dello stesso merito della soluzione accolta. Invero, anche alla luce di quanto già osservato in precedenza, permette di cogliere: a) nel modo più corretto la questione giuridica circa i rimedi da adottare affinché, innanzitutto, lo Stato non venga meno ai suoi impegni, peraltro decisivi, e, al tempo stesso, b) gli equivoci ed i limiti presenti alla base della diffusa opinione in dottrina orientata a rinvenire una possibile soluzione sul versante della *liability rule*: opinione, come si cercherà di chiarire, che si spinge persino a prospettare una distorta lettura della sentenza relativa al caso Urgenda.

Infatti, la soluzione accolta nel caso Urgenda è ben chiarita nelle sue premesse dalla sentenza della Corte suprema olandese discende da una parte dal quadro normativo presente nell'ordinamento giuridico olandese, a partire dall'art. 21 della sua Costituzione⁸¹ richiamato a fondamento dei compiti gravanti sullo Stato, nonché dal preciso *petitum* posto dalla fondazione Urgenda a base della sua iniziativa giudiziaria, dall'altra dalla conseguente lucida lettura della questione giuridica, già immanente nelle decisioni di merito, e definitivamente illustrata nella sentenza della Corte Suprema: lettura fondata sulla necessaria distinzione tra lo strumentario giuridico diretto alla cessazione dell'illecito e quello destinato ad intervenire sulle conseguenze dannose che dal primo possono emergere, ulteriori rispetto al mancato contenimento del cambiamento climatico.

Quanto al primo punto, è bene innanzitutto considerare che l'iniziativa della Urgenda, sin dalle sue prime battute, non si è mai rivolta ad ottenere il risarcimento di eventuali danni, bensì solo a perseguire l'attivazione da parte dello Stato di misure in grado di avviare in concreto la lotta al cambiamento climatico al fine di perseguire l'obiettivo minimo sopra indicato nella mitigazione del *climate change*⁸². Del resto, infatti, la legittimazione

⁸⁰ Soluzione diversa, ancor più incisiva, si rinviene, peraltro nella sentenza *Leghari v. Federation of Pakistan* decisa dalla Lahore High Court, il 4 settembre 2015, in cui la Corte, a fronte dell'inerzia del governo nel dare attuazione agli interventi dovuti in materia di lotta al cambiamento climatico, su istanza di un farmer, da una parte ha ordinato al governo di emanare provvedimenti *ad hoc* entro tre mesi; dall'altro ha promosso la costituzione di una commissione di esperti incaricata di monitorare le azioni governative: per un sintetico commento di questa decisione si v. E.M. BARRITT e B. SEDITI, *The Symbolic Value of Leghari v Federation of Pakistan: Climate Change Adjudication in the Global South*, in 30 *King's L. J.*, 2019, 203 ss.

⁸¹ La norma è diretta a promuovere la tutela dell'ambiente e così dispone (nella traduzione in inglese): “It shall be the concern of the authorities to keep the country habitable and to protect and improve the environment”.

⁸² Sotto questo profilo, sebbene nel caso Urgenda si chiedesse in concreto una riduzione ulteriore del 5% delle emissioni di gas serra, il risultato finale dell'ordinanza è stato non

all'azione da parte della fondazione Urgenda non discendeva, come peraltro chiarito dalla sentenza della suprema Corte, dalla presunta violazione degli artt. 2 e 8 della Convenzione sui diritti dell'uomo.

Alla luce della normativa contenuta nel codice civile olandese, essa traeva diretta fonte dall'art. 3:305a contenuto nel libro 3° del codice civile nel titolo relativo ai diritti di azione, a proposito proprio delle azioni collettive. Come si legge nella sua traduzione in inglese, il primo comma di tale norma dispone che “A foundation or association with full legal capacity that, according to its articles of association, has the objection to protect specific interests, may bring to court a legal claim that intends to protect similar interests of other persons”. Al tempo stesso, il comma 3 del medesimo articolo precisa altresì che “It cannot be filed in order to obtain compensatory damages”.

Nel caso di specie, alla luce dello specifico statuto della fondazione Urgenda, si è ritenuto sussistente la sua legittimazione all'azione, laddove è stata respinta quella fondata sulla violazione degli artt. 2 e 8 della convenzione dei diritti dell'uomo.

Peraltro, a conferma del fatto che la fondazione avesse chiesto in definitiva un'ingiunzione positiva, ponendo alla base della stessa l'illecito imputabile allo Stato fondato sulla sua colpevole inerzia, come tale contraria sia all'art. 21 della Carta costituzionale olandese, sia alla normativa proveniente dalle convenzioni internazionali, e dunque integrante una violazione del suo obbligo attivo di protezione, sul piano squisitamente tecnico, il rimedio civilistico invocato dalla Fondazione per porre fine all'illecito non è certo stato proprio quello risarcitorio della responsabilità civile extracontrattuale, di cui all'art. 6:162 contenuto nel libro 6° del codice civile olandese relativo alla definizione dell'atto illecito e rispondente al nostro art. 2043 c.c.

Come opportunamente messo in evidenza dalla Corte suprema nella sua pronuncia, l'ingiunzione richiesta al giudice era fondata sull'art. 3:296 del medesimo codice civile, peraltro intitolato “Legal action to claim specific performance”, anch'esso contenuto nello stesso libro terzo nel titolo sui “Rights of action (legal actions)”, il cui primo comma dispone che “Where a person is legally obliged towards another person to give, to do or not to do something, the court shall order him, upon a request or claim of the entitled person, to carry out this specific performance, unless something else results from law, the nature of the obligation or a juridical act”⁸³.

certo solo simbolico, come pure si è ritenuto da taluno, in quanto il governo olandese non soltanto ha ottemperato all'ordinanza del tribunale, ma ha anche introdotto misure più aggressive a livello economico al fine di promuovere ulteriori riduzioni delle emissioni nocive. Resta, in ogni caso, evidente la diversità della richiesta accolta dalla decisione nel caso Urgenda da quella rimasta insoddisfatta nel caso *Juliana*, in cui oggetto della pretesa era quello di ottenere dal Tribunale un piano finalizzato ad eliminare completamente le emissioni di gas serra derivanti dai combustibili fossili: piano, viceversa, ottenuto nella esperienza giuridica francese per via di un intervento del Consiglio di Stato, sul quale si veda *supra* par. 3.1.

⁸³ Sulla disposizione nel quadro di una ampia monografia sulla *Court injunction* nell'esperienza olandese, si rinvia a J.J. VAN DER HELM, *Het rechterlijk bevel en verbod als remedie*, (*The court injunction and prohibition as a remedy book*), Tesi dottorale Univ. Leiden, 2023. È bene precisare che pur riferendosi alla presenza di uno specifico obbligo o obbligazione sia di dare sia di fare, il rimedio generale previsto nella disposizione del codi-

Sulla base di questa disposizione, la Corte suprema olandese ha confermato la decisione della Corte di appello e ribadito, alla luce delle considerazioni peraltro già presenti nella stessa sentenza di primo grado, che non vi erano ostacoli all'applicazione di quel rimedio per porre fine all'illecito statale, ossia contrastare l'inerzia colpevole dello Stato all'obbligo su di esso gravante. Anche per suo dire, la domanda promossa dalla fondazione Urgenda era conforme alla disposizione codicistica invocata in quanto non mirava ad imporre al legislatore olandese una precisa, compiuta, scelta legislativa, sì da invadere l'area delle prerogative costituzionali del Parlamento, con la conseguente violazione del principio relativo alla separazione dei poteri, bensì mirava ad ottenere, in risposta ad un mancato adempimento da parte dello Stato all'obbligo gravante a suo carico, un *court order*, ossia l'imposizione allo stesso di perseguire attivamente un obiettivo minimo circa il contenimento climatico quale definito sulla base di dati scientifici inoppugnabili: obiettivo che lo Stato era così tenuto a perseguire in tempi brevi; obiettivo, dunque, che, come tale, non invadeva l'area delle concrete decisioni discrezionali spettanti al Parlamento e al governo circa le puntuali misure da adottare, a partire dalla individuazione delle aree economiche operative su cui intervenire, e dalle conseguenti discipline da imporre alle imprese⁸⁴.

In definitiva, a voler formalizzare ancor più radicalmente la soluzione accolta dalla Corte suprema olandese nel caso Urgenda, il diritto invocato dalla fondazione nell'interesse generale, in linea con la legittimazione ad agire ad essa spettante, è stato ricondotto formalmente ad un vero e proprio diritto ad una prestazione, ossia a che lo Stato provvedesse a combattere il cambiamento climatico. Diritto illecitamente leso (peraltro, con una persistente inadempienza) da parte dello Stato che era venuto meno all'obbligo di protezione sullo stesso gravante e che viceversa esigeva di essere adempiuto, peraltro con urgenza, mediante iniziative dirette a mitigare il cambiamento climatico, a partire dalla stessa individuazione di un obiettivo minimo da perseguire mediante l'adozione di adeguate misure.

In tale quadro, l'attenta considerazione della sentenza circa le valutazioni offerte dalla scienza in ordine, rispettivamente, alla situazione del clima sul pianeta, ai tempi tecnici necessari per intervenire e agli obiettivi da raggiungere in tale contesto, al fine di evitare l'irreversibilità del processo di degrado del clima, ha mirato fondamentalmente ed in linea, del resto, con gli impegni già assunti dallo Stato nelle convenzioni internazionali, ad escludere la ricorrenza nella specie di margini di discrezionalità decisionale spettante

ce civile olandese non corrisponde, quanto al fare, al nostro art. 2931 c.c., posto che la norma olandese prevede solo l'imposizione di un ordine da parte del giudice rivolto pur sempre all'obbligato: sotto questo specifico profilo, a tacer d'altro, è ben possibile anche che siffatta ingiunzione possa trovare applicazione in presenza di un obbligo relativo sia ad una circoscritta prestazione di fare sia ad una attività destinata a proiettarsi nel futuro.

⁸⁴ In altre parole, nella prospettiva dell'art. 3:296, la prestazione di fare su cui è intervenuta la decisione riguardava esclusivamente la fissazione dell'obiettivo di protezione da perseguire, peraltro sottratto a determinazioni discrezionali in quanto prospettato dalla indagine scientifica: prestazione, come tale prodromica e al tempo stesso distinta, dalla complessa ed articolata attività destinata al concreto perseguimento dell'obiettivo minimo e affidata alle scelte discrezionali dello Stato.

in via di principio alle istituzioni pubbliche; margine, viceversa, che la sentenza ha riconosciuto e rispettato circa l'individuazione delle precise e concrete misure che lo Stato avrebbe intrapreso in vista del conseguimento dell'obiettivo minimo, quale indicato dall'indagine scientifica.

La distinzione che la Corte suprema olandese ha prospettato nella sentenza Urgenda tra l'individuazione degli obiettivi minimi di intervento in materia di *climate mitigation* da imporre allo Stato inadempiente, sulla scorta delle risultanze scientifiche, e quella relativa alle conseguenti misure attuative che resta, secondo sempre la sentenza, affidata alle concrete determinazioni degli organi istituzionali (parlamento e governo) permette, a ben vedere, di cogliere le difficoltà di ottenere in via giudiziaria questa volta, nei rapporti tra privati e al di fuori di una vertenza risarcitoria in senso stretto o semplicemente inibitoria⁸⁵, la stessa fissazione da parte della singola impresa tanto della sua politica diretta a contrastare il cambiamento climatico, quanto delle misure in concreto da intraprendere.

Esemplare, a questo riguardo, il responso intervenuto dopo la decisione Urgenda nella sentenza, pur sempre adottata in Olanda, relativa al caso *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc.*, emanata dalla Court of Appeal The Hague il 12 novembre 2024 e tuttora pendente presso la Corte suprema olandese.

Nel caso di specie, diverse organizzazioni non profit impegnate nella tutela dell'ambiente e nella lotta ai cambiamenti climatici avevano promosso una azione giudiziaria contro l'impresa Royal Dutch Shell, anche qui sulla scorta, quanto alla legittimazione all'azione, dell'art. 3:305 del codice civile olandese. Sul presupposto che tale impresa fosse obbligata a contenere il dannoso cambiamento climatico alla luce del "unwritten social standard of care", richiamato nell'art. 6:162 del *Dutch Civil Code*, si chiedeva di ordinare a Shell di ridurre le proprie emissioni di CO₂ in misura tale che, entro la fine del 2030, fossero ridotte del 45%, rispetto a quelle risalenti al 2019, ovvero, in subordine, del 35% e del 25% sempre entro la fine del 2030.

In primo grado la *Hague District Court* - ossia la stessa che in prima istanza aveva deciso nel 2015 in caso *Urgenda decision*, sebbene con diversa composizione della Corte, alla luce della politica aziendale della Shell in materia nonché della singolare misura delle sue emissioni, con la decisione del 26 maggio 2021 aveva accolto la domanda. Con una *injunction* aveva ordinato alla Shell di ridurre le proprie emissioni globali del 45% entro il

⁸⁵ Entrambe queste strade a ben vedere sono ampiamente state percorse nella esperienza statunitense con iniziative sia degli Stati sia dei comuni e degli stessi privati nei confronti delle imprese che favoriscono l'inquinamento atmosferico. Ci si è avvalsi della medesima strumentazione già utilizzata in passato per altre ipotesi di danni all'ambiente ed ai consumatori, ossia le *public and private nuisance and trespass causes of action* nonché le *product liability claims*, utilizzando le stesse argomentazioni a suo tempo avanzate nel caso dei danni provenienti al fumo delle sigarette, ossia sulla conoscenza e consapevolezza delle imprese circa i danni provocati dall'energia fossile e sulla falsa pubblicità delle sostanze fossili etc.; iniziative, queste, che le imprese coinvolte hanno cercato, per ora senza successo, di bloccare nelle controversie statali invocando, alla luce delle peculiarità del mutamento climatico, il primato nella specie della c.d. *federal common law*: sul punto si v. K.R. KRASULOVA, *The Unlikely Renaissance of Federal Common Law in the Second Wave of Climate Change Litigation*, in 13 *Arizona J. Environ. L. Policy*, 2022, 72 ss.

2030, con riferimento, sia alle sue attività sia ai suoi prodotti, nonché provvista la medesima ordinanza di provvisoria esecutività.

Nel motivare il suo provvedimento, il tribunale, pur consapevole del fatto che “ogni emissione di CO₂ e di altri gas serra, in qualsiasi parte del mondo e causata in qualsiasi modo, contribuisce a questo danno [ambientale] e al suo aumento”, ha rimarcato che, sebbene la “Royal Dutch Shell, non sia l’unica parzialmente responsabile della lotta ai pericolosi cambiamenti climatici”, ciò non esonerava la stessa Shell “dalla sua responsabilità parziale individuale di contribuire alla lotta contro i pericolosi cambiamenti climatici”⁸⁶.

Di diverso avviso è stata la decisione della Corte di Appello del 12 novembre 2024⁸⁷. Sulla scorta, anche qui, di una ampia indagine riassuntiva della prassi giurisprudenziale in materia di *climate change litigation*, essa ha accolto l’appello della Shell. Secondo la Corte, è indubbio che “companies like Shell, contribute significantly to the climate problem and have it within their power to contribute to combating it, have an obligation to limit CO₂ emissions in order to counter dangerous climate change, even if this obligation is not explicitly laid down in (public law) regulations of the countries in which the company operates”. Il tutto sul presupposto fondamentale che “protection from dangerous climate change is a human right” e che pur essendo le obbligazioni a loro tutela a carico in primo luogo delle istituzioni, “they can have an impact on private law relationships by giving substance to open standards, such as the social standard of care” (par. 7.17).

Al tempo stesso, però, secondo la Corte di appello, anche a voler condividere, sulla base delle ricerche scientifiche, l’obiettivo indicato dai ricor-

⁸⁶ Sulla pronuncia di primo grado si v. sia il saggio di L. SERAFINELLI, *Il manuale How We Defeated Shell nel più ampio contesto del contenzioso climatico*, introduttivo al volume *How We Defeated Shell. Milieudéfensie et al. c. Royal Dutch Shell*. Uno sguardo dietro le quinte, Roma 2024, a cura della Milieudéfensie, attrice nella causa, sia il contenuto dello stesso libro tutto dedicato all’illustrazione di tale pronuncia. Sulla medesima pronuncia si v. P. PAIEMENT, *Reimagining the Energy Corporation: Milieudéfensie and Others v Royal Dutch Shell Plc*, in 52 *Netherlands Yearbook Int. L.*, 2021, 281 ss. Per altri ampi riferimenti si v. E. BARONCINI, *Corporate Climate Litigation: The Shell Appeal Judgment*, in *New Institutional Architectures and Substantive Rules*, in E. BARONCINI, C. DE STEFANO e L. RUBINI (a cura di), *International Economic Law The EU and the UN Sustainable Development Goals*, Bologna 2025, 169 ss.

⁸⁷ Su questa *ex multis* si v. E. BARONCINI, *op. cit.*; L. SALTALAMACCHIA, *Il caso Milieudéfensie vs. Shell: quali obblighi climatici hanno le imprese?*, in *Quale giust.*, 22 gennaio 2025; A. DAVOLA, *La responsabilità sociale d’impresa ed il futuro della Climate Change Litigation: riflessioni a valle della decisione della Corte d’Appello dell’Aia nel caso Milieudéfensie C. Royal Dutch Shell (Shell 2)*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2024, 401 ss.; B. JOHANNSEN, L.J. KOTZÉ e C. MACCHI, *An empty victory? Shell v. Milieudéfensie et al 2024, the legal obligations of carbon majors, and the prospects for future climate litigation action*, in *Rev. Eur. Comp. Int. Environ. L.*, 2025, 270 ss.; A. NOLLKAEMPER, *Lessons of a Landmark Lost, The Judgment of the Hague Court of Appeal in Shell v Milieudéfensie*, in *VerfassungsBlog*, 12 novembre 2024; M. MANNA, *Il caso Milieudéfensie et al. contro Royal Dutch Shell plc e la proposta di direttiva della Commissione europea sulla corporate sustainability due diligence, l’alba di una nuova giustizia climatica?*, in *Comp. L. Rev., Sp. issue*, 2024, 83 ss.; R.R. SEVERINO, *La sentenza della Corte d’appello dell’Aja nel caso Milieudéfensie et al. c. Shell e i possibili sviluppi del caso Greenpeace et al. c. Eni et al. Il 2025 sarà l’anno decisivo per il contenzioso climatico italiano?* in *Dialoghi dir. econ.*, 2025, 45 ss.

renti circa l'esigenza di ridurre nel 2030 le emissioni di gas del 45% rispetto al 2019, non può confondersi siffatto obiettivo generale, conforme alle determinazioni della scienza, con la concreta specifica misura del concreto specifico obiettivo da porre a carico delle singole aziende a partire da quelle site nel territorio dell'Olanda: "Shell cannot be bound by a 45% reduction standard (or any other percentage) agreed by climate science because this percentage does not apply to every country and every business sector individually".

In conclusione, la stessa misura dell'obiettivo strategico in materia di *climate mitigation* cui deve attenersi la singola impresa, peraltro nel corso di un preciso lasso di tempo, non può certo essere fissata dai giudici, ma va stabilita da autorità chiamate ad adottare una puntuale articolata regolamentazione della materia nei diversi settori economici coinvolti, secondo criteri di discrezionalità anche, ma non solo, tecnica, che tengano pur conto delle diverse dimensioni operative delle imprese coinvolte e del diverso "peso" delle diseconomie prodotte dalle loro rispettive attività a danno del clima. Distinto discorso, ovviamente, si presenta, a nostro avviso, nel caso di un giudizio promosso per chiedere il risarcimento del danno subito direttamente dagli attori, a partire dalla loro salute, in cui, accanto già alla complessità dei problemi relativi all'applicazione della normativa sulla responsabilità extracontrattuale in presenza di mutamenti climatici, risulta decisivo, ai fini dell'individuazione del nesso di causalità tra l'azione della impresa e i danni sofferti dagli attori, valutare, in concreto, il contributo effettivo riconducibile alle condotte omissive o commissive poste in essere dall'impresa convenuta in giudizio.

In definitiva e in termini più generali, può dirsi che, nei conflitti giudiziari in materia di *climate change litigation*, le iniziative dirette contro lo Stato, a fronte delle sue omissioni operative a partire da quelle legislative⁸⁸, sia nell'individuare, prima, gli obiettivi da perseguire, sia, poi, nel definire ed attuare le misure idonee al riguardo, si rivelano, alla luce della prassi giurisprudenziale qui in rapida sintesi ripercorsa, paradossalmente più facilmente prospettabili, soprattutto in presenza tanto di sistemi in cui al vertice dell'ordinamento giudiziario vi sia una corte suprema dei diritti, più che una semplice corte costituzionale di legittimità, quanto, al tempo stesso, di una normativa costituzionale che conforti la presenza di un vero e proprio diritto fondamentale del singolo ad un "clima sostenibile".

Viceversa, sul piano dei conflitti tra privati, la determinazione in concreto del contenuto dell'obbligazione positiva posta a carico della singola im-

⁸⁸ A ben vedere, in alcune vertenze in materia di lotta ai cambiamenti climatici, accanto al tema relativo al conflitto tra la norma adottata e il testo della Costituzione, come è avvenuto nel caso *Neubauer, et al. v. Germany* del 4 marzo 2021 deciso dalla Corte costituzionale tedesca, è emersa anche l'ipotesi dell'inerzia del legislatore: tema antico che appare oggi meritevole di riattenzione, anche in prospettiva comparatistica, alla luce della prassi giurisprudenziale che si è accumulata: sul punto si v. *ex multis*, L. CASSETTI, *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in ID. e A.S. BRUNO (a cura di), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, Torino 2019, 1 ss.; F. PATERNITI, *Le omissioni del legislatore. Profili, problemi, prospettive*, Napoli 2023.

presa, quale presupposto per l'esito positivo di un'azione giudiziaria, diretta, in via inibitoria, sia a far cessare lo svolgimento di attività, rilevatasi illecita, in quanto non in linea con i parametri che a tale scopo si possano assumere, sia ad imporre per il futuro all'impresa la conformazione della stessa attività a siffatti parametri, appare difficilmente riconducibile innanzitutto ad un compito spettante ai giudici, peraltro in singole vertenze, ed anche a prescindere dalla stessa presenza, al riguardo, di una riserva di legge.

In ogni caso, resta comunque diversa, nei suoi presupposti e paradigmi giuridici da applicare, l'ipotesi di una azione promossa da privati nei confronti della singola impresa volta ad ottenere il solo risarcimento dei danni sofferti dal singolo a causa del cambiamento climatico, sempre che essi siano imputabili in concreto ad una specifica impresa in presenza di tutti i requisiti richiesti per la ricorrenza del "fatto illecito", in particolare della verifica circa l'effettiva devianza della condotta dell'impresa, a partire dalla sua politica aziendale nonché dal rispetto dei parametri considerati rispondenti alla condotta "virtuosa" che ci si sarebbe dovuto attendere dalla stessa.

Ai nostri fini, la ricostruzione più dettagliata del caso Ugenda, sopra illustrata, ha, a ben vedere, una precisa ragion d'essere posto che una parte della dottrina civilistica, anche italiana, ne offre una lettura a dir poco forzata e distorta che, a nostro avviso, riflette, nel profondo, un approccio alla *climate litigation* non convincente sul piano sistematico.

Infatti, l'impostazione della problematica relativa alla *climate litigation* sul piano della responsabilità civile in senso stretto che, come tale, è diretta alla tutela risarcitoria per i danni sofferti da singoli individui, presenta, a nostro avviso, due limiti di fondo: da un lato finisce con il perdere di vista la distinzione tra i rimedi finalizzati alla cessazione dell'illecito, ossia quelli che in grado di intervenire sulle fonti stesse del processo dannoso costituito dal cambiamento climatico, o meglio rappresentato dalla mancata o inadeguata mitigazione del suo nefasto mutamento, al fine anche di prevenirne i futuri ulteriori irreversibili guasti, ed i rimedi diretti a governare le sole conseguenze dannose che da tale processo siano derivate ai singoli e alle comunità: il tutto per di più senza cogliere la diversità stessa degli eventi che, sul piano oggettivo, sono presenti nel caso del cambiamento climatico⁸⁹.

⁸⁹ Infatti, a fronte del cambiamento climatico, consistente in un processo dinamico in corso, è necessario innanzitutto distinguere tra le conseguenze che il mutamento climatico sin qui intervenuto ha prodotto sugli assetti naturali e sulla realtà materiale e che, secondo la scienza, si configurano come eventi in larga parte non più reversibili, quelle che possono ulteriormente intervenire a tale riguardo in difetto del mantenimento o contenimento del fenomeno mediante l'assunzione di iniziative adeguate, infine gli effetti negativi conseguenziali che già ne discendono e che possono in futuro continuare a determinarsi anche a carico, in particolare, degli esseri umani in difetto di politiche effettive ed efficaci volte a combattere il *climate change*.

È del tutto evidente alla luce di questa distinzione che, sul piano delle politiche del diritto, premesso che l'obiettivo strategico di fondo è quello di contenere il fenomeno entro limiti praticabili, come emerge dalle determinazioni contenute nei trattati internazionali e nelle costituzioni statali, lo strumentario da porre a disposizione della società civile, ove si intenda promuoverne un ruolo attivo in siffatta problematica, non può che essere quello di monitorare in primo luogo l'attuazione dei piani e delle azioni pubbliche dirette in siffatta direzione nonché di ottenere che gli Stati adempiano tempestivamente e con continuità quanto

Dall'altro, in contraddizione con la premessa assunta in via di precomprensione, favorevole ad invocare i meccanismi risarcitori propri della responsabilità civile extracontrattuale, non si esita a perseguire su questa via, pur parlando, al contempo di un inadempimento in senso stretto a carico dello Stato relativo ad obblighi gravanti sullo stesso peraltro con l'immutato obiettivo di porre fine, pur sempre e per questa via, all'illecito stesso⁹⁰.

A titolo esemplificativo, tra i contributi dottrinali più recenti è sorprendente che, a proposito della decisione Urgenda, si affermi che “i giudici olandesi [...] hanno attribuito alla responsabilità civile una funzione preventiva e deterrente (art. 6:162 del Codice civile olandese, dal tenore letterale simile al nostro art. 2043). Si tratta di rimedi di tipo ingiuntivo funzionali a ridurre le emissioni di gas serra entro un certo periodo di tempo”⁹¹.

Ebbene, questa lettura della sentenza Urgenda da una parte contrasta in maniera singolare con la concreta motivazione accolta dalla Corte suprema olandese, la quale non ha invocato l'art. 6:162 del codice civile olandese, ossia la responsabilità extracontrattuale, bensì l'art. 3:296 del libro terzo relativo alla *specific performance* di una obbligazione preesistente; dall'altra, pur cogliendo correttamente che il *decisum* della pronuncia era “di tipo ingiuntivo”, ossia diretto alla cessazione dell'illecito in quanto tale (nella specie l'illecita continuata inerzia dello Stato con violazione del suo obbligo di agire), l'interpretazione ora richiamata non esita a collocare il *decisum* di tale sentenza nel solco della responsabilità civile extracontrattuale, assegnando, però, a quest'ultima, “una funzione preventiva e deterrente” che essa, a ben vedere, a tutto concedere, certamente non ha con riferimento alla cessazione stessa dell'illecito in senso stretto.

A sua volta, non meno sorprendente, collocandosi sulla medesima inadeguata distinzione tra gli strumenti di reazione all'illecito in quanto tale e i rimedi risarcitori in senso proprio, è la lettura della sentenza Urgenda che si

loro spetta, ossia che agiscano e continuino ad agire in vista del perseguimento di tale obiettivo.

Ebbene, il perseguimento diretto di questo risultato specifico, ossia l'attuazione costante delle azioni complessivamente volte alla *climate mitigation*, esige l'utilizzo di uno strumento giuridico specifico diretto a porre fine alla illecita inerzia o inadeguatezza circa le attività legislative ed operative da adottare allo scopo: strumentario che è ben diverso da quello diretto a rimuovere gli effetti consequenziali negativi già prodottisi o *in itinere* per i singoli o per l'intera società causati dall'inadempimento degli Stati. In altre parole, il “danno al clima” nella sua complessità, per quanto lo si voglia considerare evento incidente per sé sui singoli e sulla intera società e umanità, in termini di violazione di un diritto di rango costituzionale, come tale, integra sul piano giuridico, un illecito in senso stretto che va fatto cessare; evento, in altre parole, che non va confuso con quelli secondari che dal primo discendono e che possono generare danni ad altri diritti dei singoli, sotto forma di danno alla salute e alla vita privata.

⁹⁰ Sotto il profilo da ultimo segnalato, non può non osservarsi, a tacer d'altro, che resta in ogni caso sempre evidente la differenza tra il fenomeno oggetto della presente indagine e quello relativo alla responsabilità extracontrattuale dello Stato in caso di mancata o ritardata attuazione di una direttiva comunitaria: non a caso, anche questa tematica è stata presa in esame nella motivazione della sentenza Urgenda.

⁹¹ Così G. PERLINGIERI, *Ambiente, clima e criticità della presunta categoria dei beni*, cit., 160.

rinviene in una recente ampia monografia dedicata al tema⁹². Infatti, in questa, da una parte, a proposito sempre della decisione nel caso Urgenda, si fa esattamente riferimento all'art.3:296 del codice civile olandese, in corretta linea con la motivazione adottata dalla Corte suprema olandese; dall'altra, però, si stravolge, questa volta, la lettura di tale norma e del rimedio ivi previsto. Infatti, l'autore, disinvoltamente e senza esitazione, non solo colloca tale norma sul versante del "risarcimento del danno in forma specifica" (strumento, questo, che, viceversa, nello stesso codice civile olandese è autonomamente previsto in altra disposizione a proposito in generale delle modalità di risarcimento del danno), ma parte da un improponibile presupposto ermeneutico⁹³.

In ogni caso, l'art.3:296 si riferisce espressamente, sia pure in forma di *injunction*, alla *specific performance* di una obbligazione, ossia all'esecuzione in forma specifica di una obbligazione in un quadro sistematico ben distante da quello della responsabilità extracontrattuale, come, del resto, conferma la stessa dottrina civilistica olandese⁹⁴.

3.5. Una prima traccia del contenzioso nella prassi giurisprudenziale nazionale: i limiti operativi della responsabilità civile extracontrattuale

⁹² Il riferimento è al contributo monografico di L. SERAFINELLI, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico*, Torino 2024.

⁹³ Invero, la singolare interpretazione della sentenza Urgenda prospettata da L. SERAFINELLI, *op. ult. cit.*, non discende soltanto dall'errata sovrapposizione concettuale tra lo strumento generale di cui all'art. 3:296, volto ad ottenere, su ordine del giudice, l'adempimento forzato dell'obbligazione, nel caso specifico utilizzato dalla Corte olandese, in termini di una vera e propria *climate injunction* (sulla scorta, del resto, di una proposta interpretativa già presente nella letteratura giuridica olandese ben prima dell'avvio del caso Urgenda) e la semplice modalità risarcitoria in forma specifica, alternativa a quella pecuniaria, relativa al danno sofferto proprio dall'attore in giudizio e ricadente nel versante della responsabilità extracontrattuale, peraltro prevista nel codice civile olandese dall'art. 6:103 *Type of compensation (money or another type of repair)*. In realtà, a questo assai discutibile esito ermeneutico cui è giunto l'autore ha contribuito, peraltro, anche la tesi, a dir poco "inattesa e sorprendente" nel contesto di un lavoro oltremodo informato e degno di nota, sostenuta dall'autore: tesi, secondo la quale l'art. 3:296 sarebbe collocato nella disciplina dei diritti reali e dunque sempre forzatamente utilizzato nella prassi giurisprudenziale olandese in altre aree disciplinari. In realtà, il libro 3° del codice civile olandese, in cui è collocata la norma in esame, si riferisce alla *Property law in general* (ossia in termini complessivi a tutto il *Vermögenrecht*), comprensiva come tale anche dei diritti di credito, tanto è vero che l'art. 3:296, di cui qui si parla, è presente specificatamente nel titolo generale 3.11 di quel libro: titolo che comprende norme relative alle azioni di tutela, comprese le *class actions*, in termini appunto di *Rights of action (legal actions)* e che, in larga parte, si riferiscono direttamente proprio ai rapporti obbligatori e non certo ai diritti reali.

⁹⁴ Sul punto si v. P. GILLAERTS, *Instrumentalisation of Tort Law: Widespread Yet Fundamentally Limited*, in *Utrecht L. Rev.*, 2019, 27 ss., in part. 36, il quale, a proposito proprio dell'art. 3:296 del Codice civile olandese ed analoghi rimedi, si preoccupa espressamente di precisare che "nella misura in cui tali altri rimedi non sono considerati forme di risarcimento (in natura) e nella misura in cui non sono la conseguenza giuridica di una situazione di responsabilità extracontrattuale, ma piuttosto derivano da un obbligo giuridico (diverso dal risarcimento del danno causato ingiustamente), essi costituiscono rimedi autonomi al di fuori del diritto della responsabilità civile" (traduzione ed enfasi nostre).

Il sintetico quadro relativo alla giurisprudenza emersa negli ultimi anni e diretta ad ottenere dallo Stato attesi interventi legislativi e amministrativi finalizzati alla lotta al cambiamento climatico mediante il ricorso allo strumentario giuridico privatistico si è, in definitiva, scontrato, a prescindere dalla soluzione accolta nel caso Urgenda dai giudici olandesi, sul principio fondamentale secondo il quale i giudici non potrebbero invadere la sfera di competenza di altri poteri dello Stato in ottemperanza del principio della separazione dei poteri. Di qui, più precisamente, la ricorrenza in molte pronunce, anche quelle emerse nell'esperienza nord-americana, della soluzione che nega la giurisdizione dei giudici ordinari in quanto, nella specie, si dovrebbe attivare quella amministrativa al fine di sindacare, sul piano dell'illegittimità, provvedimenti o inazioni della pubblica amministrazione, sia pure, nei limiti operativi dovuti alle regole relative alla legittimazione all'azione.

Sotto questo profilo, a completamento della sintetica ricognizione sin qui prospettata, non possono trascurarsi, per la loro rilevanza, gli esiti della controversia intervenuta in Francia nel caso promosso dal Comune de Grande-Synthe ed altri e conclusosi con la decisione del Consiglio di Stato francese del 24 ottobre 2025, n. 467982, sopra richiamato.

Sulla base della ricognizione sin qui illustrata circa lo stato dell'arte in materia di *climate litigation*, alla luce dello strumentario giuridico e delle tradizioni culturali presenti nelle esperienze giuridiche in cui è emerso il contenzioso, è possibile avanzare alcune considerazioni critiche circa la prima esperienza assai di recente avviata nel nostro paese.

Critiche, come si cercherà di evidenziare, dovute al fatto che le difficoltà nell'approccio al tema discendono, a nostro avviso: a) da un lato, dall'indubbia mancanza nel nostro sistema giuridico privatistico di uno strumento di portata generale che permetta interventi inibitori sotto forma di *injunction*, quali conosciuti negli ordinamenti di *common law*, all'infuori della ipotesi, pur sempre limitata, prevista nell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.; b) dall'altro, tanto dalle incertezze circa l'individuazione di un preciso fondamento su cui basare una pretesa azione volta a porre innanzitutto rimedio all'illecita inerzia dello Stato anche in ragione dell'inadeguatezza delle sue determinazioni nel fronteggiare la crisi climatica, quanto, più in generale, dal ricorso, in vista della cessazione stessa dell'illecito imputabile allo Stato alla responsabilità extracontrattuale: ricorso, assai discutibile e fragile sul piano sistematico, posto che, come si è già più volte osservato nella pagine precedenti, si basa, a tacer d'altro, sulla sovrapposizione tra *property rules* e *liability rules*, affidata ad un utilizzo improprio dell'art. 2058 relativo al risarcimento in forma specifica.

A questo riguardo, la prima vertenza da richiamare, enfaticamente denominata "Giudizio Universale", è quella, tuttora in corso, che ha portato il Tribunale di Roma con la sentenza del 26 febbraio 2024, n. 35542, a dichiarare inammissibili, per difetto assoluto di giurisdizione, le domande avanzate da una associazione e da alcuni privati contro la Presidenza del Consiglio dei Ministri volte ad ottenere la condanna dello Stato, in primo luogo ai sensi degli artt. 2043 e 2058 c.c.: "all'adozione di ogni necessaria iniziativa per



l’abbattimento, entro il 2030, delle emissioni artificiali di CO₂ - e nella misura del 92% rispetto ai livelli del 1990, ovvero in quell’altra, maggiore o minore, in corso di causa accertanda”. Più precisamente, a questa prima fondamentale domanda, così formulata, seguivano, in via subordinata, la richiesta di accertamento e di condanna della convenuta sempre ai sensi dell’art. 2058 alla luce della violazione dell’art. 2051 c.c., ovvero per responsabilità da contatto sociale, nonché, a questo ultimo riguardo, anche alla luce dell’art. 1453 c.c. in presenza di un inadempimento.

In sostanza, come si legge nella decisione, secondo gli attori presupposto della controversia era la “perdurante (permanente) violazione dei modi e tempi dei doveri statali di protezione” gravanti sullo Stato con la conseguente configurazione di “una responsabilità climatica dello Stato italiano” convenuto, “riconducibile alle fattispecie di cui agli artt. 2043 c.c. ovvero 2051 c.c., nonché degli artt. 1173 e 1218 c.c.”.

Sulla scia dell’evoluzione giurisprudenziale emersa nel corso della *climate change litigation* in altri paesi e sul piano internazionale, la domanda attorea era partita, correttamente a nostro avviso, dall’affermazione circa l’esistenza anche nel nostro ordinamento di un diritto fondamentale soggettivo individuale e collettivo di rango costituzionale relativo alla conservazione di un clima “sostenibile”, alla cui fruizione, secondo le argomentazioni degli attori riassunte nella sentenza, sarebbe connesso l’adempimento da parte dello Stato di un’obbligazione civilistica, peraltro fondata sui vincoli assunti dallo Stato stesso con la sottoscrizione dei trattati e degli accordi internazionali, con riferimento in particolare al UNFCCC e all’Accordo di Parigi: obbligazione da attuarsi nel rispetto delle indicazioni fornite dalla scienza, come tali sottratte a valutazioni discrezionali di ordine politico in quanto tenute in altre parole ad “osservare le conoscenze e le informazioni scientifiche acquisite dalle istituzioni e dagli organismi (nazionali e sovranazionali) a ciò deputati e ad applicare il principio di precauzione (richiamato dall’art. 191 del trattato sul funzionamento dell’Unione Europea”.

Il cuore della decisione, a nostro avviso, si rinviene nel passo della motivazione secondo il quale, a ben vedere, nella specie: da un lato l’illiceità della condotta imputabile allo Stato, quale presupposto dell’azione civilistica, non era stata dimostrata previa l’allegazione sia “di specifici provvedimenti normativi posti in essere dallo Stato da considerarsi illegittimi in quanto lesivi dei diritti umani fondamentali”, sia di un’inerzia colpevole dello Stato nel non essere andato oltre gli stessi obiettivi fissati a livello europeo in ordine alla lotta al cambiamento climatico; dall’altro, si chiedeva “una pronuncia di condanna dello Stato ad adottare qualsivoglia provvedimento necessario e idoneo a provocare l’abbattimento delle emissioni nazionali, al fine di prevenire la lesione futura di diritti umani”. Come dire, dunque, che si chiedeva al giudice: a) di accertare la presenza dei presupposti dell’illecito, valutando i provvedimenti e le determinazioni assunte dallo Stato, e, al tempo stesso, “di annullare [in definitiva], i provvedimenti anche normativi di carattere primario e secondario (come illustrati dalla difesa erariale nelle pp. 11 e ss. della comparsa di costituzione ed evincibili dalla documentazione depositata in data 15.03.2022), che costituiscono attuazione delle scelte politiche del legislatore e del governo per il raggiungimento de-

gli obiettivi assunti a livello internazionale ed europeo (nel breve e lungo periodo), in violazione di un principio cardine dell'ordinamento rappresentato da quello relativo alla separazione dei poteri"; b) per conseguenza, di colmare, per così dire, siffatto vuoto con nuove adeguate determinazioni da adottarsi ai sensi dell'art. 2058 c.c. e destinate a proiettarsi nel futuro.

In particolare, le valutazioni prognostiche di parte attrice, quanto all'inadeguatezza delle scelte politiche effettuate per la realizzazione degli obiettivi cui lo Stato si è auto-vincolato, oltre che contestate dalla parte convenuta, risultavano agli occhi del giudice non verificabili in difetto delle informazioni necessarie per l'accertamento della correttezza delle complesse decisioni prese dal Parlamento e dal Governo e comunque non vincolanti per lo Stato a proposito della lotta al cambiamento climatico posto che "le decisioni relative alle modalità e ai tempi di gestione del fenomeno del cambiamento climatico antropogenico – che comportano valutazioni discrezionali di ordine socio-economico e in termini di costi-benefici nei più vari settori della vita della collettività umana - rientrano nella sfera di attribuzione degli organi politici e non sono sanzionabili nell'odierno giudizio"⁹⁵.

Questa lettura della sentenza del Tribunale⁹⁶ è stata, del resto, fatta propria dalla stessa Corte di Cassazione a sezioni unite nella sua decisione 21 luglio 2025, n. 20381, emessa per regolamento preventivo di giurisdizione in un giudizio pendente dinanzi al Tribunale di Roma e relativo ad un'altra controversia in materia di cambiamento climatico e di cui ci si occuperà tra poco. Infatti, in questa sua pronuncia, la cassazione ha distinto nettamente le due vertenze.

In particolare, nel richiamare la *ratio decidendi* presente nella pronuncia del Tribunale di Roma del 26 febbraio 2024, n. 35542, la suprema Corte si è limitata a rilevare da un lato che in quel giudizio convenuta era la presidenza del Consiglio dei ministri, dall'altro che il *petitum* sostanziale avanzato in definitiva dalle parti attrici mirava ad affidare al giudice un sindacato sulle modalità di esercizio delle potestà statali previste dalla Costituzione, avallando, implicitamente, la soluzione ivi accolta.

Ben diversa è la controversia che ha portato all'intervento delle Sezioni unite della cassazione nella decisione del 21 luglio 2025, n. 20381 sopra richiamata. Infatti, nel caso di specie, il conflitto promosso da una associazio-

⁹⁵ In altre parole, a differenza di quanto richiesto nel caso Urgenda in cui la pretesa era limitata alla sola correzione degli obiettivi da perseguire nella lotta al cambiamento climatico, nella vertenza sottoposta al giudice del Tribunale di Roma si chiedeva al giudice di intervenire sulle modalità operative circa la tutela del clima, modalità che indubbiamente non possono non coinvolgere la discrezionalità decisionale del governo con la conseguente invasione della sfera politica.

⁹⁶ La decisione è stata oggetto di numerosi interventi critici su cui non mette conto qui soffermarci analiticamente. Preme, però, rimarcare che, in ragione delle specifiche modalità argomentative poste alla base dell'azione e del concreto *petitum* avanzato, la soluzione adottata dal giudice appare ineccepibile: sul punto, si v. *ex multis* le lucide osservazioni di A. BARBA, *Contenzioso climatico e difetto assoluto di giurisdizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1535 ss. e in F. CARDARELLI *et al.* (a cura di), *Il valore del dissenso. Riflessioni con Vincenzo Zeno-Zencovich*, II, Roma 2025, 1105 ss.; M.P. GASPERINI, *Il difetto assoluto di giurisdizione alla prova del contenzioso climatico. Le sentenze Giudizio Universale e KlimaSeniorinnen a confronto*, in L. RUGGERI e S. ZUCCARINO (a cura di), *Persona e mercato nel prisma della sostenibilità*, Napoli 2024, 130 ss.

ne ambientalistica la Greenpeace O.n.l.u.s. ed altri privati, innanzitutto non coinvolgeva come convenuto lo Stato, bensì una impresa privata, nella specie la società ENI, che era stata chiamata in giudizio insieme ai suoi soci di riferimento tra cui il Ministero dell'economia e delle Finanze e la Cassa depositi e prestiti spa.

In particolare, l'azione di responsabilità promossa dalle parti attrici nei confronti dell'ENI al fine di ottenere il risarcimento dei danni per lesione di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) era fondata sugli artt. 2043, 2050 e 2051 c.c. e sugli artt. 300 e 313, comma settimo, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. In particolare, si riteneva ENI responsabile dei danni conseguenti ai guasti climatici dovuti alla sua attività “nell'esplorazione, nello sviluppo e nell'estrazione di petrolio e gas naturale in trentasette Paesi, anche attraverso le società da essa controllate, nonché responsabile dello 0,6% delle emissioni cumulate industriali globali e di emissioni di gas serra assolute pari a 419.000.000 di tonnellate di CO₂ nell'anno 2022” in quanto, “pur essendosi vincolata nel suo codice etico a rispettare i diritti umani e gli obiettivi dell'Accordo di Parigi, ha adottato una strategia non in linea con le indicazioni della comunità scientifica e dell'IPCC, dotandosi di un piano di decarbonizzazione al 2050 che, oltre a non prevedere il totale abbandono dei combustibili fossili, contempla una riduzione delle emissioni di appena il 35% entro il 2030, cui corrisponde però, nel breve periodo, un incremento nella produzione di idrocarburi”.

In particolare, la domanda attorea chiedeva a) l'accertamento dell'inottemperanza dell'ENI, del Ministero e della Cassa DP al raggiungimento degli obiettivi climatici internazionalmente riconosciuti, volti a garantire il contenimento dell'incremento della temperatura entro 1,5° C; b) la conseguente dichiarazione della responsabilità solidale dei convenuti per tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti e subendi dagli attori in conseguenza del cambiamento climatico, per violazione del combinato disposto degli artt. 2 e 8 della CEDU e degli artt. 2043, 2050 e 2051 c.c.; c) la condanna dell'ENI a limitare il volume annuo aggregato di tutte le emissioni di CO₂ in atmosfera, in misura tale che a fine 2030 lo stesso venga ridotto di almeno il 45% rispetto ai livelli del 2020, ovvero in altra misura che garantisca il rispetto degli scenari elaborati dalla comunità scientifica internazionale, con la fissazione di una somma di denaro da pagarsi in caso d'inottemperanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento; d) la condanna del Ministero e della Cassa DP, ai sensi dell'art. 2058 c.c. e dell'art. 614-bis c.p.c., ad adottare una *policy* operativa che definisca e monitori gli obiettivi climatici di cui l'ENI dovrebbe dotarsi, con la fissazione di una somma di denaro da pagarsi in caso d'inottemperanza o ritardo nell'esecuzione del provvedimento; e) in subordine, la condanna dei convenuti alla adozione di ogni iniziativa necessaria a garantire il rispetto degli scenari elaborati dalla comunità scientifica internazionale per contenere l'aumento della temperatura entro 1,5° C.

Va osservato che in questa vertenza, i soggetti privati non avevano chiesto il risarcimento del danno ambientale che pure era alla base dei danni sofferti, bensì quello dei pregiudizi, riferiti ai beni e ai diritti di cui erano titola-

ri gli attori e che sarebbero stati compromessi dai cambiamenti climatici; nonché quello dell'ulteriore pregiudizio causato dalla sofferenza psicologica patita dagli attori derivante dal timore di esporre i propri beni materiali, nonché l'incolumità, la vita e la salute personali e dei propri cari ai fenomeni estremi e disastrosi indotti dai cambiamenti climatici, con conseguente alterazione delle abitudini della vita quotidiana dovuta ai medesimi cambiamenti climatici. A loro volta, le associazioni avevano fondato la loro richiesta in ragione dei danni patrimoniali e non patrimoniali sofferti per via della lesione dei loro scopi statutari a tutela dell'ambiente, nonché dei pregiudizi delle risorse finanziarie e dei beni messi in campo e consumati da parte dalle stesse associazioni, al fine di contrastare le attività produttive - *ex multis* - di danno ambientale/climatico compiute da ENI nel corso degli anni.

A fronte di questa iniziativa, i convenuti avevano tra l'altro eccepito il difetto assoluto di giurisdizione, invocando proprio il *decisum* del Tribunale di Roma 26 febbraio 2024, n. 35542, sopra analizzato, per cui, al fine di sollecitare la conclusione del giudizio, la stessa parte attrice aveva promosso regolamento preventivo di giurisdizione su cui si è pronunciata la Corte di cassazione nella sentenza del 21 luglio 2025, n. 20381.

Con specifico riferimento a questa vertenza ed ai soli fini dell'individuazione della giurisdizione, la suprema Corte di cassazione, nel richiamarsi sostanzialmente al *petitum* alla base della domanda attorea e nel prendere atto di trovarsi di fronte ad un giudizio civilistico in materia di responsabilità extracontrattuale tra privati⁹⁷, ha ritenuto che la giurisdizione spettasse al giudice ordinario con il conseguente rinvio della controversia, per riassunzione, dinanzi al Tribunale di Roma, il quale, una volta rigettata la richiesta attorea di procedere con una consulenza tecnica, ha fissato l'udienza per le conclusioni l'11 febbraio 2027.

Ai nostri fini, al di là della singolarità e specifiche difficoltà che presenta l'applicazione della responsabilità civile in controversie promosse nei confronti di un operatore economico privato⁹⁸ ed anche a tacer della possibilità (che qui non mette conto affrontare) di attivare siffatto rimedio risarcitorio sia in presenza di violazione di norme puntuali dettate a proposito della specifica attività svolta dall'impresa, sia, in loro assenza, sulla base del solo

⁹⁷ In realtà, sul punto specifico, l'articolazione della domanda presentava un margine di ambiguità, in quanto, se è pur vero che l'azione dei privati era rivolta nei confronti della s.p.a. Eni, nel giudizio erano stati convenuti anche il Ministero dell'economia e delle Finanze e la Cassa depositi e prestiti spa, quali soci di riferimento di tale società, con l'esplicita richiesta nei loro confronti di una condanna ad adottare una policy operativa diretta a definire e monitorare gli obiettivi climatici di cui avrebbe dovuto dotarsi l'ENI: per cui, a ben vedere, dietro l'apparente configurazione degli stessi come meri soci della spa, e anche a prescindere dalla stessa ammissibilità in astratto di una autonoma domanda diretta ai soci, in definitiva, si intendeva affidare al giudice il medesimo compito di interferire nella gestione politica di tali soggetti pubblici in termini non dissimili da quelli che nella sentenza del Trib. Roma 26 febbraio 2024, n. 35542, avevano portato il giudice ad accertare l'assoluta carenza di giurisdizione.

⁹⁸ Sul punto si rinvia per tutti alla lucida esposizione di C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno da cambiamento climatico ed i limiti della responsabilità civile: a proposito del "caso Eni"*, in *Studium iuris*, 2025, 433 ss. e in F. CARDARELLI *et al.* (a cura di), *Il valore del dissenso*, cit., II, 1329 ss.



nuovo testo dell'art. 41 della Costituzione, resta, in ogni caso insuperato il rilievo di fondo relativo al fatto che lo strumento risarcitorio proprio della responsabilità civile non è in grado di attingere direttamente l'obiettivo volto a far cessare la prosecuzione dell'attività considerata “illecita” ex art. 2043 c.c. e a conformarla, per il futuro, ad una modalità esecutiva che non incida negativamente sul cambiamento climatico.

In altre parole, la responsabilità civile prende sempre in considerazione un “fatto illecito”, assunto nella sua staticità, generatore di danni, come tale già conclusosi, sebbene le sue conseguenze dannose possano proiettarsi nel futuro. Con il suo specifico strumentario non è in grado direttamente di intervenire sulla prosecuzione stessa della causa generatrice dei danni, ossia sull'attività che continua, sì da proiettare la sua incidenza sul futuro. Sotto questo profilo, come si è più volte ribadito nel corso del presente saggio, le riserve avanzate in generale circa l'idoneità della responsabilità extracontrattuale a guidare le *climate litigations* nella prospettiva volta ad incidere sui processi economici che incidono negativamente sul clima, trovano la loro più compiuta ricaduta a proposito dell'assai discutibile ricorso, richiamato tanto nella vertenza affrontata dal Tribunale di Roma sul Giudizio Universale, quanto in quella oggetto dell'intervento delle Sezioni Unite della cassazione, al rimedio del risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c.: rimedio, che, da essere semplicemente alternativo al risarcimento per equivalente del danno intervenuto comprensivo di quello destinato anche a proiettarsi nel futuro, vuole essere utilizzato in chiave inibitoria, sia per impedire la prosecuzione dell'attività “illecita”, fonte del danno, sia, addirittura, per conformarla a modalità operative ritenute virtuose⁹⁹.

Il tema merita un, sia pur sintetico, approfondimento in quanto, confortato da ambigue conclusioni giurisprudenziali, si è fatto strada, anche nella letteratura civilistica che si è occupata dei conflitti climatici, un indirizzo ermeneutico che, puntando su una interpretazione che vorrebbe essere “evolutiva” dell'art. 2058 c.c., mira ad assegnare alla reintegrazione in forma specifica ex art. 2058 una finalità inibitoria diretta alla stessa cessazione

⁹⁹ Non è possibile, nell'economia del presente lavoro, approfondire questo tema. È sufficiente, ai nostri fini, segnalare che le più recenti riflessioni organiche sulla responsabilità civile e sul risarcimento in forma specifica, in coerenza con la visione moderna della responsabilità civile, confermano sia la distinzione tra la tutela risarcitoria e quelle inibitoria, nella prospettiva peraltro della già richiamata distinzione tra *property rule* e *liability rule*, sia, di conseguenza, l'improponibilità di una configurazione atipica della reintegrazione in forma specifica ex art. 2058 in chiave inibitoria. Sul primo punto, si rinvia per tutti a C. SALVI, *La responsabilità civile*⁴, Milano 2025, 303 ss.; sul secondo si v. l'approfondita ampia disamina svolta sia da A. GNANI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, E. Roppo e F. Anelli, Milano 2018, 255 ss. (con ampi riferimenti al criticato indirizzo inaugurato da M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. impr.*, 1987, 85 ss., in part. 105, favorevole ad un utilizzo atipico dell'art. 2058) sia da L. SERAFINELLI, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico*, cit., 324 ss.; su entrambi i fronti si rinvia alla lucida disamina di M. BARCELLONA, *Trattato del danno e della responsabilità civile*, Torino 2011, 903 ss. e a C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano 2006, 797 ss.

dell'illecito: di qui il suo richiamo, oltremodo forzato¹⁰⁰, nell'ambito della *climate litigation*.

A nostro avviso, a prescindere dai limiti operativi presenti all'interno stesso della disposizione codicistica, se è certamente lodevole il tentativo di forgiare sulla base del diritto scritto una soluzione rimediale utile nelle controversie climatiche, assai discutibile resta pur sempre il ricorso al risarcimento in forma specifica *ex art.* 2058 c.c. quale strumento per conseguire, in via coattiva, sul piano della responsabilità extracontrattuale, l'esecuzione di attività destinate a mitigare la crisi climatica, con riferimento a conflitti promossi nei confronti sia dello Stato sia di imprese private.

Il risarcimento in forma specifica, quale alternativa al risarcimento per equivalente, si riferisce al danno conseguente alla presenza di un illecito che si sia già consumato e risulti circoscritto. Tale rimedio non può operare quale strumento per la cessazione stessa di attività illecita ove questa permanga e si proietti nel futuro. Esso interviene, in termini di reintegrazione, sul precipitato materiale dell'evento lesivo che ha prodotto il danno e che, come fatto, è assunto come compiuto. Inoltre, a tutto concedere, tale modalità risarcitoria, anche a prescindere dal contenuto stesso della prestazione coattiva richiesta per la sua attuazione (sia essa di dare o di fare), si riferisce pur sempre ad una situazione ben definita e determinata nel tempo e nello spazio, come, del resto, avviene anche a proposito della stessa liquidazione del danno in termini monetari: danno che, per quanto possa essere anche per-

¹⁰⁰ Infatti, a ben vedere, l'autorevole riferimento a siffatto rimedio che si rinviene nelle suggestive pagine di P. FEMIA, *Responsabilità civile e climate change litigation*, cit., viene prospettato (872 nt. 142) in termini di semplice metafora e non certo di applicazione analogica della disposizione codicistica e meno che mai diretta come, viceversa, si prospetta nelle pretese attoree avanzate nelle vertenze italiane analizzate nel testo. Non diversa, del resto, la posizione di C. CAMARDI, *Verso un modello europeo di responsabilità civile?*, in *Accademia*, 2025, 19 ss. in part. 38, la quale, in ordine ai conflitti climatici, suggerisce, in linea con la riflessione di Femia, il ricorso ad un rimedio che si ispiri alla "logica già espressa dall'art. 2058 cod. civ.", per il cui tramite "il convenuto potrà essere condannato ad un 'fare', precisamente potrà/dovrà attivare un piano di mitigazione del rischio, eliminare le emissioni nocive, investire in tecnologie alternative". Rimedio, mette conto sottolinearlo, che si riferisce in definitiva ad uno strumento inibitorio in senso ampio, quale conosciuto dall'esperienza di *common law* e di recente introdotto, proprio a proposito della tutela ecologica, nell'art. 1252 del *code civil* francese: rimedio non a caso introdotto a conclusione di una riflessione dottrinale con la quale, a ben vedere, si è fatta piena chiarezza circa la distinzione tra la funzione risarcitoria della responsabilità civile in senso proprio e la sanzione dell'illecito, a partire dalla sua cessazione e inibizione futura. Per lungo tempo, infatti, nell'esperienza francese siffatta distinzione non era colta: non a caso anche nel progetto Català del 2005, a proposito della c.d. riparazione in natura del danno, si è prospettata l'introduzione di un nuovo art. 1369-I secondo il quale "Lorsque le dommage est susceptible de s'aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin la cessation de l'activité dommageable". Attualmente, grazie alla monografia di C. BLOCH, *La cessation de l'illicite*, Paris 2008, il tema è stato ben chiarito, sebbene la nuova disposizione introdotta, ossia l'art. 1252, oggi dettata per il solo caso della tutela ambientale e climatica, sia stata collocata nel codice civile pur sempre nell'ambito della disciplina relativa alla responsabilità extracontrattuale: sulla necessità della distinzione sopra richiamata e, al tempo stesso, sulle difficoltà circa il suo pieno riconoscimento nell'esperienza d'oltralpe, si v. anche C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Parigi 2011, 426 ss.



manente e destinato verosimilmente a proiettarsi nel futuro, fa riferimento pur sempre sul piano causale ad un consolidato e fermo presupposto fattuale che è alle sue spalle. La modalità attuativa della reintegrazione in forma specifica *ex art.* 2058 può anche riguardare il compimento di un'attività, sempre che, però, questa abbia un preciso contenuto ed un margine temporale di esecuzione al fine di rimuovere le sole conseguenze di un puntuale fatto illecito pur sempre cristallizzato. In altre parole, la proiezione temporale del risarcimento in forma specifica guarda sempre al passato in quanto destinata alla reintegrazione di una situazione retrostante, presente in un preciso momento temporale ormai passato. Sicché tale forma risarcitoria non può, strutturalmente, proiettarsi verso il futuro nei confronti di attività *in fieri*, come, viceversa, è necessario nel caso delle *climate litigation*, in cui l'obiettivo è viceversa proprio quello di intervenire sull'attività futura, per correggerla ossia per assicurare la costante conformazione del suo esercizio, destinato a proiettarsi nel tempo a venire, a parametri diretti a mitigare il cambiamento climatico, mediante sia la fissazione di precisi obiettivi suscettibili di correzioni in corso d'opera, sia di articolate misure di attuazione spettanti entrambe, rispettivamente, allo Stato ed alle stesse imprese private.

Sotto questo profilo, a voler riprendere le indicazioni suggerite dai pareri delle corti internazionali richiamate nell'avvio di queste pagine, lo strumento fondamentale da attivare resta, in primo luogo, quello inibitorio. Per molti sistemi giuridici, compreso il nostro, esso richiede tuttora adeguate risposte legislative la cui mancanza non può essere aggirata con soluzioni inadeguate, ferma restando, pur sempre, la possibilità di interventi volti a reagire, alla luce sia della Costituzione sia del quadro normativo unionale ed internazionale, alle constatate omissioni del legislatore e degli organi di governo.

4. L'ambiente tra globale e locale “dentro i confini”

A differenza delle questioni relative al cambiamento climatico, la dialettica tra globale e locale si presenta in termini diversi per quanto attiene alla salvaguardia dell'ambiente in senso stretto, in cui il profilo territoriale conserva un indubbio rilievo. Su questo specifico tema, a voler limitarsi in questa sede a considerazioni sintetiche, è sufficiente rilevare che, a prescindere, qui, sia dal problema relativo al rapporto tra paesaggio ed ambiente, sia dalla suggestiva configurazione olistica dell'ambiente che comprenda anche la componente umana, resta del tutto indubbio che le questioni relative all'ambiente ben conoscono, pur all'interno di uno stesso singolo Stato sovrano, inevitabili articolazioni disciplinari, al tempo stesso generali e puntuali, alla luce sia della presenza di componenti strutturali comuni, sia di inevitabili differenziazioni territoriali (nonché locali), ossia di quelle differenziazioni che, nel nostro caso, costituiscono la singolare irripetibile connotazione sul piano storico, economico e sociale del nostro paese e, più in generale, della stessa Europa.

Ebbene, in questo caso specifico, l'articolazione territoriale dell'ambiente, pur nella sua unità, ha portato nel nostro ordine costituziona-

le ad una significativa prassi applicativa in sede di interpretazione dell'art. 117 della Costituzione.

Infatti, se da una parte spetta allo Stato, nella prospettiva diretta alla fissazione di norme di portata generale applicabili all'intero territorio nazionale, la competenza esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, per quanto essa si riveli in concreto pur sempre "naturalmente" trasversale, con la tendenza a sovrapporsi a competenze di spettanza regionale foriera come tale di tensioni che possono minare la leale collaborazione, dall'altra recenti importanti decisioni della Corte Costituzionale hanno, molto correttamente, ammessa la possibilità che, a livello periferico, le Regioni, senza per questo invadere e ledere la competenza esclusiva dello Stato, adottino determinazioni più rigorose e rigide di quelle applicabili a livello nazionale in funzione della salvaguardia di specifici esigenze territorialmente circoscritte¹⁰¹. Ciò, ovviamente, non certo nel segno di una distinta sovranità territoriale spettante alle singole Regioni, bensì nel segno di una preziosa cooperazione tra centro e periferia, in vista della migliore e più soddisfacente protezione dell'ambiente.

Al riguardo, se si considera il contenzioso per certi versi analogo intervenuto nei contesti di Stati a struttura federale come gli Stati Uniti, è interessante rimarcare che, al fine di supportare le proprie determinazioni adottate a livello dei singoli Stati e così evitare la violazione della c.d. *Dormant Commerce Clause*, nel loro legiferare gli Stati federati abbiano puntato non tanto direttamente sulla protezione dell'ambiente, che non può che essere assunto nella sua totalità, bensì sulla sovranità relativa alle proprie risorse territoriali in senso stretto. Nel nostro caso, viceversa, la prospettiva argomentativa si presenta per certi versi rovesciata in termini operativi, nel senso che gli interventi legislativi regionali possono intervenire a supporto dello Stato nella tutela dell'ambiente, con la previsione di misure più rigide di quelle statali in quanto meglio rispondenti alla specificità delle situazioni locali. Esempio, al riguardo, la sentenza 15 febbraio 2024, n. 16, relativa alla legge della Regione Puglia finalizzata a vietare temporaneamente la raccolta di ricci di mare: essa è stata ritenuta illegittima ma solo nella parte in cui il testo della legge parlava di raccolta «nei mari regionali», anziché «nello spazio marittimo prospiciente il territorio regionale», e assicurava pur sempre il commercio di ricci di mare provenienti «da mari territorialmente non appartenenti alla Regione Puglia», anziché «dallo spazio marittimo non prospiciente il territorio regionale».

5. L'insostenibile leggerezza della "sostenibilità": la scommessa sul locale

¹⁰¹ Sul punto si rinvia per tutti a A. D'ATENA, *Tutela ambientale e autonomia differenziata*, in *Consulta online*, 2024, 1, in part. 59 ss. Rigida, viceversa, è rimasta la prassi giurisprudenziale della stessa Corte costituzionale quanto a negare la possibilità per le Regioni di delegare a Comuni e Province funzioni amministrative nel settore ambientale, che siano state allocate dal legislatore statale a livello regionale: tra le più recenti decisioni si v. la sentenza 4 gennaio 2024, n. 2.

La considerazione ora avanzata a proposito della ineludibile esigenza quanto alla tutela dell'ambiente di risposte normative articolate alla luce delle specificità che l'ambiente presenta a livello territoriale, con il conseguente coinvolgimento delle istituzioni locali, quanto meno nel rendere più rigoroso a livello periferico il quadro disciplinare di applicazione generale, segnala, a ben vedere, un dato che progressivamente sta emergendo anche a proposito del terzo tema proposto nel titolo di questo saggio, ossia quello della sostenibilità, nella triplice declinazione in cui viene sempre di più rappresentata, ossia ambientale, economica e sociale. Tema che qui può solo sfiorarsi con alcune considerazioni di ordine generale e che, nell'indubbio conflitto tra le sue ambizioni di fondo, peraltro sollecitate dall'incombente crisi planetaria, e le incertezze e vaghezze dei risultati da raggiungere, segnala tutta la drammaticità della stagione apertasi nel nuovo millennio.

Invero, nella sequenza delle questioni al centro di queste riflessioni, quella relativa alla sostenibilità può essere rappresentata in termini di un cerchio più ampio al cui interno vanno ricompresi rispettivamente quello dell'ambiente e quello dello stesso clima. Infatti, nell'attuale contesto storico, con il termine “sostenibilità” si intende rappresentare e sintetizzare, per di più con l'aspirazione a favore una sua condivisione a livello planetario, il più ambizioso dei progetti di ingegneria sociale ed economica mai elaborato, indirizzato a modificare l'intero modello di sviluppo seguito nella modernità, con riferimento all'intera esperienza che coinvolge, al tempo stesso, il mondo vivente, compreso l'umanità, e la natura, sì da andare, ben al di là, del solo mondo delle attività economiche e dei processi produttivi affermatosi egemonicamente negli ultimi due secoli.

A ben vedere, premesso che la sua concreta capillare attuazione richiederebbe una pianificazione totalizzante di tutte le azioni umane e delle conseguenti loro interazioni con il mondo esterno, nella prospettiva di una loro rigorosa totale conformazione a complessi regolativi tutti da adottare, il progetto della “sostenibilità” appare, innanzitutto, presentarsi, in antitesi con il sistema delle libertà, quale si è affermato nella modernità: ossia quel sistema che, in definitiva, si è affidato pur sempre a meccanismi di composizione, a livello prima sociale e poi istituzionale, di libere scelte che partono dai singoli soggetti.

Sotto questo profilo, ben si comprende allora che nel perseguire la sostenibilità, in difetto di una sistema totalitario di pianificazione imposto dall'alto e per di più in grado di intervenire con una capillarità inimmaginabile, la soluzione ingegneristica sin qui elaborata sul piano giuridico si è in definitiva orientata, quanto meno a livello dell'esperienza europea, a partire ancora una volta dal mondo delle imprese e del sistema finanziario, a favore dell'adozione in termini legislativi di semplici meccanismi procedurali. Meccanismi che, in sostanza, si limitano a fissare obiettivi generali e che lasciano in primo luogo alle stesse imprese l'individuazione di concrete soluzioni regolative in vista del loro perseguimento, da attuarsi tanto a livello delle rispettive strutture e compagini societarie, nonché destinate ad applicarsi anche nelle rispettive loro relazioni di filiera, quanto a livello collettivo mediante la stipula di accordi cooperativi. È questo, a ben vedere, il terreno su cui si è attestata negli ultimi anni la produzione legislativa intervenuta a

partire dalla regolamentazione europea finalizzata ad orientare proceduralmente il mondo finanziario, societario e delle imprese a favore di una rivisitazione dei modelli operativi che favorisca la contrazione delle disconomie esterne, razionalizzi l'uso delle risorse e promuova una più equa distribuzione della ricchezza.

In altre parole, al di là delle stesse resistenze che anche questo modello procedimentale adottato sta incontrando nella realtà europea, come del resto emerge dal rinvio intervenuto circa l'attuazione di molti regolamenti dell'Unione adottati in questa direzione ovvero dall'indebolimento contenutistico di scelte legislative già assunte, al di là della continua prospettazione del tema come un mantra in tutto il mondo della comunicazione sociale e culturale, è indubbio che quello della sostenibilità costituisce un tema che va ben oltre, per ambizione e complessità, quelli sopra richiamati relativi al clima e all'ambiente non fosse altro perché da una parte il suo vasto oltremodo inclusivo orizzonte di riferimento comprende sia la dimensione globale sia quella locale, dall'altra lascia irrisolta, per come risulta oggi affrontata, la contraddittoria pretesa di far coesistere paradigmi giuridici che appartengono ad orizzonti diversi tra loro.

Esemplare, a questo riguardo, a dispetto di una ampia letteratura giuridica sempre più consapevole circa i limiti presenti nella dottrina tuttora egemone in materia di *competition law*, il voler mantenere immutata la prospettiva interpretativa adottata da tempo dalla Commissione europea in materia di concorrenza e, al tempo stesso, promuovere soluzioni legislative che favoriscano la conclusione di accordi orizzontali e verticali tra imprese in vista della comune applicazione di regole e soluzioni operative all'insegna della sostenibilità in grado di andare oltre per rigore rispetto a quelle presenti nel diritto scritto.

Infatti, a tutto concedere, a fronte dei guasti che il sistema stesso del libero mercato ha causato in questi ultimi decenni in termini di disconomie esterne prodotte dalle imprese a danno dell'ambiente e del clima, si vorrebbe da una parte favorire la convergenza tra le imprese in termini di accordi di sostenibilità, dall'altra continuare a perseverare nell'applicare pur sempre anche a tali accordi il tradizionale modello ermeneutico adottato a proposito della stessa sola *competition law*, sul presupposto acritico, se non ideologico, della postulata e non rivedibile lineare coerenza di quest'ultima, come sin qui applicata, con il paradigma della sostenibilità.

Significativo, in ogni caso, resta il fatto che la concreta difficoltà di tradurre il complessivo "progetto" della sostenibilità in compiute scelte normative assunte a livello apicale, pur sempre nella consapevolezza che nell'attuale congiuntura epocale è entrato in gioco lo stesso destino globale del pianeta, paradossalmente, comporta, in concreto ed in chiave salvifica, proprio un'inversione del processo alla base della globalizzazione. Invero, è solo a partire da "locale", con il coinvolgimento effettivo dal basso della società civile, ricreando coese realtà comunitarie, che può essere promosso un effettivo mutamento del modello di sviluppo sociale ed economico nella prospettiva della sostenibilità.

Quanto basta per rimarcare che sul piano dell'esperienza giuridica si prospettano itinerari di ricerca e di sperimentazione nuovi. A fronte della

drammaticità delle questioni qui richiamate, una parte della crisi epocale che si sta attraversando riguarda anche la stessa difficoltà che incontrano i giuristi nel rifondare un nuovo diritto presbite in grado di inseguire una luce pur sempre lontana, sì da sfuggire alle ombre e alle oscurità della caverna platonica in cui attualmente l'umanità sembra voglia sprofondare per un *cupio dissolvi* collettivo.



MERCATI DIGITALI, INTELLIGENZA ARTIFICIALE E TUTELE CONTRATTUALI DEL CONSUMATORE.

Di Paola Iamiceli

| 451

SOMMARIO: 1. “Resta da ripensare [...] un equilibrio turbato”. – 2. *Economia dei dati, intelligenza artificiale e potere contrattuale.* – 3. *Asimmetrie di potere e bisogni di tutela: quale spazio per il diritto europeo dei rapporti diseguali?* – 3.1. *Dagli obblighi di informazione al diritto alla spiegazione algoritmica.* – 3.2. *Il controllo sulle pratiche commerciali scorrette.* – 3.3. *Il controllo sulla vessatorietà delle clausole contrattuali.* – 4. *Contrattazione del consumatore nei mercati digitali e tutele effettive, proporzionate e dissuasive.* – 5. *Pensiero conclusivo: una “condivisione dei fini” [...] da “promuovere e saldare”.*

ABSTRACT. *Il contributo esamina il modo in cui lo sviluppo dell'economia dei dati e l'uso pervasivo dell'intelligenza artificiale nelle relazioni di mercato stanno ridefinendo i confini dei poteri economici e contrattuali, generando così nuove vulnerabilità, nuovi rischi di abuso e nuove esigenze di tutela. Esso affronta tre questioni principali: (i) in che modo l'economia dei dati e l'intelligenza artificiale influenzano la struttura dei poteri contrattuali e, di conseguenza, la governance dei rapporti contrattuali; (ii) quali rischi di abuso emergono a danno dei consumatori e dei loro diritti fondamentali, e in che misura tali rischi possono essere affrontati facendo affidamento sul diritto europeo dei consumatori e dei mercati digitali; e (iii) quali tutele dovrebbero essere apprestate al fine di assicurare un giusto equilibrio tra innovazione e tutela dei diritti, anche fondamentali, garantendo al contempo rimedi efficaci, proporzionati e dissuasivi, in conformità con i principi del diritto dell'UE.*

This paper examines how the development of the data economy and the pervasive use of artificial intelligence in market relations are redefining the boundaries of economic and contractual powers, thereby giving rise to new vulnerabilities, new risks of abuse and new needs for protection. It addresses three main issues: (i) how the data economy and artificial intelligence influence the structure of contractual powers and, consequently, the governance of contractual relationships; (ii) what risks of abuse are emerging to the detriment of consumers and their fundamental rights, and to what extent these risks can be addressed by relying on European consumer and digital markets law; and (iii) what safeguards should be put in place to ensure a fair balance between innovation and the protection of rights, including fundamental rights, whilst guaranteeing effective, proportionate and dissuasive remedies, in accordance with the principles of EU law.



1. “Resta da ripensare [...] un equilibrio turbato”.

| 452

“Oggi, le relazioni più significative sono trasformate in dati”, scriveva quasi dieci anni fa su questa Rivista Giuseppe Vettori, ricordando, tra le “conseguenze relevantissime” di questa trasformazione “l’aumento delle diseguaglianze” e denunciando la “rottura dell’equilibrio costituzionale e della stessa coesione sociale”. “Resta da ripensare” – si aggiungeva allora, ma l’invito è quanto mai attuale - “quale fosse e quale sia oggi questo equilibrio turbato e occorre individuare quali siano le risposte possibili nei confronti di questi nuovi poteri forti”¹.

Collocandosi nel solco di una riflessione giuridica che aspira a unire persona e mercato, il presente contributo si interroga sui modi in cui la rivoluzione (non solo digitale) associata allo sviluppo dell’economia dei dati e all’uso dell’intelligenza artificiale stia ridefinendo confini e forme del potere economico e di quello contrattuale, generando nuove vulnerabilità, nuovi rischi di abuso e bisogni di tutela.

Queste trasformazioni stanno modificando profondamente il funzionamento del mercato e le relazioni interne alla società, ponendo domande inedite sulla tenuta delle categorie tradizionali del diritto privato, che sono deputate a regolare quelle relazioni.

Nella prospettiva del diritto dei contratti, qui considerata, l’economia dei dati pone questioni di grande rilievo. Ciò non solo e non tanto perché il dato, di regola aggregato in una nuova e preziosa universalità di beni mobili², può diventare esso stesso oggetto del contratto³, ma anche e soprattutto perché modifica profondamente il governo della relazione contrattuale e l’esercizio dei poteri connessi al contratto, fin dalla fase della sua formazione.

Proprio in questa fase, grazie all’uso delle tecnologie digitali e in particolare dell’intelligenza artificiale, il dato diventa ‘alimento’ della relazione, imponendosi come fonte, oggetto e obiettivo del potere contrattuale. Serve all’impresa per confezionare l’offerta e approssimarla nel modo più preciso possibile ai bisogni (anche quelli più reconditi) del consumatore. Serve a quest’ultimo per individuare, comparare e accedere a una gamma pre-selezionata di opzioni, che è comunque ben più ampia rispetto a quella che avrebbe individuato con gli strumenti tradizionali.

¹ G. VETTORI, *Quid iuris? Prima lezione di diritto alle matricole* (Firenze, 12.9.2018), in *Persona e Mercato*, Novembre 2018.

² Così, se si volesse recuperare il linguaggio proprietario. A ben guardare, pur cogliendo la dimensione economica del *surplus* di valore generato dall’aggregazione delle ‘cose’ mobili, la categoria dell’universalità mostra tutti i suoi limiti rispetto al fenomeno in esame, là dove ancora il fattore aggregante all’unicità del proprietario e della destinazione. Sui limiti della lettura proprietaria del diritto dei dati, da una prospettiva di diritto comparato: S. VAN ERP, *Management as Ownership of Data*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), *Data as Counter-Performance: Contract Law 2.0?*, Hart/Nomos, 2020; S. VAN ERP, *Triangles of Property Law*, November 21, 2024, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5095700>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5095700>

³ H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, Intersentia, 2016, 51 s.

Questa trasformazione indotta dalla digitalizzazione del mercato, da molti conosciuta come “personalizzazione del contratto”⁴, può non solo generare valore economico ma anche creare benefici rilevanti sotto il profilo sociale e della giustizia distributiva⁵. Può consentire a soggetti meno abbienti di accedere a contratti di finanziamento o di assicurazione a condizioni più favorevoli di quelle offerte sui canali tradizionali; in talune circostanze, permette a quelle stesse persone di accedere a servizi sanitari, che non avrebbero potuto ricevere, o di vivere esperienze sociali e culturali che diversamente non avrebbero mai sperimentato⁶.

Al tempo stesso la digitalizzazione dei mercati e l’uso dell’intelligenza artificiale espongono l’individuo a una accresciuta vulnerabilità sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali⁷. Ciò in particolare sotto tre profili: la tutela dei dati personali⁸; il rischio di trattamenti discriminatori⁹; l’accesso a servizi essenziali¹⁰. Non a caso il Regolamento europeo sull’Intelligenza Artificiale (UE/2024/1689, di seguito *AI Act*) considera come sistemi ad alto rischio quelli volti a indirizzare la stipulazione di contratti per l’erogazione di tali servizi o comunque capaci di incidere sul relativo accesso¹¹. Peraltro, prioritariamente volta a garantire la ‘sicurezza’

⁴ F. ESPOSITO, M. GROCHOWSKI (a cura di), *Algorithmic Price Personalization and the Law*, Cambridge University Press, 2025.

⁵ F. ESPOSITO, *Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers*, Cahiers du CeDIE Working Papers, 2020/02.

⁶ M. ARTIGOT GOLOBARDES, *Algorithmic personalisation of consumer transactions and the limits of contract law*, in *Journ. Law Market and Innovation*, 1/2022, 18 ss.; M. Artigot Golobardes, F. Gómez Pomar, *Personalized Prices and Contractual Controls in EU Consumer Law*, in F. Esposito, M. Grochowski (a cura di), *Algorithmic Price Personalization and the Law*, cit., 165 ss.

⁷ L’art. 27, *AI Act*, impone una valutazione di impatto sui diritti fondamentali per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio. Sul tema: A. COLOMBI CIACCHI, G. BERARDI, A.-C. ONAIE, *Contract and Power in the Age of AI: Algorithmic Discrimination and Fundamental Rights Impact Assessments*, in L. MILLER, & P. SIRENA (Eds.), *Contract and Power: Ideologies, Inequalities, and Marginalisation in European Contract Law*, Intersentia, 2026, 103-131. Per una modellizzazione di tale processo per sistemi di intelligenza artificiale per il settore del credito, v. A. COSENTINI, O. POLLICINO et al., *Assessing the Impact of Artificial Intelligence Systems on Fundamental Rights* (March 06, 2025), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5168579> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5168579>

⁸ F. JAULT-SESEKE, A. MISSAKIAN, *JuLIA Handbook – Artificial Intelligence and Data Protection*, December 2025, <https://www.julia-project.eu/resources> P. IAMICELI, T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *JuLIA Handbook – AI in Healthcare and the Protection of Health as a Fundamental Right*, 2025,

⁹ A. COLOMBI CIACCHI, G. BERARDI, A.-C. ONAIE, *Contract and Power in the Age of AI: Algorithmic Discrimination and Fundamental Rights Impact Assessments*, cit.

¹⁰ P. IAMICELI, T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *JuLIA Handbook – AI in Healthcare and the Protection of Health as a Fundamental Right*, 2025, <https://www.julia-project.eu/resources>

¹¹ Sono infatti sistemi di IA ad alto rischio, es., nel campo dell’accesso a servizi privati essenziali e a prestazioni e servizi pubblici essenziali e fruizione degli stessi: a) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche o per conto di autorità pubbliche per valutare l’ammissibilità delle persone fisiche alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica essenziali, compresi i servizi di assistenza sanitaria, nonché per concedere, ridurre, revocare o recuperare tali prestazioni e servizi; b) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per valutare l’affidabilità creditizia delle persone fisiche o per stabilire il loro merito di credito, a eccezione dei sistemi di IA utilizzati allo scopo di individuare frodi finanziarie; c)



del sistema di intelligenza artificiale in quanto ‘prodotto’ ai fini della sua immissione e circolazione nel mercato, tale disciplina nulla dice, almeno espressamente, in merito alle implicazioni di questa circolazione sul versante più propriamente contrattuale.

Muovendo da questa diversa prospettiva, la presente riflessione intende affrontare tre importanti questioni: (i) come l’economia dei dati e l’uso dell’intelligenza artificiale incidano sul disegno del potere contrattuale e di conseguenza sul governo della relazione contrattuale (par. 2); (ii) quali bisogni di tutela generino sotto il profilo della protezione del consumatore, inteso altresì come persona titolare di diritti fondamentali, e in che misura la disciplina esistente possa rispondere a tali bisogni (par. 3); (iii) quali strumenti di tutela sia importante apprestare per garantire un equo bilanciamento tra innovazione e precauzione, crescita e garanzia, al contempo assicurando tutele effettive, proporzionate e dissuasive in linea con i principi di diritto europeo¹².

2. Economia dei dati, intelligenza artificiale e potere contrattuale

L’economia dei dati rappresenta oggi un’evoluzione di quella che quasi 50 anni fa Marc Porat e Michael Rubin definivano l’“economia dell’informazione”, ponendo così l’informazione al centro di una rivoluzione economica, non più semplicemente manifatturiera, ma fondata sull’informazione come bene suscettibile di valutazione economica e parte essenziale del capitale produttivo¹³.

L’economia dei dati pone al centro di una nuova rivoluzione economica non più semplicemente l’informazione ma il dato ottenuto mediante

i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per la valutazione dei rischi e la determinazione dei prezzi in relazione a persone fisiche nel caso di assicurazioni sulla vita e assicurazioni sanitarie; d) i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per valutare e classificare le chiamate di emergenza effettuate da persone fisiche o per inviare servizi di emergenza di primo soccorso o per stabilire priorità in merito all’invio di tali servizi, compresi polizia, vigili del fuoco e assistenza medica, nonché per i sistemi di selezione dei pazienti per quanto concerne l’assistenza sanitaria di emergenza; (...) (*All. III, Reg. 2024/1689, 5.A*). V. anche Considerando 57, AI Act: “Anche i sistemi di IA utilizzati nel settore dell’occupazione, nella gestione dei lavoratori e nell’accesso al lavoro autonomo, in particolare per l’assunzione e la selezione delle persone, per l’adozione di decisioni riguardanti le condizioni del rapporto di lavoro la promozione e la cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, per l’assegnazione dei compiti sulla base dei comportamenti individuali, dei tratti o delle caratteristiche personali e per il monitoraggio o la valutazione delle persone nei rapporti contrattuali legati al lavoro, dovrebbero essere classificati come sistemi ad alto rischio, in quanto tali sistemi possono avere un impatto significativo sul futuro di tali persone in termini di prospettive di carriera e sostentamento e di diritti dei lavoratori.

¹² Sia consentito il rinvio a F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Architecture of EU Law Enforcement. The Complementarity of Remedies and Sanctions in Light of Effectiveness, Proportionality, and Dissuasiveness*, in *European Review of Private Law*, 33, 3, 2025, 603 ss.

¹³ M.U. PORAT, M.R. RUBIN, *The Information Economy: Definition and measurement*, The Office, 1977.

tecnologie digitali, inclusa l'intelligenza artificiale¹⁴. Rispetto all'informazione tradizionale, il dato si presenta come elemento codificabile, esprimibile in linguaggio digitale e computazionale, aggregabile, comparabile su scale misurabili e frazionabili¹⁵; per questo esso è suscettibile di alimentare non solo processi decisionali integralmente umani ma anche (e soprattutto) elaborazioni e processi decisionali operati tramite l'uso di macchine dotate di gradi diversi di autonomia¹⁶. I dati inoltre hanno un valore economico che in larghissima parte dipende, oltre che dalla qualità, dalla quantità (massiva) degli stessi, nonché dalla loro relazione con altri dati. Sotto questo profilo assume rilevanza centrale la capacità di classificazione del dato nel contesto di una categoria di dati ad esso assimilabili o con esso comparabili o correlabili. Questa relazione tra dati passa molto spesso attraverso un collegamento tra dati non personali e dati personali, seppur successivamente anonimizzati o pseudo-anonimizzati¹⁷. La profilazione degli utenti dei servizi digitali è tra i meccanismi più rilevanti sotto questo profilo.

Allontanandosi almeno in parte dalla dimensione dell'essere, il dato (anche quello personale) entra dunque a pieno titolo nella dimensione dell'avere¹⁸. Da quest'ultima il passo alla dimensione del potere è assai breve¹⁹. In tal senso non solo i dati diventano merce di scambio secondo logiche commutative non troppo distanti da quelle fondate sull'uso della

¹⁴ V. S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, cit. Tra i primi documenti di policy europea sviluppati in questa prospettiva, Comunicazione della Commissione Europea "Building a European Data Economy" (COM(2017) 9 final), 10.1.2017.

¹⁵ S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, cit., 13 ss.; M. ARTIGOT GOLOBARDES, *Algorithmic personalisation of consumer transactions and the limits of contract law*, cit.

¹⁶ Questi diversi livelli di autonomia sono al centro della definizione di intelligenza artificiale secondo il Regolamento UE 2024/1689 (c.d. *AI Act*), v. art. 3(1).

¹⁷ V. C. giust. UE, 7.3.2024, C-604, *IAB Europe*, ECLI:EU:C:2024:214.

¹⁸ Cfr., in una più ampia prospettiva, G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 113 ss., 250 ss., 334 ss., dove, per un verso, si conferma il principio dell'inalienabilità come principio cardine a tutela dell'autodeterminazione e della dignità dell'avente diritto e, per l'altro, si individua nel contratto con effetti derivativo-constitutivi l'atto di disposizione dei diritti della personalità; A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Ann, IV, 2011, 133 ss.

¹⁹ Sulla legittimazione dei poteri privati in chiave di efficienza nella prospettiva del pensiero neoliberale, F. DENOZZA, *Il potere economico nel diritto privato relazionale e regolatorio*, 2025, 10 ss. Sulla configurabilità di poteri privati quali poteri autoritativi di fatto associati a posizioni di forza economico-sociale, v. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, 55 ss.; A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Laterza, Bari, 2008, 3 ss. Sul rapporto tra poteri privati e regolazione, anche nella prospettiva dei nuovi poteri derivanti dallo sviluppo dei mercati digitali: G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (a cura di), *Potere e Costituzione*, cit., 1008 ss., part. 1026 ss. Sui poteri privati delle piattaforme digitali: G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contr. Impr.*, 2022, 721 ss.; P. STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Giappichelli, Torino, 2022, part. Id., *Introduzione*, 1 ss., 13 ss.; F. RESTA, *Le piattaforme e la visibilità del potere*, *ibidem*, 368 ss.; A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, 359 ss., 387 ss.



moneta²⁰. Il loro controllo concorre altresì a determinare posizioni di potere economico di enorme rilievo sul piano giuridico dei rapporti di mercato²¹.

Si tratta di un potere nuovo nella sua granularità, opacità, inintelligibilità, struttura reticolare, attitudine a persuadere piuttosto che a vietare o imporre²², e di un potere fortemente ancorato al fattore tecnologico, che è in grado di trasformare in dati perfino le emozioni²³. La sua incisività cresce insieme alla capacità di correlare dati personali e dati non personali al punto che emerge un conflitto (almeno potenziale) tra l'estrazione di valore economico dai dati, da un lato, e la tutela di diritti fondamentali, dall'altro, ciò almeno sotto il profilo della tutela dei dati personali e in particolare di quelli c.d. sensibili: il valore economico tende a crescere (e così il potere contrattuale) quanto più si riduce la protezione dei dati personali. La stessa Corte di giustizia ha di recente evidenziato la tensione esistente tra (i) le logiche economiche sottese all'economia dei dati e (ii) uno dei pilastri del Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (di qui in avanti GDPR nell'acronimo inglese), vale a dire il principio di minimizzazione dei dati²⁴. Se e in che misura la protezione dei dati personali possa rispondere a

²⁰ Lo riconosce anche il legislatore europeo quando regola la fornitura di servizi e contenuti digitali offerti al consumatore a fronte della prestazione del consenso per il trattamento di dati personali. Tra questi rientrano ad esempio i rapporti che nascono dai contratti regolati dalla Direttiva 2019/770 (contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali), la quale si applica: (...) altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti. Sul tema, con diversi approcci: G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva UE 2019/770 e il Regolamento UE/2016/679*, in *Ann. Contr.*, 2018, 125 ss.; C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 499 ss.; S. ORLANDO, *op. cit.*; A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Mondadori Education, Milano, 2020, 211 ss.; P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. Dir. civ.*, 2022, 6, 1054 ss.

²¹ Sul tema O. POLLICINO, *Potere digitale*, in M. Cartabia, M. Ruotolo (a cura di), *Potere e Costituzione. Enciclopedia del diritto. I Tematici*, Giuffrè, 2023, 410 ss., part. 429, ove si parla di "metamorfosi dei nuovi soggetti dell'era digitale da attori economici in poteri privati", ciò anche per sottolineare l'inadeguatezza della disciplina antitrust e la necessità di una lettura costituzionale; R. RAMETTA, *La governance del mercato digitale europeo*, in *Pers. e mercato*, 2025, 921 ss. Nella prospettiva del diritto della concorrenza, S. HINCK, *Technological Rule-Setting Power of Digital Platform Ecosystem Interfaces – A Competition Law Perspective*, in *EuCML*, 6/2025, 287 ss. Con riguardo alle importanti implicazioni in tema di responsabilità: S. MARTINELLI, *Le piattaforme digitali: nuovi ruoli, nuovi regimi di responsabilità, nuovi approcci regolatori*, in *Danno resp.*, 2026, 24 ss.

²² Così, traendo spunto dai lavori di Foucault, G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, cit., 1028 s.; nella stessa prospettiva, *amplius*, M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, Il mulino, Bologna, 2022, part. 65 ss., 144 ss.

²³ R. MONTINARO, *Riconoscimento delle emozioni e marketing personalizzato*, in *Pers. merc.*, 2024, 847 ss.

²⁴ C. giust. UE, 4.10.2024, C-446/21, *Schrems v. Meta P. Ireland*, ECLI:EU:C:2024:834.



un'esigenza di riequilibrio dei poteri di mercato è questione rilevante, che tuttavia fuoriesce dagli obiettivi del presente scritto²⁵.

L'uso delle tecnologie digitali e in particolare quello dell'intelligenza artificiale redistribuiscono il potere contrattuale tra diverse tipologie di imprenditori. L'attività di intermediazione diventa cruciale nel disegno della mappa del controllo dei dati, ponendosi al crocevia di quasi ogni interazione sociale ed economica. La tecnologia inoltre introduce, essa stessa e a prescindere da chi la controlli, un "meccanismo eteronomo" destinato ad incidere e talora governare o sostituirsi all'esercizio dell'autonomia privata di matrice umana²⁶. In taluni casi vi è una chiara delega nei confronti della tecnologia²⁷; in tanti altri il meccanismo eteronomo opera per effetto di un disegno unilateralmente imposto e subito dai più senza alcun reale coinvolgimento di tipo volitivo²⁸. Come accade per l'intelligenza umana ma in modo affatto peculiare, la tecnologia può produrre errori (es. allucinazioni) i cui effetti si moltiplicano in modo esponenziale e la cui origine può dipendere dalla limitata qualità dei dati e/o dalla presenza di pregiudizi (*bias*) sottesi ai dati stessi o alla regola matematica (algoritmo) preimpostata e successivamente sviluppata dalla macchina, per lo più in modo autonomo²⁹. Data l'impenetrabilità dei percorsi algoritmici, trasparenza e conoscibilità del meccanismo decisionale sfuggono a qualsiasi ordinaria definizione; la capacità della persona di correggere errori e pregiudizi e, più ampiamente, 'supervisionare' il funzionamento di simili intelligenze è spesso estremamente limitata, ciò in particolare per un soggetto comune e tecnologicamente poco competente. Peraltro, proprio per il primato tecnologico della macchina, la persona tende a sovrastimare l'accuratezza della decisione della macchina (c.d. *automation bias*), il che riduce ulteriormente lo spazio di supervisione e ulteriormente accresce il rischio di errore³⁰.

²⁵ Al tema si è dedicata una distinta analisi a cui sia consentito rinviare; v. P. IAMICELI, *Le stagioni del consenso al trattamento dei dati personali tra poteri privati, tutele e governo dei dati*, in corso di pubblicazione in *Riv. It. Inf. dir.*, 2026.

²⁶ Si discute se il sistema di intelligenza artificiale produca decisioni o determini il contenuto di decisioni assunte da chi, in quanto soggetto di diritto, è chiamato a risponderne. V. S. ORLANDO, *Nove certezze su decisioni algoritmiche, diritto alla spiegazione e tutela dei consumatori*, in E. Tosi (a cura di), *Persona, dati personali e algoritmi tra GDPR e AI Act*, Levebre Giuffrè, 2025, p. 141 ss., che, distinguendo tra decisione in senso tecnico e decisione in senso giuridico, esclude che sul piano giuridico possa avvenire una vera e propria sostituzione (part. 151 ss.).

²⁷ È quanto accade ad esempio nei c.d. *smart contracts*, tema che fuoriesce dai confini del presente contributo.

²⁸ La logica richiama in larga parte la prospettiva di analisi sottesa alla riflessione di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss.

²⁹ Diverse tipologie di *bias* caratterizzano l'intelligenza umana e quella artificiale (G. GIGERENZER, *How to Stay Smart in a Smart World: Why Human Intelligence Still Beats Algorithms*, MIT Press, 2022, 132 ff.). Inoltre, nel generare nuovi *bias*, l'intelligenza artificiale può anche essere impiegata per ridurre i *bias* e gli errori umani conseguenti (C.R. SUNSTEIN, *Governing by algorithm? No noise and (potentially) less bias*, in *Duke Law J.*, 71, 6, 2022, 1175 ff.).

³⁰ V. C. giust. UE, 7.12.2023, C-634/21, *Schufa*, ECLI:EU:C:2023:957, dove la Corte riconfigura una decisione che dipende in misura *decisiva* da un trattamento automatizzato



Inoltre, economia dei dati e uso dell'intelligenza artificiale consentono di integrare nello spettro informativo pre-contrattuale elementi che finora tendevano a collocarsi al di fuori del perimetro del potere contrattuale dell'impresa. Così, in particolare, per elementi che rivelano l'utilità e il costo marginale del consumatore, e dunque la sua disponibilità a pagare un certo prezzo o la sua predisposizione emotiva rispetto alla stipulazione del contratto. Se dunque, in chiave contrattuale, l'economia dell'informazione si è per lo più concentrata sui problemi generati da asimmetrie informative inerenti all'oggetto principale dell'operazione economica, lasciando alle parti il monopolio sull'informazione relativa alla propria utilità e costo marginali, i nuovi strumenti consentono (in particolare all'impresa) di accedere a ed elaborare in modo sistematico nuove tipologie di informazioni, utili per migliorare la personalizzazione non solo del prodotto (bene o servizio) ma anche del prezzo, così (incidentalmente) massimizzando la propria utilità marginale³¹. È qui (o anche qui) che il controllo sui dati si fa potere economico, accentuando asimmetrie preesistenti e generando nuovi rischi di abuso.

3. Asimmetrie di potere e bisogni di tutela: quale spazio per il diritto europeo dei rapporti diseguali?

Pur elevando i livelli di informazione dei soggetti coinvolti nei processi di scambio di beni e servizi, l'economia dei dati e l'uso dell'intelligenza artificiale accentuano, nel complesso, le asimmetrie di potere associato al controllo dell'informazione (*melius*, dei dati)³². Il potere economico è per lo più misurato sulla metrica di questo controllo ed è ancora più asimmetricamente distribuito. I principali bisogni di tutela sono legati a questa asimmetria (i) sia sotto il profilo dell'autodeterminazione del consumatore, (ii) sia (e soprattutto) sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo-persona che accede al mercato.

Il diritto (prevalentemente quello di derivazione europea) conosce da tempo strumenti per ridurre asimmetrie di potere nel mercato e mitigarne gli effetti. Occorre tuttavia chiedersi se si tratti di strumenti utili nel contesto dell'economia dei dati e dell'intelligenza artificiale o se occorra ripensare a un nuovo disegno, sia sul piano delle regole, sia su quello dei rimedi.

Muovendo prioritariamente dalla prospettiva del diritto dei consumatori, si esaminerà questo interrogativo avendo riguardo a tre profili: i. obblighi di informazione; ii. controllo delle pratiche scorrette; iii. controllo sull'abusività dell'offerta e delle clausole contrattuali.

di dati alla stregua di una decisione basata *unicamente* sul processo automatizzato di dati (ai sensi dell'art. 22 GDPR).

³¹ Sulla personalizzazione del prezzo come meccanismo di appropriazione del surplus del consumatore ad opera dell'impresa, M. ARTIGOT GOLOBARDES, F. GÓMEZ POMAR, *Personalized Prices and Contractual Controls in EU Consumer Law*, cit., 170 ss.

³² C. KOOLEN, *Consumer Protection in the Age of Artificial Intelligence: Breaking Down the Silo Mentality Between Consumer, Competition, and Data*, in *European Review of Private Law*, 2 & 3, 2023, 427 ff., 440 f.



3.1. Dagli obblighi di informazione al diritto alla spiegazione algoritmica.

Come sopra evidenziato, l'uso delle tecnologie digitali e, ancor più, quello di sistemi di intelligenza artificiale nel contesto della contrattazione consumeristica accrescono in misura significativa i livelli di opacità e asimmetria informativa nel rapporto tra professionista e consumatore. Sul piano legislativo, ciò determina l'arricchimento degli obblighi di informazione in senso tanto quantitativo, quanto qualitativo. Nel primo senso, nascono nuovi obblighi di informazione, ad esempio inerenti al processo di determinazione dell'offerta: il professionista deve informare il consumatore del fatto che il prezzo o altre condizioni contrattuali siano state personalizzate mediante l'uso di strumenti di determinazione automatica³³.

In senso qualitativo, l'informazione si fa più articolata: punta non solo al trasferimento di conoscenze ma anche di strumenti di comprensione. L'informazione diventa "spiegazione" e deve consentire al singolo di comprendere il modo in cui l'uso di determinati dati abbia generato specifici elementi dell'offerta del professionista, ciò al fine di poter valutare la correttezza del percorso decisionale e delle sue premesse informative³⁴. Benché l'asimmetria informativa nasca da un deficit di conoscenza tecnica, l'antidoto non consiste nella trasmissione di questa conoscenza (ad esempio attraverso la comunicazione dell'algoritmo) ma di una sua elaborazione in senso selettivo e funzionale, nella sola componente 'atecnica' che consente all'individuo di comprendere il fondamento della c.d. decisione automatizzata ed eventualmente di contestarne la correttezza.

Mentre il diritto all'informazione sull'esistenza del "processo decisionale automatizzato" è un diritto del consumatore, che, a seconda dei casi, riguarda la sola personalizzazione del prezzo³⁵ o anche la personalizzazione di altre condizioni contrattuali³⁶, il diritto alla spiegazione nel senso più ampio sopra considerato è diritto della persona volto a proteggere i suoi diritti fondamentali: il diritto alla protezione dei dati personali³⁷ o altri diritti parimenti fondamentali³⁸.

³³ Direttiva 2011/83/EU, Art. 6(1)(ea); Direttiva 2023/2225, Art. 13.

³⁴ C. giust. UE, 27.2.2025, C-203/22, *Magistrat de Stadt Wien, Dun & Bradstreet Austria*, ECLI:EU:C:2025:117: "55. (...) nel contesto specifico di un processo decisionale fondato esclusivamente su un trattamento automatizzato, lo scopo principale del diritto dell'interessato di ottenere le informazioni previste all'articolo 15, paragrafo 1, lettera h), del RGPD è quello di consentirgli di esercitare in modo efficace i diritti riconosciutigli dall'articolo 22, paragrafo 3, di tale regolamento, vale a dire quello di esprimere il suo punto di vista su tale decisione e quello di contestarla."

³⁵ Direttiva 2011/83/EU, Art. 6(1)(ea).

³⁶ Direttiva 2023/2225, Art. 13. *Offerte personalizzate sulla base di un trattamento automatizzato*: "Fatto salvo il regolamento (UE) 2016/679, gli Stati membri dispongono che i creditori e gli intermediari del credito informino i consumatori in modo chiaro e comprensibile quando presentano loro un'offerta personalizzata basata sul trattamento automatizzato di dati personali".

³⁷ Art. 15, GDPR (Diritto di accesso dell'interessato), lett. h. In tema di validità del consenso v. Cass., 25.5.2021, n. 14381 ("In tema di trattamento di dati personali, il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in



Nel regolare il diritto di informazione dell'interessato circa il trattamento di dati che lo riguardano, l'art. 15 GDPR si riferisce espressamente a processi decisionali automatizzati, inclusa la profilazione, e al diritto dell'interessato di avere informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché sull'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato. Il “diritto alla spiegazione” di cui all'art. 15, co. 1, lett. *h*, è del tutto strumentale a quello di cui all'art. 22 GDPR, nel primo specificamente richiamato³⁹. L'art. 22 estende infatti il diritto dell'interessato di opporsi al trattamento dei propri dati personali, riferendolo alla decisione “basata unicamente” su quel trattamento automatizzato, ove la decisione produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona⁴⁰. Solo ove l'interessato sia non

riferimento a un trattamento chiaramente individuato; ne segue che nel caso di una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati”). In senso analogo anche Cass., 10.10.2023, n. 28358.

³⁸ Art. 86, *AI Act*, come tale applicabile ai soli sistemi ad alto rischio definiti nell'Allegato III (ad eccezione di alcuni ivi espressamente nominati), tra cui ad esempio i sistemi indicati nel contesto dell'accesso ai servizi essenziali, pubblici e privati. Non si applica invece ai sistemi ad alto rischio individuati in base all'art. 6(1), *AI Act*.

³⁹ Più precisamente l'art. 15, co. 1, lett. *h*, riconosce un diritto alla spiegazione ‘almeno’ nei casi di cui all'art. 22, commi 1 e 4, quando cioè il trattamento automatizzato, su cui la decisione si fonda in via esclusiva, produce effetti sulla persona dell'interessato a cui si riferiscono i dati trattati (anche sensibili, nei limiti di cui al comma 4). Non si esclude dunque che il diritto alla spiegazione operi anche in altri casi, ma la formulazione della norma sembra consentire interpretazioni estensive o analogiche solo in casi in cui il nesso tra trattamento automatizzato, decisione e persona dell'interessato sia analogo a quello delineato dall'art. 22 GDPR.

⁴⁰ V. C. giust. UE, 7.12.2023, Case C-634/21, *Schufa*, ECLI:EU:C:2023:957. Sull'importanza di intendere l'art. 22 GDPR in senso restrittivo, nei limiti della competenza dell'UE, quale definita dall'art. 16 TFUE e dunque relativamente alla sola protezione dei dati personali, S. ORLANDO, *Nove certezze su decisioni algoritmiche*, cit., 163.

È utile sottolineare che la proposta di riforma del GDPR contenuta nel pacchetto “Digital Omnibus” prevede un ampliamento della base giuridica della necessità per la stipulazione o l'esecuzione di un contratto tra titolare e interessato, divenendo irrilevante la circostanza per cui la decisione, basata sul trattamento automatizzato, possa essere assunta anche con altri mezzi; in altri termini, il trattamento automatizzato che verrebbe autorizzato dalla norma pur in assenza di consenso, è quello ‘utile’ ma benché non strettamente necessario alla stipulazione o esecuzione del contratto. V. art. 3(7), Digital Omnibus: “In Article 22, paragraphs 1 and 2 are replaced by the following: ‘1. A decision which produces legal effects for a data subject or similarly significantly affects him or her *may be based solely on automated processing*, including profiling, only where that decision: (a) is necessary for entering into, or performance of, a contract between the data subject and a data controller *regardless of whether the decision could be taken otherwise than by solely automated means*; (b) is authorised by Union or Member State law to which the controller is subject and which also lays down suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests; or (c) is based on the data subject's explicit consent” (corsivo aggiunto). Sul tema NOYB.EU, *Digital Omnibus First Analysis of Select GDPR and ePrivacy Proposals by the Commission*, novembre 2025, 48 ss., dove si mette in luce come l'abbandono del criterio di necessità abbinato alla proporzionalità sarebbe in contrasto con l'art. 52, Carta dei diritti fondamentali UE.

soltanto informato del trattamento automatizzato dei dati personali ma anche del modo in cui tale trattamento possa incidere sulla decisione, costui potrà valutare se acconsentire espressamente ovvero rifiutarsi di sottoporsi a una decisione basata unicamente su quel trattamento dei dati⁴¹.

Un “diritto alla spiegazione” simile a quello previsto dall’art. 15 GDPR è contemplato nell’art. 86, *AI Act*. Come nel GDPR, anche l’art. 86 cit. proietta l’obbligo informativo sul processo decisionale, configurando per l’interessato il diritto di ottenere “spiegazioni” chiare e significative sul ruolo della tecnologia nella procedura decisionale e sui principali elementi della decisione adottata e, come nel GDPR, anche qui l’obiettivo è quello di proteggere i diritti fondamentali dell’individuo (in tal caso in senso più ampio, ben oltre la protezione dei dati personali e richiamandosi in particolare la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali in genere)⁴². Tuttavia, per un verso il compasso si restringe, non parlandosi di qualsiasi trattamento automatizzato, inclusa la profilazione, ma più specificamente di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, come definiti nel Regolamento⁴³. Per altro verso, il compasso si allarga e si ha riguardo a qualsiasi decisione adottata da un *deployer* “sulla base di” un qualsiasi *output* del sistema di intelligenza artificiale da questi impiegato nel contesto di un processo decisionale. Perché sorga il ‘diritto alla spiegazione’ non occorre dunque che la decisione sia basata unicamente o prevalentemente sul trattamento automatizzato di dati (anche personali) mediante un sistema di IA. Occorre invece che tale trattamento concorra a determinare gli elementi di una decisione secondo meccanismi che il destinatario della decisione ha interesse a conoscere. L’obiettivo, del resto, è analogo a quello sotteso agli artt. 15(1)(h) e 22 GDPR: comprendere se e come la decisione ne abbia risentito e, secondo un ragionamento di tipo controfattuale, se il risultato della decisione sarebbe stato diverso ove i dati trattati fossero stati altri o se quegli stessi dati fossero stati trattati in modo diverso, ciò a prescindere dal fatto che si tratti di propri dati personali⁴⁴.

⁴¹ Il consenso esplicito è infatti una delle esimenti previste dal secondo comma dell’art. 22 GDPR rispetto al diritto dell’interessato di opporsi (o al divieto di trattamento del titolare). Il ruolo del consenso risulterebbe peraltro ridimensionato dalle modifiche proposte nel pacchetto Digital Omnibus (v. *supra* nota n. 40).

⁴² Si veda ancora S. ORLANDO, *Nove certezze su decisioni algoritmiche*, cit., 161, dove si mette in luce il ruolo circoscritto del diritto alla spiegazione ex art. 86 *AI Act*, di cui non può essere data un’interpretazione estensiva, posto che il legislatore europeo ha inteso regolare sviluppo e immissione sul mercato di sistemi di intelligenza artificiale oggetto del Regolamento e non invece, in senso altrettanto generale, il loro uso e dunque il sistema di relazioni che posso risulterne nei processi decisionali a valle, invece contemplati (ma limitatamente all’ambito di applicazione della norma) nell’art. 86.

⁴³ Per la precisione l’art. 86, *AI Act*, è applicabile ai soli sistemi ad alto rischio definiti nell’Allegato III (ad eccezione di alcuni ivi espressamente nominati), tra cui ad esempio i sistemi indicati nel contesto dell’accesso ai servizi essenziali, pubblici e privati. Non si applica invece ai sistemi ad alto rischio individuati in base all’art. 6(1), *AI Act*.

⁴⁴ C. giust. UE, 27.2.2025, C-203/22, *Magistrat de Stadt Wien, Dun & Bradstreet Austria*, cit.: “55. In particolare, nel contesto specifico di un processo decisionale fondato esclusivamente su un trattamento automatizzato, lo scopo principale del diritto dell’interessato di ottenere le informazioni previste all’articolo 15, paragrafo 1, lettera h), del RGPD è quello di consentirgli di esercitare in modo efficace i diritti riconosciutigli dall’articolo 22, paragrafo 3, di tale regolamento, vale a dire quello di esprimere il suo



Al di là dei diversi approcci, se volti a tutelare il consumatore rispetto alla decisione commerciale, ovvero l'individuo, i cui dati personali siano trattati in modo scorretto, il legislatore europeo costruisce un obbligo informativo del tutto nuovo e fortemente ancorato a un obiettivo di controllo sulle c.d. 'decisioni algoritmiche'⁴⁵. Come osservato dalla Corte di giustizia, per un verso la spiegazione non necessariamente comporta la limitazione di diritti di proprietà industriale, potendosi la 'spiegazione utile' all'individuo esprimersi in termini tecnici e senza riferimento ai codici potenzialmente interessati da diritti di privativa⁴⁶; per l'altro, la complessità del meccanismo sotteso all'algoritmo non può esimere il titolare del trattamento (così come il *deployer* del sistema di IA) dall'obbligo di spiegazione⁴⁷.

Se il 'diritto alla spiegazione' non è dunque istituto del diritto dei consumatori, ciò non significa che la relazione di consumo non ne sia influenzata. Tutte le volte in cui l'instaurarsi di tale relazione comporti il trattamento automatizzato di dati con caratteristiche pari a quelle delineate negli artt. 15 e 22 GDPR o nell'art. 86 *AI Act*, quel diritto concorrerà a regolare il rapporto tra consumatore e professionista con le implicazioni che si vedranno di seguito⁴⁸.

punto di vista su tale decisione e quello di contestarla. (...) 62. Con specifico riguardo alla profilazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, il giudice del rinvio potrebbe, in particolare, considerare sufficientemente trasparente e comprensibile il fatto di informare l'interessato di come una variazione a livello dei dati personali presi in considerazione avrebbe portato a un risultato diverso".

⁴⁵ Come attentamente osservato da S. Orlando, il lemma ha valenza puramente descrittiva (v. ID., *Nove certezze*, cit.).

⁴⁶ C. giust. UE, Conclusioni dell'Avvocato Generale Spielmann, 19.3.2026, C-159/25, *Rowicz*, ECLI:EU:C:2026:229, 67: "Ritengo che la pubblicazione dell'algoritmo, nonché dei rapporti relativi ai sorteggi costituisca una garanzia sufficiente per garantire la trasparenza del SACC, senza che sia necessario, a tal fine, esigere anche la pubblicazione del codice sorgente. Del resto, come sostiene il governo polacco, la divulgazione del codice sorgente, nella misura in cui esso può rivelare meccanismi di protezione dell'applicazione, potrebbe sollevare questioni relative alla sicurezza del sistema. Poiché il requisito della trasparenza è soddisfatto dalla pubblicità dell'algoritmo e dai risultati verificabili del sorteggio, non vedo, allo stato attuale, la ragione per cui occorrerebbe arrivare ad imporre la pubblicazione del codice sorgente, che corrisponde al progetto del software."

⁴⁷ Così, in tema di tutela dei dati personali, C. giust. UE, 27.2.2025, C-203/22, *Magistrat de Stadt Wien, Dun & Bradstreet Austria*, cit.: "55. (...) si deve quindi ritenere che l'articolo 15, paragrafo 1, lettera h), del RGPD offra all'interessato un vero e proprio diritto alla spiegazione sul funzionamento del meccanismo alla base di un processo decisionale automatizzato di cui tale interessato è stato oggetto e sul risultato a cui detta decisione ha condotto. (...) 61. (...) le «informazioni significative sulla logica utilizzata» in un processo decisionale automatizzato, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, lettera h), del RGPD, devono descrivere la procedura e i principi concretamente applicati in modo tale che l'interessato possa comprendere quali dei suoi dati personali sono stati utilizzati in che modo nel processo decisionale automatizzato in questione, senza che la complessità delle operazioni da eseguire nel contesto del processo decisionale automatizzato possa esonerare il titolare del trattamento dal suo dovere di spiegazione".

⁴⁸ Analoga argomentazione, basata sul combinato disposto tra art. 22 GDPR e art. 6 CRD, porta parte della dottrina a configurare un diritto del consumatore a conoscere il c.d. 'prezzo non personalizzato' (o 'prezzo impersonale'); v. F. ESPOSITO, *Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers*, cit.

3.2. Il controllo sulle pratiche commerciali scorrette

Come illustrato sopra, l'uso delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale ha modificato radicalmente le pratiche commerciali. Non è dunque un caso che, tra le novità del nuovo diritto europeo dei consumatori si sia aperto un importante spazio di riflessione sull'adeguatezza della disciplina delle pratiche commerciali scorrette sotto il profilo dell'allineamento con la rivoluzione digitale⁴⁹. Si osserva che l'attuale formulazione della c.d. lista nera delle pratiche scorrette stenti a catturare molte delle principali pratiche connesse al disegno delle piattaforme e della comunicazione commerciale presente sul web, nonostante che esse incidano in misura significativa sulla capacità del consumatore di valutare liberamente e in piena informazione le diverse proposte commerciali⁵⁰. Ci si chiede inoltre se tali pratiche c.d. 'oscuere' (o *dark patterns*) rientrino nell'alveo delle clausole generali di divieto delle pratiche scorrette, come definite dal legislatore con formula aperta e ulteriormente determinata nel binomio 'pratica ingannevole' e 'pratica aggressiva'⁵¹. Si conviene peraltro che l'uso dei c.d. *dark patterns*, se concretamente ingannevoli o manipolativi, sia senz'altro contrario alla diligenza professionale e dunque integri una pratica commerciale scorretta ai sensi della Direttiva⁵². La natura ingannevole, aggressiva e manipolativa va peraltro valutata caso per caso⁵³.

⁴⁹ Sul tema in senso affermativo, F. ESPOSITO, C. ISOLA, C. SANTOS, M. FARINHA, *Back to the Future-Proof: Four Reforms for the Better Regulation of Dark Patterns Under the Unfair Commercial Practices Directive and Article 25 Digital Services Act*, in *European Journal of Risk Regulation* (2026), 1 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti alla giurisprudenza delle autorità di enforcement nazionali che applica ai *dark patterns* la disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

⁵⁰ Solo alcune sono espressamente previste nell'Allegato I della direttiva, come osservato dalla Commissione europea, *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno*, 29.12.2021, 2021/C 526/01, 4.2.7., p. 101, e ripreso nel *Working Staff Document* della Commissione europea "Fitness check of EU consumer law on digital fairness", 3.10.2024, SWD(2024) 230 final, p. 148.

⁵¹ Le tecniche del *neuromarketing* sono state esaminate in particolare attraverso la lente delle pratiche aggressive. V. Commissione europea "Fitness check", cit., p. 149 s., dove si osserva in particolare che la definizione di pratica aggressiva lascia ampi spazi di incertezza interpretativa circa la portata dell'indebito condizionamento e della considerevole limitazione della libertà di scelta del consumatore, che sono al centro della definizione contenuta nell'art. 8 della direttiva. V. A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere*, in S. ORLANDO (a cura di), *Profili giuridici del neuromarketing. Annuario 2023-2024 OGID*, Osservatorio giuridico sull'Innovazione Digitale, University Press. Sapienza Università Editrice, 2025, 143 ss.

Sulla possibilità di applicare la disciplina delle pratiche commerciali scorrette alla luce dell'art. 25 DSA, v., anche con riferimento a un recente caso della giurisprudenza tedesca, B. RAUE, *Dark Patterns on online platforms and the interplay between the Digital Services Act and the Unfair Commercial Practices Directive*, in *EuCML*, Issue 3/2025, 109 ss.

⁵² Commissione europea, *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE*, cit., 99, dove si osserva che la distinzione tra tecniche promozionali altamente persuasive e pratiche manipolative va correlata alla capacità dell'operatore di accedere a dati aggregati circa le preferenze del consumatore, di migliorare e adattare progressivamente la personalizzazione, e di impiegare tali dati e tali tecniche senza che il consumatore se ne avveda.



La norma che ad oggi coglie più esplicitamente la dimensione tecnologica del fenomeno è l'art. 25, Regolamento Servizi Digitali⁵⁴. Tuttavia, il divieto di adozione di simili pratiche in esso contenuto, per espressa esclusione del legislatore europeo, non si applica alle pratiche regolate dalla Direttiva 2005/29/EC e dal GDPR⁵⁵. La discussione in atto sul tema della 'correttezza digitale' (*digital fairness*) nel diritto europeo dei consumatori riguarda proprio la possibilità di colmare il gap esistente tra un diritto dei consumatori e dei dati personali, ancora poco allineato rispetto alla diversa natura della manipolazione digitale, e un diritto dei mercati e dei servizi digitali più avanzato sotto questo profilo ma apparentemente inidoneo, se non in ambiti determinati⁵⁶, a permeare di nuovi contenuti la tutela consumeristica e quella della persona⁵⁷.

Sul tema anche M. LEISER, C. SANTOS, *Dark patterns, enforcement, and the emerging digital design acquis: manipulation beneath the interface*, in *Eur. J. L. Techn.*, 15, 1, 2024, che definiscono i *dark patterns* come pratiche che manipolano gli utenti al fine di ottenere risultati determinati, "often at the expense of their autonomy, decision-making, or choices"; gli Autori distinguono i *dark patterns* in base alla loro 'visibilità'/'oscurità' e riconoscibilità esterna, tanto da parte dell'utente quanto da parte dell'autorità di controllo, e ritengono che la gran parte delle pratiche commerciali scorrette proibite dalla Direttiva siano legate a *dark patterns* più o meno riconoscibili, mentre la Direttiva stenterebbe a governare i *dark patterns* più difficili da riconoscere perché capaci di adattarsi al comportamento dell'utente e di indurre determinate scelte attraverso tecniche subliminali, che ad esempio accrescono i livelli di dipendenza dall'uso dello strumento oppure offrono gratificazioni (premi) in corrispondenza di determinati comportamenti (o scelte commerciali).

Sul rapporto tra persuasione e manipolazione e sulla possibilità di ricondurre nell'alveo della contrarietà alla diligenza professionale le pratiche di eterodirezione non riconducibili all'indebito condizionamento richiesto nelle pratiche aggressive, v. T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *Le tutele del consumatore digitale dalle applicazioni di neuromarketing: tra divieto di pratiche commerciali scorrette e rimedi privatistici individuali*, in S. ORLANDO (a cura di), *Profili giuridici del neuromarketing*, cit., 77 ss., part. 86 ss.

⁵³ Ad es., secondo gli Orientamenti della Commissione europea, la personalizzazione del prezzo non è di per sé pratica scorretta, ma lo diventa se associata a un indebito condizionamento (Commissione europea, *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE*, cit., 103).

V. anche B. RAUE, *Dark Patterns on online platforms and the interplay between the Digital Services Act and the Unfair Commercial Practices Directive*, cit.

⁵⁴ Per un confronto tra disciplina delle clausole commerciali scorrette e art. 25, DSA, anche sotto il profilo del diverso ambito di applicazione, v. F. ESPOSITO, C. ISOLA, C. SANTOS, M. FARINHA, *Back to the Future-Proof*, cit., 7 ss.

⁵⁵ V. F. ESPOSITO, C. ISOLA, C. SANTOS, M. FARINHA, *Back to the Future-Proof*, cit., dove si auspica l'abrogazione di questo comma dell'art. 25 per un diverso coordinamento tra le due discipline nel senso della complementarità, anche al fine di estendere all'area consumeristica le tutele più stringenti del *Digital Service Act*.

⁵⁶ V. es. art. 16-sexies (Protezione supplementare relativa alle interfacce online), Direttiva 2011/83/UE, come introdotto dalla direttiva 2023/2673 con riferimento ai contratti di servizi finanziari stipulati a distanza, dove si opta per un diverso coordinamento con la disciplina generale delle pratiche scorrette e sulla protezione dei dati: "1. Fatti salvi la direttiva 2005/29/CE e il regolamento (UE) 2016/679, gli Stati membri provvedono affinché i professionisti, nel concludere i contratti di servizi finanziari a distanza, non progettino, organizzino o gestiscano le loro interfacce online, quali definite all'articolo 3, lettera m), del regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, in modo da indurre in errore o manipolare i consumatori che sono destinatari del servizio o

Al fine di colmare questa lacuna, occorre davvero allungare la lista delle pratiche scorrette, inseguendo per via di regolazione gli sviluppi di una tecnologia destinata a correre a una velocità inarrivabile per qualsiasi regolatore? Non basta forse far leva sulla forza delle clausole generali, di cui non a caso in questo ambito il legislatore europeo si è servito, affidando agli Allegati tecnici una funzione di orientamento per l'interprete e l'operatore economico?

Non sembra ormai contestabile che la tecnologia accresca enormemente la capacità del professionista di “falsare in misura rilevante il comportamento economico” del consumatore, inducendolo ad assumere decisioni commerciali che non avrebbe altrimenti preso (art. 5.2.b, Dir.); di ingannare il consumatore anche quando fornisce informazioni “di fatto corrette” ma comunque ingannevoli nella loro “presentazione complessiva” (art. 6.1, Dir.); di “occultare o presentare in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti” (art. 7.2, Dir.), informazioni rilevanti tra cui la Direttiva già comprende, oltre al prezzo, anche “il modo in cui questo è calcolato” (art. 6.1.d), consentendo dunque, ove rilevanti nel caso di specie, un richiamo alle norme del GDPR e dell'*AI Act* sopra esaminate in tema di diritto alla spiegazione algoritmica⁵⁸.

Non sorprende allora che le linee guida della Commissione sull'applicazione della Direttiva 2005/29/CE abbiano mostrato una spiccata attenzione verso il fattore tecnologico già nel contesto della legislazione vigente. E la stessa Corte di Giustizia ha dimostrato di saper guardare ai *bias* cognitivi indotti da certe pratiche commerciali, aprendo così la strada alla valutazione di tecniche idonee a influenzare la scelta commerciale del consumatore in modo indiretto, implicito, sotterraneo, e comunque manipolativo e distorsivo⁵⁹. È il riflesso di quel potere “granulare, opaco, inintelligibile, atto a persuadere piuttosto che a vietare o imporre”⁶⁰, che richiede una maggiore consapevolezza circa i diversi strumenti di esercizio del potere (a partire da quelli offerti dalla tecnologia digitale e dell'intelligenza artificiale) e la diversa risposta suscitata nell'individuo e nel consumatore.

Certamente serve rileggere la legislazione ‘pre-digitale’ in chiave digitale. Si impone ad esempio una rivisitazione del concetto di ‘consumatore medio’ (*average consumer*) e, forse ancor di più, di ‘membro medio di un determinato gruppo di consumatori’. È con riguardo a questa seconda categoria di destinatari della pratica che il legislatore europeo introduce il riferimento alla ‘vulnerabilità’ dell'individuo quale variante degli ordinari parametri di valutazione della natura scorretta della

altrimenti distorcere o compromettere la loro capacità di prendere decisioni libere e informate. (...).”.

⁵⁷ V. Commissione europea, “Fitness check”, cit., 148 ss.

⁵⁸ Su alcuni di questi profili v. anche R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, in *Pers. merc.*, 2022, 3, 368 ss., 374.

⁵⁹ C. giust. UE, 14.11.2024, C-646/22, *Compass*, ECLI:EU:C:2024:957.

⁶⁰ V. *supra* nota n. 22.



pratica normalmente applicati al consumatore medio (non vulnerabile)⁶¹. Secondo questo approccio è infatti vulnerabile l'individuo che presenti connotazioni affatto peculiari per età, infermità mentale o fisica, e 'ingenuità': elemento, quest'ultimo, da connotarsi nel senso di una tendenziale gravità, dovendosi lasciare impregiudicata la pratica pubblicitaria comune e legittima, consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera (il c.d. *dohus bonus*).

Si tratta di una cornice che, se intesa alla lettera, solo in parte riflette la reale dinamica dell'interazione tra operatore commerciale e consumatore nel contesto digitale. L'uso pervasivo delle tecniche di commercializzazione che sfruttano i *bias* cognitivi dell'individuo, facendo leva su un impiego sottilmente manipolativo della tecnologia digitale e dell'intelligenza artificiale, porta a rivedere i confini della vulnerabilità e dunque la nozione stessa di 'consumatore medio', anche lui vulnerabile: ma non in relazione al prodotto o alla pratica in quanto tale, bensì alla tecnologia impiegata per realizzarla; e non certo per infermità fisica o mentale e neppure per 'ingenuità', salvo voler considerare tale ogni forma di razionalità limitata estendibile alla maggior parte degli utenti digitali e terreno fertile per qualsiasi tecnica manipolativa. Occorre cioè accettare che il 'consumatore medio' è oggi esposto a tecniche di commercializzazione più insidiose che in passato e dunque reso già per questo più vulnerabile, pur non appartenendo ad alcuna 'categoria protetta'⁶².

Questo approccio non deve indurre a instaurare alcun automatismo tra l'uso della tecnologia digitale nella promozione dell'offerta commerciale e la scorrettezza della pratica. Sono effettivamente manipolative solo quelle pratiche che annullano o riducono sensibilmente lo spazio deliberativo dell'individuo, sfruttando i limiti cognitivi del ragionamento umano secondo modalità che rendono eccessivamente costoso o alquanto improbabile che l'individuo possa esprimere una preferenza realmente corrispondente ai propri bisogni e alle proprie inclinazioni⁶³. È invece legittimo attendersi che il consumatore medio, anche attraverso un progressivo apprendimento connesso all'uso delle piattaforme, sviluppi alcuni meccanismi basilari di protezione della propria autonomia, a partire dall'adozione di pause di ponderazione nel corso di una navigazione compulsiva, sempre che queste ultime non siano impedito esse stesse da tecniche manipolative subliminali.

Si tratta di risultati a cui si può senz'altro pervenire attraverso un'integrazione della lista delle pratiche commerciali scorrette, sì da meglio orientare l'interprete e, *in primis*, l'operatore commerciale. Ancor prima è

⁶¹ V. part. Cons. Stato, 13.10.2022, n. 8650, ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia UE nel caso *Compass* cit (di cui v. par. 59).

⁶² Commissione europea, *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 100, dove si osserva che la nozione di 'consumatore medio' è di tipo dinamico ed è legata alle specifiche situazioni anche in ragione del contesto digitale in cui il consumatore opera.

⁶³ Si veda es. il caso deciso da OLG Bamberg, 5.2.2025 – 3 UKL 11/24e, ECLI:DE:OLGBAMB:2025:0205.3UKL11.24E.0A = GRUR-RS 2025, 6221, illustrato in B. RAUE, *Dark Patterns on online platforms and the interplay between the Digital Services Act and the Unfair Commercial Practices Directive*, cit.

tuttavia essenziale far leva sulle clausole generali e adattare la loro applicazione a un contesto in continua evoluzione sul piano tecnologico e relazionale.

3.3. Il controllo sulla vessatorietà delle clausole contrattuali

| 467

Il controllo sulle clausole abusive (o vessatorie) è uno dei primi capisaldi del diritto europeo dei rapporti diseguali.

Declinato come istituto di carattere generale solo nell'ipotesi dei contratti dei consumatori, lo strumento è stato esteso più di recente a taluni ambiti del diritto dei contratti tra imprese e tra imprese e pubbliche amministrazioni⁶⁴.

In che misura questo ricco apparato di regole può rispondere ai bisogni di tutela generati dall'uso delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale nella predisposizione del regolamento contrattuale, ad esempio in caso di *dark patterns* o di clausole personalizzate per il consumatore?

Nel primo caso si pensi a una clausola oscurata o sottoposta al consumatore nella fase finale del processo di conclusione del contratto a pochi secondi dall'esaurimento del tempo disponibile. C'è da chiedersi se l'uso della tecnica manipolativa non renda di per sé la clausola abusiva e dunque nulla ai sensi della direttiva 93/13 CEE e degli artt. 33 e 36, cod. cons. it.

Pur non potendosi prescindere dalla valutazione del significativo squilibrio tra diritti e obblighi, senza dubbio l'uso di tecniche manipolative determina un contrasto con la buona fede e riduce significativamente la capacità del consumatore di valutare la portata della clausola, di cui, finanche ai sensi dell'art. 1341 c.c. potrebbe in molti casi contestarsi la conoscibilità per la parte non predisponente. Non può peraltro ignorarsi, che ai sensi dell'art. 4, Dir. 93/13/CEE (e dell'art. 34 cod. cons. it.), la vessatorietà va valutata in relazione alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto. Inoltre, nelle premesse della Direttiva, il legislatore chiarisce che, nel valutare la buona fede, occorre rivolgere particolare attenzione, tra altri aspetti, “al quesito se il consumatore sia stato in qualche modo incoraggiato a dare il suo accordo alla clausola”, e che “il professionista può soddisfare il requisito di buona fede trattando in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi”⁶⁵. La Corte di Giustizia dell'UE ha inoltre precisato che, per valutare il contrasto con la buona fede, occorre verificare “se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi l'adesione di quest'ultimo ad una siffatta clausola nell'ambito di un negoziato

⁶⁴ V. es. Direttiva 2011/7 sul ritardo dei pagamenti; Regolamento 2019/1150/UE sui servizi di intermediazione online; Direttiva 2024/1760 sulla *due diligence* di sostenibilità, art. 10(5); art. 13, Regolamento 2023/2854 (*Data Act*).

⁶⁵ Sul tema sia consentito il rinvio a F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *La buona fede nel rapporto obbligatorio*, in S. Ruperto (dir. da), *L'obbligazione*, Trattati Giuffrè, 2026.

individuale”⁶⁶: verifica che difficilmente darebbe esito positivo nei casi in esame.

Non sfugge inoltre che, tra le clausole presuntivamente vessatorie, ricorre quella volta a “constatare in modo irrefragabile l’adesione del consumatore a clausole di cui egli non ha avuto di fatto possibilità di prendere conoscenza prima della conclusione del contratto” (*irrevocably binding the consumer to terms with which he had no real opportunity of becoming acquainted before the conclusion of the contract*)” (All. lett. (i)): un approccio che, anche quando non riflesso in una clausola espressa, è sotteso a molte pratiche manipolative tra quelle qui considerate, in cui una effettiva conoscenza da parte del consumatore può essere stata quanto meno compromessa attraverso varie tecniche di oscuramento, depistaggio e preselezione nascosta. In questi casi, opererebbe quanto meno una presunzione di vessatorietà, rispetto alla quale sarebbe il professionista a dover dar prova della trasparenza della clausola e dell’assenza del significativo squilibrio.

Più complesso è il tema della personalizzazione delle clausole e della sua rilevanza ai fini del giudizio di vessatorietà.

Nell’impostazione tradizionale, che ha accompagnato l’adozione delle norme sulle condizioni unilateralmente predisposte nel codice civile (art. 1341 s. c.c.) e poi della direttiva 93/13/CEE, l’imposizione di clausole abusive si accompagna per lo più alla contrattazione standard e all’assenza di negoziazione. Diversamente, l’uso delle tecnologie digitali consente, pur in assenza di negoziazione, la personalizzazione del contratto. Una personalizzazione che non scaturisce dunque dal confronto con il contraente e dalla negoziazione, antidoto, pur debole, rispetto all’abuso ma comunque abilitante per il consumatore. La personalizzazione risulta piuttosto dall’esercizio di un potere altrettanto unilaterale ma ben più insidioso e opaco di quello associato alla tradizionale contrattazione di massa. Al soggetto debole (o meglio al suo ‘ideal-tipo’ restituito dalla profilazione) l’algoritmo associa condizioni contrattuali, che non tanto rispondono ai suoi effettivi bisogni (anche perché l’ideal-tipo potrebbe assomigliare assai poco alla persona in carne e ossa), ma sicuramente trasferiscono sulla parte forte guadagni e tutele, che una reale negoziazione non avrebbe ragionevolmente consentito⁶⁷. Allontanandosi ulteriormente dall’esito negoziale proprio dell’archetipo del contratto negoziato, cui si accennava sopra, lo “squilibrio tra diritti e obblighi” si fa potenzialmente più “significativo” in quanto frutto di un meccanismo assai più sofisticato e meno catturabile rispetto alla tradizionale imposizione unilaterale.

⁶⁶ C. giust. UE 14.3.2013, C-415/11, *Aziz*, 69, ECLI:EU:C:2013:164; C. giust. UE, 26.1.2017, causa C-421/14, *Banco Primus*, 60, ECLI:EU:C:2017:60; C. giust. UE, 20.9.2017, causa C-186/16, *Andrić e a.*, 57, ECLI:EU:C:2017:703. La valutazione non tende a ricostruire la volontà delle parti nello specifico contratto ma a salvaguardare un equilibrio che riflette un “valore diverso ed esterno rispetto al contratto” (così CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007, II, 151).

⁶⁷ Sugli effetti distributivi, più che produttivi, della personalizzazione algoritmica: M. ARTIGOT GOLOBARDES, F. GÓMEZ POMAR, *Personalized Prices and Contractual Controls in EU Consumer Law*, cit., 182.



Occorre chiedersi se, nel contesto di rapporti diseguali, quali quelli tra imprese e consumatori, l'uso di un sistema di personalizzazione algoritmica possa incidere sul giudizio di vessatorietà della clausola: se, ad esempio, ove si tratti di clausola presuntivamente vessatoria, la prova contraria debba consistere non nella prova della semplice negoziazione, bensì di una negoziazione consapevole del fondamento della personalizzazione e della logica sottesa all'algoritmo⁶⁸. Oppure, al di fuori delle presunzioni legislative, potrebbe chiedersi se e quando la personalizzazione della clausola sia di per sé in contrasto con la buona fede e tale da determinare un significativo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti a detrimento del consumatore.

Correlare personalizzazione della clausola, violazione della buona fede e significativo squilibrio non è compito semplice. Per un verso, si tende a escludere che, per quanto eticamente discutibile quando orientata al solo arricchimento del professionista, la personalizzazione sia in quanto tale contraria al diritto europeo delle relazioni di consumo⁶⁹. Per altro, non può ignorarsi che la personalizzazione delle clausole effettuata nel contesto digitale in modo non trasparente risponde nella maggior parte dei casi a una logica di massimizzazione del profitto del professionista (*rent seeking*), piuttosto lontana dalla definizione di buona fede data nel preambolo della direttiva e sopra richiamata con riferimento alla lealtà ed equità verso il consumatore, “di cui deve tenere presenti i legittimi interessi”. In assenza di una piena trasparenza algoritmica circa i criteri di personalizzazione, sarebbe anche difficile verificare se, per richiamare ancora la decisione della Corte di giustizia in tema di buona fede, il professionista avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi l'adesione del consumatore alla clausola personalizzata. Pare inoltre senz'altro contraria alla buona fede la personalizzazione di una clausola resa possibile dal trattamento illecito di dati personali.

Accertata la contrarietà a buona fede, la clausola personalizzata algoritmicamente è senz'altro da considerarsi vessatoria se determina un significativo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti a danno del consumatore⁷⁰. Il punto è comprendere se e come la personalizzazione rilevi in questa valutazione.

⁶⁸ Almeno nel sistema italiano, una simile enfasi sulla trasparenza della contrattazione algoritmica potrebbe essere legata all'operare della clausola della buona fede (v. F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *La buona fede nel rapporto obbligatorio*, cit.).

⁶⁹ F. ESPOSITO, M. GROCHOWSKI, *Algorithmic Price Personalization: From Laesio Enormis to Laesio Algorithmica?*, in F. Esposito, M. Grochowski (a cura di), *Algorithmic Price Personalization*, cit., 9 ss. V. anche Commissione europea, *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE*, cit., 89.

⁷⁰ Per la tesi secondo la quale tale presupposto assorbe quello del contrasto con la buona fede, TENREIRO, *The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems – The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms*, in *European Review of Private Law*, 1995, 273 ss. Si v. anche le Conclusioni dell'AG Hogan nel caso C-34/18, *Tóth v. ERSTE Bank Hungary*, il quale, in chiave di diritto comparato, aggiunge: “l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva del 1993 fornisce una definizione oggettiva di quello che altrimenti potrebbe comportare interpretazioni divergenti del principio di buona fede anche negli Stati membri che seguono la tradizione di *civil law*. Si può pertanto affermare che, a tale riguardo, la direttiva del 1993 concilia i diversi approcci ai rapporti contrattuali



Ci si chiede ad esempio se tale squilibrio possa essere valutato facendo riferimento a un'ipotetica clausola 'non personalizzata' normalmente impiegata dal medesimo professionista o da un professionista del medesimo settore in circostanze analoghe⁷¹. Il riferimento sarebbe puramente indicativo, posto che, diversamente dalle norme dispositive che la giurisprudenza europea impiega come riferimento, le clausole non personalizzate non sono accompagnate dalla medesima presunzione di non vessatorietà, né sono in quanto tali normalmente idonee a realizzare un equo bilanciamento tra diritti e obblighi delle parti di un rapporto diseguale⁷². Ove, tuttavia, il consumatore riuscisse a provare che la personalizzazione abbia comunque alterato l'equilibrio contrattuale a suo danno (ad esempio riducendo i tempi di una garanzia convenzionale normalmente offerta in contratti di quel tipo o innalzando l'importo di una penale per inadempimento), ciò potrebbe quanto meno concorrere alla valutazione del significativo squilibrio. L'esercizio abusivo, in contrasto con la buona fede, di un potere contrattuale che determina una redistribuzione del valore economico del contratto (*sub specie* di diritti, obblighi, responsabilità e rischi) a discapito del consumatore è, del resto, ciò che la disciplina europea intende contrastare, correggendo nel singolo contratto taluni degli effetti di questo squilibrio⁷³.

La questione circa il controllo di vessatorietà delle clausole personalizzate potrebbe acquistare particolare rilievo per le clausole inerenti al prezzo, tra quelle più frequentemente oggetto di personalizzazione algoritmica⁷⁴. Come è noto, ai sensi della Direttiva e nella stessa trasposizione italiana, il giudizio di vessatorietà non può inerire alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile (art. 34.2, cod. cons.). Se la norma fosse interpretata avendosi riguardo alla trasparenza del prezzo personalizzato inteso come ammontare del corrispettivo dovuto, e dunque al *risultato* dell'operazione algoritmica, la clausola resterebbe al di fuori del raggio di azione della disciplina. Se invece l'individuazione (o formulazione) del

esistenti negli Stati membri." Sulla possibilità di desumere dal significativo squilibrio la contrarietà a buona fede, in senso critico PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015, 505 ss., 509.

⁷¹ Sulla trasparenza circa la clausola c.d. 'impersonale' quale premessa per un controllo sostanziale sulla correttezza della personalizzazione, F. ESPOSITO, *Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers*, cit.; F. ESPOSITO, M. GROCHOWSKI, *Algorithmic Price Personalization*, cit., 21.

⁷² V. 13^{mo} Considerando della Direttiva 93/13/CEE. In giurisprudenza, in particolare, C. giust. UE, 14.3.2013, C-415/11, *Aziz*, cit., dove si afferma che la correttezza della clausola deve essere valutata in relazione alle norme di diritto dispositivo che sarebbero applicabili in assenza di essa.

⁷³ Tra le ultime, C. giust. UE, 30.4.2026, C-246/25, *AS c. BNP Paribas Bank Polska S.A.*, ECLI:EU:C:2026:362 ("l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 mira a sostituire all'equilibrio formale fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, determinato dal contratto, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra tali parti (sentenza del 18.12.2025, Soledil, C-320/24, EU:C:2025:993, punto 23 e giurisprudenza citata)").

⁷⁴ V. F. ESPOSITO, M. GROCHOWSKI, *Algorithmic Price Personalization: From Laesio Enormis to Laesio Algorithmica?*, cit.



corrispettivo fosse intesa come *processo*, il difetto di trasparenza algoritmica potrebbe consentire di estendere il giudizio di vessatorietà alla clausola con prezzo personalizzato⁷⁵.

Il primo approccio ben si comprende secondo una prospettiva di analisi economica della relazione consumeristica. Fintantoché il consumatore sia effettivamente in grado di determinare il suo ‘prezzo di riserva’ (il prezzo massimo a cui è disposto ad acquistare un certo bene e servizio) e il prezzo personalizzato è chiaramente e compiutamente indicato nel suo ammontare, lo scambio opera correttamente e produce un risultato efficiente, senza che il consumatore possa lamentarsi del fatto che il professionista sia riuscito a spuntare un prezzo molto vicino al valore di riserva del consumatore, che il trattamento massivo (e magari legittimo) dei suoi dati personali ha reso noto al professionista⁷⁶.

Il secondo approccio trova però alcuni importanti riferimenti normativi proprio nel diritto europeo. È vero che, come sopra esaminato, il diritto vigente delle relazioni di consumo non contempla un obbligo di trasparenza algoritmica estesa alla ‘logica’ del processo automatizzato e al suo impatto sulla decisione finale (il c.d. ‘obbligo di spiegazione’)⁷⁷. Tuttavia, tale obbligo emerge rispetto a quelle operazioni che incidono o possono incidere sui diritti fondamentali della persona, a partire dalla protezione dei dati personali⁷⁸. Gli strumenti di profilazione dei consumatori e di personalizzazione del regolamento contrattuale rientrano nella casistica contemplata dagli artt. 15, lett. *h*, e 22 GDPR⁷⁹. Ove si configurino come

⁷⁵ V. M. GROCHOWSKI, A. JABLONOWSKA, F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection. Unwrapping the Regulatory Premises*, in *Critical Analysis of Law*, 8, 2021, 43 ss., dove si distingue tra *thinner transparency*, relativa all’esserci della personalizzazione, e *thicker transparency*, relativa ai criteri di personalizzazione (in una prospettiva *ex ante*) e all’impatto l’applicazione di tali criteri ha determinato sulla decisione finale secondo la logica dell’*explainability*. Sul punto anche F. ESPOSITO, M. GROCHOWSKI, *Algorithmic Price Personalization*, cit., 13 ss., dove, con riguardo all’art. 4(2), dir. 93/13/CEE, si allude alla possibilità di intendere la trasparenza in senso ampio (e dunque riferibile anche alla trasparenza algoritmica), salvo sottolineare la (ridotta secondo gli autori) portata della norma stante la possibilità degli Stati Membri di estendere il controllo di vessatorietà a prescindere dal difetto di trasparenza.

⁷⁶ V. M. ARTIGOT GOLOBARDES, F. GÓMEZ POMAR, *Personalized Prices and Contractual Controls in EU Consumer Law*, cit., 180 ss.

⁷⁷ In questa prospettiva anche A. JABLONOWSKA, F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Beyond the Price Tag: Personalized Pricing and the Pre-contractual Rights of Consumers and Data Subjects under EU Law*, in M. Grochowski (a cura di), *Algorithmic Price Personalization and the Law*, cit., 139 ss., cit., part. 140 ss., dove tuttavia si mette in luce il ruolo dell’art. 22 GDPR quale fonte della trasparenza algoritmica, nonché A. BAGCHI, *What is the Problem with Price Personalization?*, *ibidem*, 29 ss., part. 25 ss., dove si afferma che una piena informazione sui criteri impiegati riflette il modello ottimale che dovrebbe dunque essere preferito nella regolazione.

⁷⁸ V. sopra, par. 3.1.

⁷⁹ Che a sua volta richiama l’art. 22, GDPR, sui trattamenti automatizzati. Seppure in assenza di una connessione tra questa disciplina e quella sulle clausole vessatorie, si soffermano sulla rilevanza dell’art. 22 GDPR ai fini della tutela del consumatore di fronte alla pratica non trasparente della personalizzazione dei prezzi, anche A. JABLONOWSKA, F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Beyond the Price Tag*, cit., 154 ss. Sulla complementarità tra tutela dei consumatori e dei dati personali, ampiamente C. KOOLEN, *Consumer Protection in the*



sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio ai sensi dell'Allegato III dell'*AI Act*, e il loro uso comporti un impatto negativo sulla salute, la sicurezza o altri diritti fondamentali dell'individuo, il diritto alla spiegazione algoritmica si fonda altresì sull'art. 86, *AI Act*⁸⁰.

Un'interpretazione sistematica dell'art. 4(2) della direttiva 93/13/CEE (e dunque dell'art. 34.2, cod. cons. it.), che tenga conto delle norme in materia di tutela dei dati personali e intelligenza artificiale, porterebbe dunque a ritenere che il prezzo sia individuato in modo chiaro e comprensibile per il consumatore solo quando siano stati forniti i criteri di personalizzazione e il relativo impatto sull'ammontare finale⁸¹. Solo così il consumatore è davvero in grado di esercitare la propria autonomia e decidere se impiegare la (quasi) totalità del proprio prezzo di riserva per premiare il professionista che ha saputo approfittare del suo controllo sui dati personali (del consumatore e di altri), ovvero cercare delle alternative sul mercato, se mai disponibili⁸².

Age of Artificial Intelligence, cit., 443 ff., dove tuttavia si raggiunge una tesi diversa da quella qui sostenuta nel senso di una persistente attualità del diritto dei consumatori se interpretato alla luce del nuovo sistema di regole e principi emergenti nel diritto digitale dell'Unione europea (cfr. ID., *op. cit.*, 449: "In the author's view, the protection principles that underpin consumer law are insufficient to efficaciously preserve consumer-citizens' interests in the age of AI.").

Sull'applicazione del GDPR alla personalizzazione del prezzo, anche F. ZUIDERVEEN BORGESIU, J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, in *J Consum Policy*, 2017, 40, 347 ss., part. 356.

⁸⁰ Su cui v. sopra.

⁸¹ Sul diritto di conoscere, in questo contesto, anche il prezzo non personalizzato, F. ESPOSITO, *Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers*, cit.; S. ORLANDO, *Squilibrio «economico» e squilibrio «normativo»: una fallacia?*, in S. Pagliantini (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Trent'anni di direttiva 93/13*, 2024, 343 ss., part., 382; D. IMBRUGLIA, *Il prezzo profilato e la tutela della concorrenza*, cit.

Al di fuori del contesto digitale, una recentissima sentenza della Corte di cassazione (Cass., 19.5.2026, n. 15109) parrebbe indirettamente ammettere un giudizio di vessatorietà della clausola di personalizzazione del prezzo a partire dal difetto di trasparenza sostanziale relativo a un contratto con il quale, in assenza di effettiva informazione, la consumatrice si impegna a considerare adeguato il prezzo offerto, accettando incondizionatamente che controparte praticasse a terzi condizioni differenti rispetto a quelle a lei riservate. Ciò senza che conoscesse o fosse messa in condizione di conoscere il contenuto di tali eventuali diversi termini contrattuali (dalla sentenza si evince che tali diverse condizioni avrebbero potuto riguardare l'applicazione di una scontistica legata anche a dati personali del consumatore, quali i dati anagrafici, la condizione professionale dei partecipanti - disoccupati, inoccupati -, la precedente partecipazione ad altri corsi di formazione, etc).

⁸² Si concorda con M. ARTIGOT GOLOBARDES, F. GÓMEZ POMAR, *Personalized Prices and Contractual Controls in EU Consumer Law*, cit., 183 s., quando si osserva che dirimente sotto questo profilo è l'intervento di altre branche del diritto dei mercati, più orientate a cogliere la dimensione sistemica dell'attività di impresa. Sul ruolo del diritto della concorrenza, in particolare negli Stati Uniti, H. PORAT, *Algorithmic Personalized Pricing in the United States. A Legal Void*, in F. Esposito, M. Grochowski (a cura di), *Algorithmic Price Personalization and the Law*, cit., 300 ss. Sulla complementarità tra diritto del consumatore, della concorrenza e della protezione dei dati, più ampiamente: C. KOOLEN, *Consumer Protection in the Age of Artificial Intelligence*, cit., 443 ss., 458 ss.; D. IMBRUGLIA, *Il prezzo profilato e la tutela della concorrenza*, mimeo, letto per gentile invio dell'Autore, ove si mette in luce la "condizione di isolamento" in cui si trova il consumatore ignaro del processo e dei criteri di personalizzazione (nonché del prezzo non personalizzato) e per questo incapace di comparare l'offerta con altre presenti sul mercato,



Anche in chiave di analisi economica, pur riconoscendo la difficoltà di distinguere tra “effetti redistributivi” ed “effetti produttivi” associati al governo dei dati, sembra ragionevole ritenere che il diritto dei consumatori tenda a scoraggiare i primi e premiare i secondi⁸³. Del resto, nel contesto di una direttiva ad armonizzazione minima, il legislatore europeo non ha ritenuto un simile controllo sul prezzo (personalizzato o meno) come di ostacolo al funzionamento del mercato⁸⁴.

Quanto precede non intende suggerire che qualsiasi personalizzazione del prezzo, che si distanzi dai prezzi non personalizzati praticati dal medesimo professionista o nel mercato di riferimento, sia di per sé vessatoria se pregiudizievole per il consumatore⁸⁵. La caratterizzazione dello squilibrio quale ‘significativo’ deve essere accertata secondo un criterio di proporzionalità, tenendosi conto, ex art. 52 Carta dei diritti fondamentali, della limitazione così imposta sulla libertà economica del professionista⁸⁶. Un approccio peraltro già noto alla giurisprudenza, interna ed europea, in caso di tassi eccessivi o usurari⁸⁷.

La deterrenza di abusi contrattuali che generano effetti puramente redistributivi a discapito dei consumatori non è l’unica ragione sottesa a un’estensione del controllo di vessatorietà della personalizzazione dei prezzi. Data la centralità della valutazione del prezzo nella contrattazione consumeristica, tale controllo assume particolare rilievo con riguardo al principio di non discriminazione⁸⁸. Si pensi al caso in cui, attraverso un

condizione peraltro non superata neppure con la comunicazione dei parametri di personalizzazione.

⁸³ Sulla difficoltà di distinguere le due dimensioni data la frequente finalizzazione multipla del trattamento massivo dei dati dei consumatori, M. ARTIGOT GOLOBARDES, F. GÓMEZ POMAR, *Personalized Prices and Contractual Controls in EU Consumer Law*, cit., 182.

⁸⁴ M. ARTIGOT GOLOBARDES, F. GÓMEZ POMAR, *Personalized Prices and Contractual Controls in EU Consumer Law*, cit., 178, dove si richiamano i cinque Stati Membri che hanno optato per questa estensione della tutela consumeristica.

⁸⁵ F. ESPOSITO, M. GROCHOWSKI, *Algorithmic Price Personalization*, cit., 18 ss. Di diverso avviso M. ARTIGOT GOLOBARDES, F. GÓMEZ POMAR, *Personalized Prices and Contractual Controls in EU Consumer Law*, cit., che invece ritengono che in particolare la personalizzazione del prezzo non sia suscettibile di valutazione di vessatorietà proprio per l’estrema difficoltà di individuare prezzi di riferimento.

⁸⁶ Cfr. sul punto F. ESPOSITO, M. GROCHOWSKI, *Algorithmic Price Personalization*, cit., 25, dove, pur senza richiamare il principio di proporzionalità, né riferire l’analisi allo specifico ambito delle clausole vessatorie, alludono all’istituto della *laesio enormis*, che nella comune radice romanistica evoca un parametro quantitativo atto a definire una soglia al di sotto della quale la lesione non è appunto significativa.

⁸⁷ V. es., con esplicito riferimento alla proporzionalità, C. giust. UE, 7.8.2018, *Banco Santander SA / Demba e a.*, C-96/16 e C-94/17, ECLI:EU:C:2018:643.

⁸⁸ Si fa qui riferimento alla discriminazione in senso proprio, di cui all’art. 21 CDFUE e art. 3 della Cost. it., e non invece all’accezione generica di discriminazione, talora associata a tutte le tecniche di personalizzazione delle clausole volte a una differenziazione tra (classi di) consumatori (v. F. Esposito, M. Grochowski, *Algorithmic Price Personalization*, cit., 5). Sul punto cfr. art. 20, Direttiva Servizi (Dir. 2006/23/CE), che vieta l’uso di clausole discriminatorie legate alla nazionalità o alla residenza del cliente. Al di fuori del diritto dei consumatori, un simile divieto si trova ad esempio nella Direttiva 2024/1760 sulla *due diligence di sostenibilità*, art. 10(5) relativamente alle clausole che incorporano gli obblighi di sostenibilità nei rapporti di fornitura, clausole che a loro volta potrebbero prestarsi a una personalizzazione algoritmica ove il monitoraggio contrattuale lungo la filiera fosse operato

sistema automatico e non trasparente di *credit scoring*, il consumatore venga gravato da un tasso di interesse manifestamente eccessivo rispetto al suo effettivo profilo di rischio⁸⁹ o al caso in cui il premio di un'assicurazione sanitaria venga personalizzato in ragione della residenza o del cognome dell'assicurato, erroneamente associati dall'algoritmo a un certo gruppo etnico o sociale caratterizzato da un'elevata vulnerabilità sotto il profilo sanitario con conseguente innalzamento del prezzo della polizza⁹⁰. In simili casi, se per un verso è vero che, nel diritto generale dei contratti, potrebbe trovarsi il fondamento di un distinto giudizio di liceità della clausola lesiva del diritto fondamentale⁹¹, resta tuttavia anche vero che l'imposizione di quella clausola è resa possibile dall'abuso di un potere contrattuale indotto dallo strumento algoritmico, che ha determinato in modo non trasparente un significativo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti con effetti non solo pregiudizievoli ma altresì discriminatori nei confronti del consumatore.

Come si vedrà meglio oltre, in simili circostanze, il ricorso agli strumenti di tutela consumeristica contro le clausole vessatorie consente di estendere al consumatore le salvaguardie proprie di questa area del diritto europeo in relazione all'uso punitivo della nullità parziale, della sostituzione della clausola, della rinegoziazione o di altri presidi perequativi sviluppatasi nella giurisprudenza europea⁹².

Questa strumentazione, ove impiegata dalla giurisprudenza⁹³, avrebbe un ruolo del tutto complementare, e forse sussidiario, a quello della protezione

mediante strumenti digitali e di intelligenza artificiale. Sul tema: F. Cafaggi, F. Pistelli, *Due Diligence in Global Supply Chains: The Troubled Journey of EU and the Global Perspective*, forthcoming in *Fordham Law Review*, 2026.

⁸⁹ Ai sensi della direttiva UE/2023/2225, mentre è consentito il ricorso al trattamento automatizzato dei dati ai fini della valutazione della solvibilità (purché il cliente ne sia informato in anticipo), è vietata l'imposizione di condizioni discriminatorie e di un trattamento differenziale, a meno che ciò non sia «debitamente giustificato» da ragioni oggettive (articolo 6). Per quanto riguarda i limiti di questo approccio, con particolare riferimento alla discriminazione indiretta, cfr. K. Langenbucher, *Consumer Credit in The Age of AI – Beyond Anti-Discrimination Law*, ECGI Law Working Paper N° 663/2022.

⁹⁰ V. Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, 29.6.2000, sull'uguaglianza di trattamento indipendentemente dalla razza o dall'origine etnica; Direttiva 2004/113/CE (parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi), su cui, in ambito assicurativo, C. giust. UE, 1.3.2011, *Association belge des consommateurs Test-Achats*, C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100.

⁹¹ Il che peraltro è tutt'altro che scontato dato il dibattito circa l'efficacia orizzontale delle norme sui diritti fondamentali (A. COLOMBI CIACCHI, *The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, 15(2):1-12); G. CARAPEZZA FIGLIA, *Decisioni algoritmiche tra diritto a una spiegazione e divieto di discriminare*, in *Pers. merc.*, 2023/4, 638 ss.).

⁹² V. oltre, par. 4.

⁹³ Anche sulla scia di Cass., 19.5.2026, n. 15109, sopra richiamata. Preme peraltro segnalare che, ai fini del giudizio di vessatorietà, la Corte mette in luce i potenziali effetti della combinazione tra una personalizzazione non trasparente del prezzo e la rinuncia a far valere eccezioni relative alla sua adeguatezza e trasparenza ("la ricorrente non solo ha accettato per sé l'applicazione di condizioni contrattuali potenzialmente differenti rispetto a quelle praticate ad altri, di cui ignorava, per fatto imputabile alla ESSENCE S.c.s. la portata e l'eventuale incidenza economica sugli obblighi presi, ma ha altresì rinunciato incondizionatamente a far valere eccezioni; il che costituisce un ulteriore profilo di



dei dati personali e delle tutele previste dalla regolazione sui mercati digitali e sulle pratiche commerciali scorrette. Tutte queste discipline presentano infatti un vantaggio strutturale in termini di effettività, in quanto incidono su una fase anteriore alla stipulazione del singolo contratto e concorrono a prevenire la stipulazione vessatoria mediante la definizione di un ecosistema digitale che scoraggia invece che favorire l'abuso contrattuale⁹⁴. Così, rendere effettivo il diritto dell'individuo di esercitare la propria autonomia nel rilascio dei dati personali, nella scelta di una personalizzazione consapevole e non servente del solo interesse di chi ha il controllo del disegno dell'ecosistema, riduce il bisogno di una tutela *ex post* inerente alla singola clausola nel singolo contratto⁹⁵: una tutela quest'ultima che, tuttavia, secondo una logica di complementarità e di sussidiarietà, può comunque integrare lo strumentario esistente, richiedendo (questo sì) un adattamento delle tecniche interpretative attento alla dimensione tecnologica della nuova contrattazione⁹⁶.

4. Contrattazione del consumatore nei mercati digitali e tutele effettive, proporzionate e dissuasive.

Il diritto a una tutela effettiva, proporzionata e dissuasiva è parte dell'architettura generale del diritto europeo ben oltre i confini della materia consumeristica⁹⁷. L'applicazione di tali principi al contesto della contrattazione del consumatore nei mercati digitali assume particolare rilievo nel momento in cui ci si interroghi sull'impatto della nuova regolazione in termini di miglior funzionamento del mercato, deterrenza di comportamenti scorretti, accresciuta fiducia dei consumatori.

Sul piano dell'effettività, viene in rilievo la limitata visibilità della violazione da parte del consumatore, data la natura spesso subliminale e del

potenziale squilibrio in ordine ai diritti e agli obblighi delle parti che la Corte d'Appello ha ommesso di prendere in esame.”).

⁹⁴ In questa prospettiva muove la riflessione di M. ARTIGOT GOLOBARDES, F. GÓMEZ POMAR, *Personalized Prices and Contractual Controls in EU Consumer Law*, cit.

⁹⁵ Sul diritto di sottrarsi alla contrattazione personalizzata, anche con riferimento alla posizione dell'OECD, v. F. ESPOSITO, M. GROCHOWSKI, *Algorithmic Price Personalization*, cit., 19 ss., e, prima ancora, F. ESPOSITO, *Making personalised prices pro-competitive and pro-consumers*, cit.; D. IMBRUGLIA, *Il prezzo profilato e la tutela della concorrenza*, cit.

Sul consenso al trattamento dei dati personali come strumento di governance nel mercato dei dati sia consentito il rinvio a P. IAMICELI, *Le stagioni del consenso al trattamento dei dati personali tra poteri privati, tutele e governo dei dati*, cit.

⁹⁶ Sull'importanza di un approccio sistemico, F. ESPOSITO, M. GROCHOWSKI, *Algorithmic Price Personalization*, cit., 16. Un approccio più radicale di quello presentato nel testo emerge dalla posizione espressa dall'Organizzazione europea dei consumatori in BEUC, *Each consumer a separate market? BEUC position paper on personalised pricing*, Brussels, 2023, 23 s., dove si promuove l'introduzione di un generale divieto di personalizzazione del prezzo nei contratti di consumo ad eccezione di quelle ipotesi in cui la personalizzazione è strettamente necessaria e rilevante per la stipulazione e l'esecuzione del contratto.

⁹⁷ Sul fondamento costituzionale di questa architettura sia consentito rinviare a F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Architecture of EU Law Enforcement*, cit.



tutto opaca della violazione, sia sotto il profilo della pratica, sia sotto il profilo degli effetti che la pratica produce nel contesto della scelta del consumatore. Una difficoltà, questa, che non riguarda soltanto la produzione dei mezzi di prova ma, in modo ancor più determinante, la stessa decisione di agire nei confronti del professionista, con implicazioni evidenti anche sul piano della deterrenza del sistema e della dissuasività del rimedio per ipotesi invocabile.

Sotto questi profili, le organizzazioni rappresentative degli interessi dei consumatori, da un lato, e quello delle autorità amministrative di controllo, dall'altro, possono assolvere un ruolo decisivo nell'identificare i processi che a monte generano un rischio di pratiche digitali scorrette, quali la raccolta illegittima di dati personali o la costruzione di interfacce e architetture digitali che favoriscono l'adozione di tali pratiche. Simili interventi accrescono senz'altro l'effettività della tutela, riducendo gli ostacoli propri dell'accesso individuale alla giustizia. In questa direzione può essere letta non solo l'enfasi del legislatore sui poteri inibitori e preventivi delle autorità di controllo⁹⁸, ma anche l'armonizzazione europea degli strumenti di azione rappresentativa a tutela di interessi collettivi dei consumatori⁹⁹.

Non meno importante è la capacità delle stesse organizzazioni rappresentative di apprestare un intervento tempestivo rispetto al rischio di violazione e di accedere con maggiore incisività all'adozione delle misure preventive sopra nominate¹⁰⁰. Certamente, specie là dove sono in gioco diritti fondamentali (la protezione di dati personali, la non discriminazione, l'accesso a beni e servizi essenziali per la sussistenza del consumatore e della sua famiglia), il rimedio preventivo presenta un chiaro vantaggio in termini di effettività rispetto a quello operante *ex post*¹⁰¹.

Altro è chiedersi se il ricorso alle azioni collettive possa facilitare l'accesso a rimedi preventivi chiaramente configurati come rimedi individuali. Si pensi al diritto di accesso del consumatore-interessato previsto dall'art. 15.1, lett. h, GDPR mediante il quale l'individuo può avere conferma dell'esistenza di un trattamento di propri dati personali connesso a un processo decisionale automatizzato destinato a produrre effetti giuridici o comunque a incidere in modo significativo sulla sua persona (art. 22 GDPR). Si tratta chiaramente di un diritto-rimedio con forte valenza preventiva in quanto riguarda un trattamento in corso e un processo decisionale che potrebbe non aver ancora espletato i suoi effetti. Lo stesso art. 22 GDPR, nell'attuale formulazione, configura il diritto a non essere sottoposto a un trattamento automatizzato come una sorta di diritto di

⁹⁸ V. art. 58 GDPR; art. 93 AI Act. V. F. CAFAGGI, *Judicial and Administrative Protection Intertwined: The Right to an Effective, Proportionate and Dissuasive Remedy*, in C. Mak and B. Kas (a cura di), *Civil Courts and the European Polity. The constitutional role of private law adjudication in Europe*, Hart, 2023, 175 ss.

⁹⁹ V. Direttiva 2020/1828/UE, applicabile anche ove il bisogno di tutela del consumatore scaturisca dalla violazione del GDPR e dell'AI Act. Sul tema ampiamente F. CAFAGGI, *Judicial and Administrative Protection Intertwined*, cit.

¹⁰⁰ V. art. 8(3), Direttiva 2020/1828, là dove si prevede che le organizzazioni rappresentative possono agire anche in assenza di mandato da parte dei consumatori.

¹⁰¹ F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Architecture of EU Law Enforcement*, cit.

opposizione preventiva¹⁰²: un diritto individuale, il cui concreto esercizio trova un ostacolo evidente nella difficoltà di una individuazione anticipata del trattamento da parte del singolo. È là dove si passa dalla prospettiva individuale a quella collettiva di una pratica diffusa, che riguarda contestualmente una platea indeterminata di soggetti, che lo strumento inibitorio o ingiuntivo-correttivo, posto nelle mani delle autorità amministrative o del giudice, diventa strumento di tutela effettiva¹⁰³.

L'uso di misure ingiuntive e inibitorie, rilevante sul piano dell'effettività e su quello della deterrenza, deve essere chiaramente calibrato facendo applicazione del principio di proporzionalità, stante l'impatto del rimedio sull'esercizio della libertà economica del professionista, parimenti rilevante ai sensi dell'art. 52 CDFUE¹⁰⁴. Non a caso il diritto europeo ammette che l'accesso alle misure inibitorie sia riconosciuto in modo graduale, subordinandolo a un tentativo di consultazione e all'attivazione di un processo collaborativo con il professionista¹⁰⁵. I costi di attivazione del rimedio ingiuntivo e inibitorio potrebbero peraltro essere particolarmente

¹⁰² Diversamente la riforma Digital Omnibus si presenta come norma autorizzatoria o derogatoria del divieto di trattamento automatizzato, passando dal linguaggio dei diritti proprio del GDPR del 2016 a quello dei doveri e divieti proprio dell'attuale assetto regolatorio. Sul punto sia consentito il rinvio a P. IAMICELI, *Le stagioni del consenso al trattamento dei dati personali tra poteri privati, tutele e governo dei dati*, cit.

¹⁰³ V. art. 80 GDPR sul ruolo delle organizzazioni rappresentative nell'accesso alle tutele individuali e collettive degli interessati. A questi ultimi si applicano anche le norme di trasposizione della direttiva 2020/1828 nella misura in cui la violazione dei dati personali avvenga nel contesto del rapporto di consumo. Sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti, v. es. Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, decisione n. 285 del 22.7.2021 (*Deliveroo Italy*), in cui, operando *ex officio* e irrogando una sanzione di 2,5 milioni di euro, il Garante ha altresì imposto l'adozione di misure correttive relative all'uso non trasparente e discriminatorio di sistemi algoritmici di profilazione relativi a circa 8.000 rider.

Sulle tutele preventive a tutela dei dati personali, v. da ultima C. GIUST. UE, 4.9.2025, C-655/23, *IP c. Quirin Privatbank AG*, ECLI:EU:C:2025:655 ("Le disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), devono essere interpretate nel senso che: esse non prevedono, a beneficio della persona interessata dal trattamento illecito di dati personali, nell'ipotesi in cui questa non chieda la cancellazione dei propri dati, un mezzo di ricorso giurisdizionale che permetta a tale persona di ottenere, a titolo preventivo, che al titolare del trattamento venga ingiunto di astenersi dall'effettuare in futuro un nuovo trattamento illecito. Tuttavia, tali disposizioni non impediscono agli Stati membri di prevedere un siffatto mezzo di ricorso nei loro rispettivi ordinamenti giuridici")

¹⁰⁴ In tal senso da ultima C. giust., 19.3.2026, *Brillen Rottler GmbH & Co. KG c. TC*, C-526/24, 33, ECLI:EU:C:2026:216, dove proprio in ragione della proporzionalità si stabiliscono limiti alla tutela del diritto di accesso dell'interessato.

¹⁰⁵ V. Direttiva 1828/2020, art. 8(4): "4. Gli Stati membri possono introdurre disposizioni nel loro diritto nazionale o mantenere disposizioni legislative nazionali conformemente alle quali un ente legittimato può chiedere il provvedimento inibitorio di cui al paragrafo 1, lettera b), soltanto dopo aver avviato consultazioni con il professionista interessato affinché il professionista ponga fine alla violazione di cui all'articolo 2, paragrafo 1. Se il professionista non fa cessare la violazione entro due settimane dal ricevimento della richiesta di consultazione, l'ente legittimato può intentare immediatamente un'azione rappresentativa volta a ottenere un tale provvedimento inibitorio." V. in tal senso art. 140-*octies* cod. cons. it.

elevati là dove richiedano al professionista di attivarsi affinché diversi operatori e intermediari collaborino al fine di assicurare che una pratica digitale scorretta non sia perpetrata o che taluni dati non siano utilizzati nei trattamenti automatizzati che riguardano un certo consumatore¹⁰⁶.

L'analisi dei rimedi civilistici che intervengono *ex post* rispetto alle pratiche digitali scorrette si presta a diverse considerazioni a seconda che si tratti di rimedi volti a una riparazione di natura economica (risarcimento, riduzione del prezzo)¹⁰⁷ oppure che incidono sugli effetti del contratto attraverso lo strumento dell'invalidità, della risoluzione o della modificazione del regolamento¹⁰⁸.

Il primo ordine di rimedi è stato introdotto per effetto della Direttiva Modernizzazione quale approccio rimediabile generale per tutte le pratiche commerciali scorrette (art. 11 *bis*, Dir. 2005/29 CEE). Si tratta di uno spettro di tutele che è stato peraltro ritenuto estendibile alla violazione di obblighi informativi contenuti nella Direttiva 2011/83/UE nei casi in cui la direttiva non ha previsto specifici rimedi, in ciò ricadendo il difetto di trasparenza sulla personalizzazione algoritmica del prezzo¹⁰⁹. Il rimedio risarcitorio trova invece eco tanto nel GDPR (art. 82) quando nel *Digital Service Act* (art. 54).

Nel contesto digitale, la riduzione del prezzo può risultare particolarmente efficace nel caso in cui la pratica digitale scorretta induca il consumatore a una scelta commerciale che avrebbe comunque compiuto ma a condizioni di prezzo più vantaggiose (si pensi al caso del prezzo determinato da un sistema di personalizzazione caratterizzato da distorsioni, che risulta sensibilmente più elevato rispetto al prezzo non personalizzato).

¹⁰⁶ Cfr. artt. 17 e 19 GDPR sull'attuazione del diritto all'oblio mediante coinvolgimento, secondo proporzionalità, di terze parti a cui i dati personali siano stati trasmessi. V. in giurisprudenza C. giust. UE, 27.10.2022, *Proximus NV*, C-129/21, ECLI:EU:C:2022:833, par. 82 e 85.

¹⁰⁷ Qui vengono in rilievo in particolare l'art. 11 *bis* della Direttiva 2005/29 e, quanto alla tutela risarcitoria, l'art. 82 GDPR in tema di risarcimento del danno derivante da violazione dei dati personali, nonché l'art. 54 del Regolamento UE sui Servizi Digitali ("I destinatari del servizio hanno il diritto di chiedere un risarcimento, conformemente al diritto dell'Unione e nazionale, ai fornitori di servizi intermediari relativamente a danni o perdite subiti a seguito di una violazione degli obblighi stabiliti dal presente regolamento da parte dei fornitori di servizi intermediari").

¹⁰⁸ Lo stesso art. 11 *bis*, Direttiva 2005/29, cit., contempla la risoluzione tra i rimedi disponibili, "se pertinenti", contro le pratiche commerciali scorrette. Per l'applicazione della direttiva 1993/13/CEE alle clausole imposte al consumatore mediante l'uso di tecnologie digitali e di pratiche digitali scorrette, inclusi i *dark patterns* e le tecniche di profilazione e personalizzazione delle clausole, si rinvia a quanto discusso sopra (par. 3.3). Sulla nullità del contratto discriminatorio G. CARAPEZZA FIGLIA, *Decisioni algoritmiche tra diritto a una spiegazione e divieto di discriminare*, cit., per il quale l'intero apparato delle tutele anti-discriminatorie può offrire strumenti rilevanti per la protezione degli individui contro gli abusi (anche contrattuali) del potere digitale associato all'uso dell'IA. Sulla nullità del contratto affetto da pratiche di *neuromarketing* contrarie al Regolamento sui servizi digitali e all'*AI Act*, A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere*, cit.

¹⁰⁹ T. DE GRAAF, *Consequences of Nullifying an Agreement on Account of Personalised Pricing*, in *EuCML*, 5, 2019, 184 ff.; C. PAVILLON, L. TIGELAAR, *The ex-officio enforcement of information duties of the Consumer Rights Directive by Dutch Courts*, in *EuCML*, 6/2022, 228 ff.



A sua volta il risarcimento del danno offre una tutela efficace quando, ad esempio, la pratica digitale scorretta determini un danno economico diverso da quello relativo al prezzo dello specifico contratto in relazione al quale la pratica scorretta è stata posta in essere¹¹⁰ oppure causi un danno non economico¹¹¹.

Ferme le difficoltà sopra evidenziate in termini di verificabilità della pratica scorretta da parte del singolo consumatore, l'effettività del ricorso a simili rimedi aumenta nel momento in cui si tratta di pratiche diffuse idonee a determinare effetti omogenei sui consumatori e consentire dunque l'intervento delle organizzazioni rappresentative: una condizione più facilmente verificabile nel caso di riduzione del prezzo e risarcimento del danno economico; meno nel caso di danno non economico. Il ricorso a tutele collettive sarebbe altresì rilevante sul piano della dissuasività del rimedio, dato il diverso impatto economico sul professionista, tanto più che la Direttiva richiede che il rimedio sia correlato alla gravità e alla natura della pratica commerciale scorretta, plausibilmente più marcate nel caso di illecito plurioffensivo. Di nuovo, effettività e dissuasività verso il professionista devono essere temperate alla luce del principio di proporzionalità, come già previsto dallo stesso art. 11a, Dir. 2005/29: un principio che solo in parte è tenuto presente dalla giurisprudenza europea e da quella delle corti nazionali alle prese con i rimedi civilistici contro gli abusi precontrattuali del potere economico delle imprese, non solo nei mercati digitali¹¹².

Più complesso è il tema delle tutele caducatorie connesse alla risoluzione e all'invalidità del contratto o delle sue clausole, quando stipulati in pregiudizio del consumatore grazie a un uso scorretto delle tecnologie digitali (*dark patterns*, tecniche non trasparenti di profilazione e personalizzazione delle clausole, etc.).

Perché la risoluzione di cui all'art. 11-bis, dir. 2005/29/, sia rimedio effettivo, proporzionato e 'pertinente' (*relevant* nella versione inglese), come richiesto dalla stessa norma, occorre che la pratica digitale scorretta sia di tale portata e gravità da aver determinato il consumatore nella

¹¹⁰ Es. una piattaforma di prenotazioni alberghiere falsamente nega la disponibilità di alloggi, non prioritari per la piattaforma, al fine di indurre il consumatore alla prenotazione di alloggi più costosi e meno confortevoli.

¹¹¹ Es. es. nel contesto dell'acquisto di una polizza sanitaria, la piattaforma induce in modo ingannevole o aggressivo il consumatore a rilasciare il consenso per il trattamento di dati sensibili non necessari alla stipulazione della polizza, che poi impiega per negare talune coperture in ragione dell'appartenenza a un gruppo etnico. Il tema del risarcimento del danno non patrimoniale derivante da violazione dei dati personali, anche al di fuori del contesto contrattuale qui considerato, è stato ampiamente esaminato nella giurisprudenza europea. V. C. giust. EU, 4.5.2023, *UI*, V-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (si v. anche Conclusioni AG M. Campos Sánchez-Bordona, 6.10.2022, *UI*, C-300/21, ECLI:EU:C:2022:756); C. giust. EU, 21.12.2023, *ZQ*, C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022; C. giust. EU, 11 aprile 2024, C-741/21, *GP*, ECLI:EU:C:2024:288; C. giust. UE, 4.9.2025, C-655/23, cit.

¹¹² Ci si riferisce soprattutto ai rimedi contro la violazione di obblighi di informazione alla luce di una recente giurisprudenza della corte suprema olandese (su cui insiste C. PAVILLON, L. TIGELAAR, *The ex-officio enforcement of information duties of the Consumer Rights Directive by Dutch Courts*, cit.).



stipulazione di un contratto che non risponde in alcun modo ai suoi interessi. Si pensi all'uso, da parte della piattaforma, di *dark patterns* di oscuramento di caratteristiche essenziali dell'alloggio offerto in locazione¹¹³.

Quando invece l'abuso del professionista (piattaforma, intermediario digitale, venditore *online*) è tale da incidere sulla singola clausola senza mettere in discussione l'interesse del consumatore all'acquisto del bene o del servizio offerto, la caducazione parziale, in particolare attraverso la dichiarazione di vessatorietà della clausola, pare il rimedio più proporzionato ed effettivo per il consumatore, nonché dissuasivo per il professionista¹¹⁴. Si pensi all'imposizione di una franchigia manifestamente gravosa per il consumatore, determinata attraverso un sistema di profilazione e quantificazione automatica della stessa in modo non trasparente, né verificabile per il consumatore. Fermo quanto già esaminato sopra sul rapporto tra pratica digitale scorretta e vessatorietà della clausola¹¹⁵, potrebbe altresì venire in rilievo un uso, per così dire, 'punitivo' della nullità parziale in quanto preclusivo, secondo la giurisprudenza europea, della sostituzione della clausola da parte del giudice (mediante ad es. la riduzione della franchigia)¹¹⁶. A ben guardare, con l'uso combinato dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele, il se e il *quantum* della rideterminazione della clausola dovrebbero essere valutati entrambi alla luce della gravità della violazione (es. dell'opacità del meccanismo di determinazione automatica). Se poi, riscontrata la vessatorietà, la caducazione riguardasse il prezzo personalizzato, il rischio

¹¹³ In tal caso la tutela diventa effettiva se alla risoluzione si accompagna anche il risarcimento del danno per lucro cessante e danno emergente, oltre che la restituzione di quanto eventualmente versato.

¹¹⁴ V. invece A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere*, cit., 164, per la tesi della nullità totale del contratto per violazione di norme imperative quali quelle contenute nel *Digital Service Act* e nell'*AI Act*. Per un'analisi comparata dei rimedi caducatori e dei relativi effetti nel diritto olandese e in quello belga, muovendo dall'assunto che la personalizzazione contrattuale non dichiarata configuri una pratica commerciale scorretta: T. DE GRAAF, *Consequences of Nullifying an Agreement on Account of Personalised Pricing*, in *EuCML*, 5, 2019, 184 ss.

¹¹⁵ V. sopra par. 3.3.

¹¹⁶ Così, in ragione della necessaria dissuasività del rimedio, da ultima C. giust. UE, 30 aprile 2026, C-246/25, cit., 39. La giurisprudenza della Corte è costante nel ritenere che un potere del giudice di adeguamento della clausola ridurrebbe la dissuasività del rimedio invalidatorio volto invece a privare integralmente il professionista del beneficio atteso dalla clausola abusiva; non mancano tuttavia casi in cui, nella logica di una tutela effettiva (e talora proporzionata) del consumatore, la Corte stessa ammetta una qualche integrazione del contratto, es. attraverso l'operare di norme dispositive. Sul tema, in chiave critica circa una ridotta considerazione del principio di proporzionalità, C. PAVILLON, *The transformative effect of EU consumer case law: effective judicial protection, private enforcement and the reshaping of substantive remedies*, in H. Micklitz, C. Twigg-Flesner (a cura di), *The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe*, Bloomsbury, 2023; M. STORME, *On the Usefulness of Default Rules and Disproportionate Sanctions in Consumer Law*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 3, 2021, 399 ss.; P. IAMICELI, *The 'punitive nullity' of unfair terms in consumer contracts and the role of national courts: a principle-based analysis*, in *EuCML*, 2023, 142 ff.

Per un uso lineare della decadenza del diritto al prezzo in caso di mancata comunicazione del prezzo non profilato, D. IMBRUGLIA, *Il prezzo profilato e la tutela della concorrenza*, cit.



di caducazione dell'intero contratto in pregiudizio del consumatore potrebbe essere ovviato, alla luce della giurisprudenza europea, mediante le misure di integrazione 'protettiva' del contratto, inclusa la rinegoziazione e l'applicazione delle norme sull'arricchimento ingiustificato¹¹⁷.

Pur messa in luce l'astratta effettività delle tutele caducatorie, specie nella forma della nullità parziale, resta quanto detto sopra in termini di difficile rilevabilità dell'illecito da parte del consumatore con particolare riguardo alla riconducibilità del contenuto della clausola a una specifica configurazione tecnologica dell'interfaccia o infrastruttura digitale. Sotto questo profilo un ruolo pregnante può essere assunto dalle autorità amministrative di controllo e dalle stesse organizzazioni rappresentative degli interessi dei consumatori nel porre le basi, attraverso (la richiesta di) misure di accertamento e inibizione della pratica digitale scorretta, per una conseguente azione individuale volta a dichiarare la vessatorietà delle clausole generate da quelle pratiche¹¹⁸.

5. Pensiero conclusivo: una “condivisione dei fini” [...] da “promuovere e saldare”

¹¹⁷ V. C. giust. UE, 20.11.2020, *Banca B*, C-269/19, ECLI:EU:C:2020:954; C. giust. UE, 31.3.2022, *Lombard*, C-472/20, ECLI:EU:C:2022:242.

Un diritto alla rinegoziazione della clausola potrebbe altresì desumersi, ove ne sussistano i presupposti di applicazione, dall'art. 22(3) GDPR in tema di trattamento automatizzato di dati personali con effetti (anche) giuridici sulla persona dell'interessato (qui consumatore contraente). Recita la norma: “Nei casi di cui al paragrafo 2, lettere a) e c), il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione. (...)” (corsivo aggiunto).

Questione connessa è se, stante la vessatorietà della clausola, al consumatore sia dato prediligere il rimedio della caducazione totale del contratto, questione su cui la Corte di giustizia si è espressa in senso parzialmente positivo in *Dziubak* (“le conseguenze sulla situazione del consumatore provocate dall'invalidazione di un contratto nella sua interezza, come indicate nella sentenza del 30.4.2014, *Kásler e Káslerné Rábai* (C-26/13, EU:C:2014:282), devono essere valutate alla luce delle circostanze esistenti o prevedibili al momento della controversia e, ai fini di tale valutazione, è determinante la volontà che il consumatore ha espresso al riguardo”, C. giust. UE, 3.10.2019, *Dziubak e Dziubak c. Raiffeisen Bank International AG*, C-260/18, 56, ECLI:EU:C:2019:819). In tal senso pare esprimersi, nei limiti tuttavia della proporzionalità del rimedio, Cass. 19.5.2026, n. 15109, cit.

¹¹⁸ Cfr. Cass., 31.8.2021, n. 23655 (“In tema di contratti fra professionista e consumatore, allorché si controverta in sede civile sulla chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali, anche nella prospettiva dell'accertamento di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto determinano a carico del consumatore, opera una presunzione legale, suscettibile di prova contraria, non sancita espressamente dalla legge e scaturente dalla funzione sistematica assegnata agli strumenti di *public enforcement*, che genera un dovere di motivazione e di specifica confutazione in capo al giudice ordinario adito ai sensi dell' articolo 37 *bis*, comma 4, codice del consumo e chiamato ad occuparsi dello stesso regolamento contrattuale oggetto del provvedimento amministrativo e giudicato non chiaro e comprensibile dall'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato”).



Il mercato è stato attraversato da una vera e propria rivoluzione digitale, che ha redistribuito poteri, risorse e diritti in un processo che incalza con inarrestabile velocità. A fronte di ciò, la risposta regolatoria europea ha generato una mole amplissima di regole, per lo più nella forma di obblighi e divieti, che, al netto di qualsiasi attesa semplificazione, se mai reale, sarà possibile governare solo ancorandosi alla forza dei principi e delle clausole generali. Muovendo da questa prospettiva, servirà cercare nelle nuove regole le basi per una interpretazione sistematica delle discipline previgenti al fine di assicurarne la piena attuazione in un contesto del tutto diverso sul piano tecnologico e relazionale.

Con una particolare enfasi sulle profonde trasformazioni indotte dalla rivoluzione digitale nel diritto dei consumatori, l'analisi svolta ha mostrato la sostanziale tenuta dei suoi capisaldi (dagli obblighi di informazione al divieto delle pratiche scorrette e dell'uso di clausole vessatorie) a condizione di un'apertura dell'interprete verso una rivisitazione delle categorie tradizionali che tenga conto dei progressi intervenuti con la digitalizzazione dei mercati e l'uso pervasivo di sistemi di intelligenza artificiale. Tale rivisitazione deve portare a interrogarsi sui confini del diritto alla spiegazione algoritmica, ben oltre la materia dei dati personali e dell'intelligenza artificiale, quale base di un nuovo obbligo di informazione, teso a permeare le regole sulle pratiche scorrette e persino quelle sulle clausole vessatorie, che risultino da processi di trattamenti automatizzati di dati. Da riscrivere sono anche i confini tra 'consumatore medio' e 'consumatore vulnerabile', con una rinnovata attenzione al contributo delle scienze comportamentali nell'analisi della relazione tra macchina e persona.

Tra le sfide ancora aperte senz'altro domina quella relativa ai mezzi di tutela, tanto più in un mercato digitalizzato in cui scelte commerciali e diritti fondamentali sono sempre più connessi, ben oltre le implicazioni relative ai dati personali. Al fianco di sistemi di *enforcement* pubblico, senz'altro in ascesa nel nuovo diritto europeo, i rimedi privatistici continuano a rivestire un ruolo centrale, tanto più nella componente delle tutele collettive. L'applicazione congiunta e combinata dei principi di effettività, dissuasività e proporzionalità rappresenta in tal senso il faro a cui le corti europee e nazionali possono e devono guardare per accompagnare, dal canto loro, gli esiti di una rivoluzione che non può tradire la vocazione europea alla salvaguardia dei diritti fondamentali, a partire da quello relativo all'accesso alla giustizia.

Nel medesimo editoriale richiamato all'inizio, Giuseppe Vettori scriveva che "il giurista positivo vive e lavora 'fasciato dal proprio tempo', dalla contemporaneità". "Tale situazione" - aggiungeva - "non significa adesione acritica a ciò che accade ma, piuttosto, comporta percezione delle luci e delle ombre della realtà che ci circonda". Questo scritto si è confrontato con le une e le altre, dando il senso della parziale inadeguatezza di talune categorie giuridiche sviluppate in contesti oggi superati dall'economia dei dati. Si è altresì messa in luce la forza dei principi e delle clausole generali nell'indirizzare l'azione dell'interprete alle prese con le nuove sfide.

In un momento storico in cui al diritto europeo si rimprovera di produrre troppe regole (e, secondo alcuni, troppe tutele), rimarcare il valore



pregnante dei principi (di proporzionalità ed efficacia delle regole; di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele) e la loro resilienza rispetto alla contemporaneità che avanza aiutano forse a far luce su alcune delle complessità del tempo presente.

In altro editoriale pubblicato nel novembre 2015, nel chiudere il Suo pregevole Decalogo su Regole e Principi, Giuseppe Vettori indicava la strada: “L’argomentazione necessita di tecniche e di strumenti nuovi. Non una scatola degli attrezzi, ma una condivisione dei fini che è compito della scienza giuridica promuovere e saldare”.



L' "EMANCIPAZIONE DIGITALE" DEL MINORE E L'USO INCONSAPEVOLE DELL'AI: L'EFFICACIA DEL QUADRO NORMATIVO E GLI EFFETTI SULLA VALIDITÀ DEL CONTRATTO*

| 483

Di Arianna Alpini

SOMMARIO: 1. La condizione del minore nell'ambiente digitale: "vulnerabilità naturale" e "vulnerabilità artificiale". - 2. Il continuum esistenziale tra online e offline e la cd. maggiore età digitale del minore. - 3. Il quadro normativo di riferimento per la tutela del minore nell'ambiente digitale tra sinergie di protezione e tensioni applicative. - 4. La visione «antropocentrica» della legge italiana sull'AI (l. 132/2025). - 5. L'uso inconsapevole dell'AI da parte del minore e del genitore. - 6. Frammentazione delle soglie anagrafiche per l'accesso dei minori ai servizi digitali. - 7. Verso una "emancipazione digitale". - 8. L'efficacia del quadro normativo: la verifica tecnica dell'età. - 9. L'evoluzione della governance digitale dell'Unione Europea: il pacchetto "Digital omnibus". - 10. Invalidità del consenso per mancanza di consapevolezza: effetti sul contratto. - 11. La consapevolezza del rischio nell'uso dell'AI come principio italo-europeo. - 12. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT. Il saggio esamina le dinamiche evolutive della condizione del minore all'interno dell'infosfera digitale, ponendo l'accento sulla transizione dalla vulnerabilità naturale a quella artificiale indotta da algoritmi persuasivi e sistemi di intelligenza artificiale. Attraverso un'analisi del quadro regolatorio multilivello, l'indagine evidenzia le incoerenze derivanti dalla frammentazione delle soglie anagrafiche per l'accesso ai servizi digitali. L'indagine si concentra sugli effetti della manipolazione comportamentale algoritmica sul processo di formazione della volontà del minore e dei genitori, proponendo un ripensamento dei rimedi civilistici tradizionali. Viene teorizzata l'introduzione dell'istituto dell'emancipazione digitale, ispirato all'art. 390 c.c., volto a modulare la capacità d'agire del minore attraverso percorsi di alfabetizzazione e l'assistenza di un curatore digitale (genitore con adeguata formazione) per gli atti a impatto permanente e irreversibile.

The essay examines the evolutionary dynamics of minors within the digital infosphere, emphasizing the transition from natural vulnerability to artificial vulnerability induced by persuasive algorithms and artificial intelligence systems. Through an analysis of the multilevel regulatory framework, the investigation highlights the inconsistencies deriving from the fragmentation of age thresholds for access to digital services. The study focuses on the effects of algorithmic behavioral manipulation on the decision-making process of both minors and parents, proposing a rethinking of traditional civil law remedies. It theorizes the introduction of 'digital emancipation', inspired by article 390 of the Italian Civil Code, aimed at modulating the minor's legal capacity to act through digital literacy programs and the assistance of a digital curator (a properly trained parent) for acts with permanent and irreversible impacts.

L' "emancipazione digitale" del minore e l'uso inconsapevole dell'AI: l'efficacia del quadro normativo e gli effetti sulla validità del contratto (Arianna Alpini)



1. La condizione del minore nell'ambiente digitale: “vulnerabilità naturale” e “vulnerabilità artificiale”.

La tutela dei minori nell'ambiente digitale richiede un salto di paradigma che, accanto alla gestione del rischio tecnico, elabori una riflessione sulla natura stessa dell'individuo e del suo abitare il mondo come *essere in continuo divenire*¹. L'indagine verte sul legame tra vulnerabilità e ambiente, per mostrare che la transizione verso la cosiddetta infosfera² è non un semplice mutamento di scenario, ma il ritrovamento dei confini dell'umanità³.

La vulnerabilità è certamente una condizione ontologica dell'essere umano, al punto da sostituire il mito del “soggetto autonomo e razionale” con quello del “soggetto vulnerabile”⁴, intrinsecamente dipendente dalle relazioni e dalle infrastrutture che ne sostengono l'esistenza⁵.

* Il saggio è la rielaborazione approfondita della relazione tenutasi in occasione del Seminario organizzato dal Prof. A. Gorgoni svoltosi presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze il 3 dicembre 2025 dal titolo “*La condizione del minore nell'ambiente digitale: rischi, soluzioni e rimedi*”.

¹ Due sono i contributi della cultura giuridica che hanno impresso in modo indelebile le coordinate dell'evoluzione del concetto di capacità di agire: A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 155 ss. e P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 137 ss.

² Il primo utilizzo documentato della parola “infosfera” è rintracciabile in un articolo di R.Z. Sheppard su Time Magazine del 12 aprile 1971 reperibile su: rewriters.it/infosfera-ed-esistenze-onlife, ora vedi L. FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino, 2009. Sull'attribuzione di capacità normativa ai poteri diffusi nell'infosfera attraverso le regole tecniche delle piattaforme, v. A. FEDERICO, *Il nomos della 'infosfera'*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 533 ss.; per una rilettura della cultura giuridica digitale come «valore aggiunto strumentale» v. A. GORASSINI, *Il valore della cultura giuridica nell'era digitale*, in *Tecn. dir.*, 2021, 38 ss.

³ Sul tema vedi le chiare pagine di G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, Firenze, spec. XIV ss. e 121 ss. Gli studi sull'AI sono proliferati e continuano a sviluppare in modo veloce e incontrollabile ma non altrettanto può dirsi per lo studio da parte del giurista dell'essere umano. Tuttavia, proprio l'evoluzione tecnologica ha fatto emergere la centralità e le peculiarità dell'essere umano, nonché l'esigenza di assegnare una rilevanza giuridica sempre maggiore alla consapevolezza e al processo motivazionale nell'ambito dell'autonomia negoziale: A. ALPINI, *Interpretazione e fonti del diritto tra tradizione e innovazione*, in *Interpretazione e fonti del diritto tra tradizione e innovazione*, in EAD., T. FEBBRAJO e B. MARUCCI (a cura di), Napoli, 2023, 287; EAD., *Il diritto come “arte sociale”. Contributo per una didattica innovativa*, in *Ars interpretandi*, 2025, 2, 53 ss.

⁴ Su questi profili, già N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. Impr. Europa*, 2010, 549 ss., nonché, per una valorizzazione del contraente debole come persona, L. MEZZASOMA, *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 311 ss. Oggi anche la Corte di Giustizia UE non crede più all'*homo economicus*, razionale ed accorto, poiché la razionalità è limitata dalle distorsioni cognitive: CGUE, 14.11.2024, c. 646-22, in *Foro it.*, 2025 III, 147 ss. con commento di G. BOVA CRISPINO, *L'apertura della Corte di Giustizia ad una interpretazione evolutiva della nozione di consumatore medio: verso un consolidamento della cultura, sul piano giuridico, della “razionalità limitata” a beneficio della libertà di scelta del consumatore*. Vedi S. PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 2 ss. Il tema, se pur da diverse angolazioni, è stato indagato anche da: E. NAPOLITANO, *Digital marketing: processi decisionali e relazioni consumeristiche* (77 ss.); P. BENEVEVE, *Neuromarketing, processi decisionali e bias cognitivi* (95 ss.); T. FEBBRAJO, *Influencer marketing e pratiche*

Se la vulnerabilità è il tratto comune ad ogni essere umano in quanto bisognoso di cura e fisicamente finito, tuttavia la vulnerabilità “artificiale” – ovvero quella creata dall’uomo – sottopone l’individuo ad una nuova condizione di precarietà che si potrebbe declinare nella versione economica, sociale e politica: basti pensare all’istituzione di una disciplina dedicata alla tutela del consumatore.

Sopra a tutte le vulnerabilità vi è quella digitale⁶.

In contesti naturali, un dato rimane fisso: l’essere umano ha percezione del tempo e del luogo e dunque di se stesso. L’esperienza umana è situata attraverso il corpo quale “veicolo dell’essere al mondo”⁷, per cui la vulnerabilità è protetta da confini spaziali e temporali abbastanza chiari.

Questa struttura protettiva collassa nell’ambiente *onlife*, in cui la barriera tra analogico e virtuale cade e lo spazio si trasforma in un’infosfera dove il concetto di “distanza” svanisce, poiché tutto è ugualmente vicino e ugualmente lontano⁸.

L’ambiente digitale costituisce terreno fertile per il funzionamento di un’infrastruttura di *business* che vuole modificare il mondo per adeguarlo agli algoritmi di consumo, anche a scapito della complessità umana. In tale contesto, la vulnerabilità del minore costituisce un elemento funzionale a modelli di *business* basati sull’*engagement* compulsivo. Sì che quella che nelle piattaforme appare come socialità o partecipazione è in realtà uno spazio privato che assolve a funzioni pubbliche solo per “trattenere” il consumatore e massimizzare il profitto⁹.

L’algoritmo non è neutrale¹⁰, ma è un atto etico e politico che modella l’autonomia del soggetto attraverso segnali di *engagement* impliciti.

commerciali scorrette (113 ss.), tutti in A. ALPINI, T. FEBBRAJO e B. MARUCCI (a cura di), *op. cit.*

⁵ Sui rapporti tra autonomia e vulnerabilità si rinvia all’approfondimento filosofico di B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto e cultura giuridica*, Torino, 2021, *passim*.

⁶ Sulla vulnerabilità nel contesto digitale, che permea l’intera esperienza dell’individuo in rete, v. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Vulnerabilità digitale e post-modernità giuridica*, in *Dir. merc. amm. fin.*, 2025, 1 ss.; V. RICCIUTO, *La persona e la vulnerabilità tecnologica: il diritto della tecnologia sostenibile*, in *Riv. dir. impr.*, 2023, 487 ss.

⁷ M. MERLEAU-PONTY, *Phénoménologie de la perception*, Paris, Gallimard, 1945, trad. A. BONOMI, *Fenomenologia della percezione*, Milano, 1965, *passim*.

⁸ L. FLORIDI, *Pensare l’Infosfera. la filosofia come design concettuale*, Milano, 2020, *passim*. Sulla dissoluzione delle dimensioni di spazio e tempo nell’era digitale v. G. PASCUCCHI, *Il diritto nell’era digitale*, Bologna, 2010, 179 ss.; N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 2009, 150, rileva che «lo spazio telematico è sciolto dalla fisicità: non tanto sta oltre i confini territoriali, quanto non ha confini [...] il tempo non è più storia, ma nella “assolutezza della momentaneità” [...] criterio di calcolo quantitativo».

⁹ G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, Firenze, 2024, XVII, il quale descrive in profondità l’aspetto più opaco dell’uso dell’innovazione tecnologica offrendolo alla nostra meditazione: «Le nostre emozioni, carpite dall’espressione del volto, dalle parole, dal movimento degli occhi, sono raccolte e si forma un inconscio digitale, non ancora nostro»; sul problema del consenso nel mondo digitale, vedi 49 ss.

¹⁰ Testualmente, P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, 87, secondo il quale «l’algoritmo non è neutrale e soggetto al nostro arbitrio, ma portatore autonomo di una credibilità che sconfina, a tratti, in una veridicità di stampo divino»; P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, 2020, 379 ss.; ID., *Diritto civile e Intelligenza Artifi-*



Il minore rappresenta il vertice di questa tensione: la sua vulnerabilità è non solo giuridica, ma neurocognitiva, prodotta da architetture progettate per creare dipendenza, come l'*infinite scroll*¹¹. I dati recenti evidenziano che questa vulnerabilità diventa solitudine, poiché la maggior parte dei minori adolescenti cerca nell'AI un supporto emotivo che non trova più nell'ambiente relazionale fisico¹². L'uso di supplenza della tecnica segnala il fallimento sia dell'ambiente digitale come luogo di autentica crescita sociale, sia della funzione educativa e della formazione culturale.

2. Il continuum esistenziale tra online e offline e la cd. maggiore età digitale del minore.

Il punto di partenza per costruire una tutela effettiva del minore è acquisire la consapevolezza che la società tecnologica espone *tutti* gli individui a un crescente "rischio sistemico", per il quale la vulnerabilità diventa una condizione strutturale¹³. Il minore parte da una situazione che è "oltre la vulnerabilità", essendo sprovvisto della piena *capacitas iudicandi* e dunque più esposto ai rischi derivanti dall'uso precoce e non consapevole degli strumenti digitali.

L'ambiente digitale non è una sfera separata della vita, ma rappresenta l'interazione più assorbente dell'agire umano, dove la relazione con l'AI è intrinsecamente dinamica e conflittuale.

La prima avvertenza metodologica è evitare che la creazione di categorie giuridiche speciali (minore digitale, capacità digitale) ostacoli la valutazione complessiva e unitaria della situazione esistenziale del minore. È necessario mantenere un *continuum* tra la dimensione *offline* e quella *online* quali parti che si compenetrano e che devono essere interpretate l'una attraverso l'altra. Da questa prospettiva, appare ingenuo ritenere che l'ambiente digitale è parte del quadro educativo, considerato che le piattaforme sono mercati per la raccolta di dati strutturati con meccanismi manipolatori che compromettono addirittura l'efficacia del ruolo educativo genitoriale.

Il minore non è "digitale", il minore è un essere umano in divenire al quale va garantito un libero e pieno sviluppo.

La seconda avvertenza riguarda la cd. maggiore età digitale.

ciale, in *Tecn. dir.*, 2025, 135 ss. Vedi, altresì, E. CATERINI, Artificial Intelligence, *persona e soggetto*, in *Tecn. dir.*, 2022, 207 ss.

¹¹ P. PERLINGERI, *Note sul «potenziamento cognitivo»*, in *Tecn. dir.*, 2021, 209 ss.

¹² Vedi in *orizzontescuola.it*. Cfr. le storiche sentenze rispettivamente del 24.3. 2026 State of New Mexico v. Meta Platform, Inc., e del 25.3.2026 K.G.M. v. Meta Platform, Inc., et al. (case No J CCP 5255) in base alle quali si è statuito che le aziende tecnologiche possono essere ritenute responsabili se il design del loro prodotto è intrinsecamente volto a creare comportamenti compulsivi che portano a depressione e ideazione suicida.

¹³ Sul delicato tema: N. LIPARI, *Vulnerabilità esistenziale e strumenti di tutela*, in *Annali Sisdic*, 2018, 2, 4 ss.; A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere*, in *Pers. Merc.*, 2024, 3, 915 ss.

Accanto alla riconosciuta capacità di discernimento del minore¹⁴, si pone la sua speciale vulnerabilità nell'ambiente digitale che riporta l'attenzione sulla fragilità dell'essere umano ancora sprovvisto della piena *capacitas iudicandi*¹⁵.

La consapevolezza, da un lato che la preclusione del compimento di un atto o dell'attività patrimoniale al minore dotato di un sufficiente livello di maturità si tradurrebbe in ostacolo all'esercizio di diritti e libertà fondamentali, e dall'altro della progressiva commistione tra sfera esistenziale e patrimoniale, nonché dell'esistenza di pericolose ed occulte insidie dell'ambiente digitale, impone di affrontare con estrema prudenza il tema della cd. maggiore età digitale¹⁶.

3. Il quadro normativo di riferimento per la tutela del minore nell'ambiente digitale tra sinergie di protezione e tensioni applicative.

La tutela del minore nell'ambiente digitale¹⁷ si articola su una stratificazione composita, costruita essenzialmente su una terna di regolamenti europei (GDPR, DSA, AI Act)¹⁸ che si applicano e si integrano con il diritto nazionale, tra cui in particolare la legge 132/2025. Si aggiungono le direttive dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni-AGCOM, specialmente la Delibera 96/25/CONS¹⁹, volta a dettagliare le misure tecniche e operative necessarie per l'applicazione effettiva dei principi, stabilendo livelli di protezione rigorosissimi che superano gli *standard* tecnici di base dell'Unione. In questo quadro, già piuttosto complesso, vanno inserite anche le Linee

¹⁴ R. SENIGAGLIA, *Minore d'età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, *infra*.

¹⁵ Su questi profili, I. GARACI, *Il "superiore interesse del minore" nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 4, 800 ss.

¹⁶ Sulle tensioni fra autonomia progressiva e clausola del *best interest of the child* vedi G. CARAPEZZA FIGLIA, *Autonomia progressiva e costituzionalizzazione del diritto dell'infanzia e dell'adolescenza*, in *Dir. fam. pers.*, 2025, 2, 603 ss.; V. BARBA, *Autonomia progressiva e miglior interesse della persona minore di età*, in *Dir. succ. fam.*, 2023, 441 ss.; G. RECINTO, *Genitori e figli tra tendenze interne «adultocentriche» e spinte apparentemente «minorecentriche» della Corte EDU*, in F. DELL'ANNA MISURALE e F.G. VITERBO (a cura di), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete*, Napoli, 2018, 75 ss. Sui rischi delle nuove tecnologie per i minorenni sempre nella prospettiva della capacità del minore: S. ORLANDO, *I lividi dei minorenni sparring partners di chatgpt e l'età minima per attivare il servizio in Italia*, in *Pers. merc.* 2023, 1, 3 ss.

¹⁷ Sulla quale si veda l'analisi di E. ADAMO, *Minore età e nuove tecnologie*, Napoli, 2025, *passim*.

¹⁸ In realtà è stata disegnata una architettura della regolazione del digitale in cui ciascuno dei tasselli costitutivi è complementare agli altri (DSA, DMA, DGA, Data Act e AI Act): vedi A. MORACE PINELLI, *Data Act (reg. UE 2023/2854): la circolazione dei dati nell'interesse privato e generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, 1, 220 ss.

¹⁹ Delibera 96/25/CONS dell'8 aprile 2025, recante "Adozione delle modalità tecniche e di processo per l'accertamento della maggiore età degli utenti in attuazione della legge 13 novembre 2023, n. 159", disponibile su <https://www.agcom.it/provvedimenti/delibera-96-25-cons>.



guida che assumono efficacia “quasi regolamentare”²⁰, essendo richiamate dai regolamenti alle quali rinviano per la concretizzazione dei principi²¹.

Tale materiale normativo ha creato da un lato sinergie di protezione (come nel caso delle Autorità), dall'altro significative tensioni applicative: ne costituisce un esempio paradigmatico il *Digital Omnibus Package* presentato dalla Commissione europea, volto ad armonizzare e coordinare il *corpus* normativo digitale dell'Unione, rafforzando la certezza giuridica e semplificandone l'attuazione, recentemente approvato limitatamente alla proposta di semplificazione dell'*AI Act (Digital Omnibus on AI)*²².

La proposta genera preoccupazione poiché la spinta alla uniformità, implicando necessariamente la centralizzazione e la semplificazione, può tradursi in un indebolimento delle tutele introdotte a livello nazionale, svilendo gli standard elevati imposti da AGCOM, come l'obbligo di segregazione dei dati di *Age Assurance* per scopi non commerciali.

Una delle novità prospettate è la revisione della definizione di “dato personale” prevista nell'art. 4 del GDPR. Secondo la proposta un'informazione non sarebbe considerata dato personale se l'entità che la detiene non dispone di mezzi «ragionevolmente probabili» per identificare l'individuo. Questa versione, che si spinge oltre quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea²³, potrebbe creare scappatoie per i *data*

²⁰ Sul fenomeno del dinamismo e della non ufficialità delle fonti del diritto contemporaneo, vedi P. PERLINGIERI, *Per un positivismo giuridico «inclusivo»*. Note minime su diritto e cultura, in *Annali Sisdic*, 2023, 10, 159 ss.

²¹ A. GORGONI, *Le Linee guida della Commissione europea emanate ai sensi dell'art. 28 DSA: privacy, autonomia e protezione del minore*, in *Corti fiorentine*, 2025, 1-3, 29 ss. ID., *Protezione, educazione e recupero del minore che agisce nello spazio digitale*, in *Pers. merc.*, 2025, 4, spec. 1176 ss. dove l'A. con grande sensibilità pone l'impellente problema di impartire ai minori l'educazione adeguata per acquisire la capacità di valutare criticamente l'affidabilità delle fonti di dati, informazioni e contenuti digitali. Sull'esigenza di una adeguata “preparazione digitale” dei genitori e sulla collaborazione fra tutti i soggetti coinvolti nella formazione del minore, vedi R. SENIGAGLIA, *Dimensione onlife, famiglia e “incapacità dei genitori” di assolvere ai loro compiti*, in *Pers. succ. fam.*, 2025, 2, 511 ss.

²² Il *Digital Omnibus Package* è l'iniziativa di semplificazione della legislazione digitale presentata dalla Commissione europea il 19 novembre 2025, articolata nelle proposte COM(2025) 836 final (*Digital Omnibus on AI*) e COM(2025) 837 final (*Digital Omnibus Regulation*), nonché nelle ulteriori iniziative contestualmente presentate nell'ambito del *Digital Package*. La documentazione ufficiale è disponibile sul portale della Commissione europea: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/simpler-eu-digital-rules-and-new-digital-wallets-save-billions-businesses-and-boost-innovation>. Vedi altresì: EDPB-EDPS *Joint opinion* 2026, 1 del 20.1.2026 on the “Proposal for a Regulation as regards the simplification of the implementation of harmonised rules on artificial intelligence” (*Digital Omnibus on AI*), disponibile in https://www.edpb.europa.eu/documents/legislative-opinion/edpb-edps-joint-opinion-12026-on-the-proposal-for-a-regulation-as_en; EDPB-EDPS *Joint opinion* 2026, 2, dell'11.2.2026 on the “Proposal for a Regulation as regards the simplification of the digital legislative framework” (*Digital Omnibus*), in https://www.edpb.europa.eu/documents/legislative-opinion/edpb-edps-joint-opinion-22026-on-the-proposal-for-a-regulation-as_en. Mentre la procedura legislativa relativa al *Digital Omnibus on AI* (2025/0359 (COD)) può considerarsi sostanzialmente conclusa (Sul punto, *infra*, nota 52), risultano tuttora pendenti sia la procedura 2025/0360 (COD), relativa alla proposta COM(2025) 837 final (*Digital Omnibus Regulation*), sia la procedura 2025/0358 (COD), concernente la proposta COM(2025) 838 final (*European Business Wallets*).

²³ Nelle sentenze relative ai casi Scania (C-319/22) e Single Resolution Board (C-413/23), la Corte di Giustizia aveva suggerito che un'informazione pseudonimizzata, trasmessa da

broker e l'industria pubblicitaria, risultando particolarmente dannosa per i minori.

In un contesto dove i dati vengono costantemente aggregati e incrociati, la tesi per cui un'azienda possa trattare dati pseudonimizzati come se fossero non personali solo perché non ha l'intento immediato di re-identificare l'utente, indebolisce le tutele contro la profilazione invisibile. La protezione del minore deve, invece, essere garantita a prescindere dall'infrastruttura tecnologica del momento, basandosi sulla potenzialità intrinseca dei dati di influenzare il comportamento e lo sviluppo psicofisico dell'essere in divenire.

D'altra parte il Parlamento Europeo ha adottato una risoluzione sulla tutela dei minori *online*²⁴. Questo documento, pur non essendo immediata-

un'entità A a un'entità B, potesse essere qualificata come dato personale per l'entità A anche se quest'ultima non aveva alcun mezzo ragionevole per identificare l'interessato, purché l'entità B (il destinatario) possedesse le chiavi di decodifica o informazioni aggiuntive per l'identificazione. Questa interpretazione "oggettiva" o "assoluta" del dato personale ha generato confusione e incertezza legale, poiché imponeva obblighi di conformità GDPR gravosi anche a soggetti che gestivano dati tecnicamente anonimi dal loro punto di vista. Il nuovo *Digital Omnibus Regulation* interviene direttamente sull'articolo 4, paragrafo 1, del GDPR per sancire legislativamente un "approccio relativo". Vedi in <https://iapp.org/news/a/eu-digital-omnibus-what-the-proposed-changes-to-the-concept-of-personal-data-mean-in-practice>. Sul punto le riflessioni di E. STRINGHI, *Il pacchetto "Digital Omnibus": la proposta della Commissione europea COM(2025) 837 final del 19.11.2025 di modifica del GDPR, del Data Act, del regolamento sullo sportello unico digitale e delle direttive e-privacy, NIS2 e CER, nonché di abrogazione della direttiva Open Data, del Data Governance Act, del regolamento P2B e del regolamento sulla libera circolazione dei dati non personali*, in *Oss. Pers. Merc.*, 2025, 3, 1033 ss.; EAD., *Il parere congiunto EDPB-EDPS n. 2/2026 del 10.2.2026 sulla proposta Digital Omnibus COM(837) riguardante la semplificazione del quadro della legislazione digitale*, *ivi*, 2026, 1, 278 ss., dove l'A., prendendo in esame il *Joint Opinion EDPB-EDPS 2/2026*, cit., evidenzia che la modifica proposta rischia di restringere la nozione di dato personale e l'ambito applicativo del GDPR, trascurando elementi centrali del concetto di identificabilità, quali il *singling out*, e creando margini per possibili aggiramenti della disciplina, con conseguente indebolimento delle garanzie poste a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli interessati.

²⁴Il primo passo significativo del Parlamento europeo è stato l'adozione della risoluzione del 12 dicembre 2023 sul *design* additivo dei servizi *online* e la tutela dei consumatori (2023/2043(INI)).

La risoluzione ha evidenziato che le direttive esistenti, quali la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali (2005/29/CE) e la Direttiva sui diritti dei consumatori (2011/83/UE), pur essendo efficaci nel proteggere gli interessi economici tradizionali, manchino di definizioni legali precise per affrontare la manipolazione comportamentale mediata dagli algoritmi. Il Parlamento ha, dunque, esortato la Commissione europea a introdurre il concetto di "diritto a non essere disturbati" e a stabilire standard di "*ethical design by default*". Tra le raccomandazioni chiave del 2023 figurano: la proibizione delle tecniche più dannose di *design* additivo che sfruttano le vulnerabilità cognitive, l'obbligo di disattivare per impostazione predefinita le funzionalità di coinvolgimento estremo; la garanzia di trasparenza sui sistemi di raccomandazione, permettendo agli utenti di scegliere feed non basati sulla profilazione. Sulla qualificazione dell'*addictive design* come «pratica commerciale scorretta», v. F. ESPOSITO e T. MACIEL CATHOUD FERREIRA, *Addictive Design as an Unfair Commercial Practice: The Case of Hyper-Engaging Dark Patterns*, in *Eur. Journ. Risk Regulation*, 2024; 15(4), 999-1016.

Il 26 novembre 2025, il Parlamento europeo ha adottato una nuova risoluzione 2025/2060(INI) specificamente dedicata alla protezione dei minori *online*. Il fulcro della risoluzione è la proposta di stabilire un limite di età digitale armonizzato a livello



mente vincolante, stabilisce le priorità del legislatore europeo per contrastare i fenomeni di dipendenza digitale e i rischi della manipolazione algoritmica. Il Parlamento ha espresso la necessità di superare la frammentazione delle soglie anagrafiche, proponendo un limite digitale europeo armonizzato a 16 anni per l'accesso ai social media, alle piattaforme video e ai compagni virtuali basati su AI (*AI companions*).

Al di sotto di tale soglia, l'accesso dovrebbe essere consentito solo con il consenso documentato dei genitori. Inoltre, il Parlamento ha fissato a 13 anni il limite assoluto sotto il quale nessun minore dovrebbe poter accedere ai *social media*, indipendentemente dal consenso genitoriale.

Il consenso, sebbene necessario, non è considerato uno strumento sufficiente a mitigare i rischi intrinseci di piattaforme progettate per massimizzare il tempo di permanenza dell'utente attraverso l'uso di tecnologie persuasive²⁵. La Risoluzione individua specifiche funzionalità tecnologiche che devono essere proibite o disabilitate di *default* per i minorenni, in quanto configurano una vera e propria «progettazione della dipendenza» (*Addiction by Design*), quali ad esempio lo scorrimento infinito (*Infinite Scroll*), meccanismo che elimina i punti di interruzione naturale della navigazione, favorendo il consumo compulsivo di contenuti; la riproduzione automatica (*Autoplay*), funzionalità che spinge l'utente verso una visione passiva e ininterrotta; algoritmi basati sull'*Engagement*, ovvero sistemi di raccomandazione che assumono come prioritari contenuti iper-personalizzati e volti a mantenere alta l'attenzione, spesso a scapito del benessere mentale; meccanismi di gioco d'azzardo (*Loot Boxes*)²⁶, cioè funzionalità presenti nei videogiochi che incentivano la spesa economica basata sulla casualità, sfruttando la mancanza di alfabetizzazione commerciale dei bambini.

4. La visione «antropocentrica» della legge italiana sull'AI (l. 132/2025).

dell'Unione Europea. Il Parlamento chiede che l'età minima predefinita per l'accesso ai social media, alle piattaforme di *video-sharing* e ai compagni virtuali basati su AI sia fissata a 16 anni. Sul fenomeno del cd. *sharenting*, si rinvia a G. CARAPEZZA FIGLIA, *Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614-bis e 709-ter c.p.c. nella riforma del processo della famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, 2, 640 ss.; I. GARACI, *La responsabilità genitoriale nella complessità dell'ecosistema digitale. Riflessioni alla luce della legge n. 132/2025 sull'intelligenza artificiale*, in *Dir. Internet*, 2026, 1, 43; N. MATTA, *Sharenting e tutela della persona minore di età*, in *Tecn. dir.*, 2022, 285 ss. In prospettiva comparata, si veda lo studio di G. SANTONI, *La tutela dei minorenni verso le piattaforme online: prospettive di diritto comparato*, in *Ann. dir. comp.*, 2023, 443 ss.

²⁵ Sui limiti dell'efficacia del consenso, v. A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019, 82 ss.; più in generale, sul ruolo del consenso nel sistema della protezione dei dati, R. CATALANO, A. ESPOSITO e R. PICARO (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali. Profili evolutivi della giurisprudenza e della dottrina*, Napoli, 2025, spec. 11 ss. Riguardo alla tutela dei minori nell'ambiente digitale, v. l'analisi di D. MARCELLO, *Circolazione dei dati del minore tra autonomia e controllo. Norme e prassi nel mercato digitale europeo*, Napoli, 2023, spec. 73 ss.

²⁶ Sul tema si veda: M. PERINI (a cura di), *Il gioco d'azzardo: una prospettiva multidisciplinare. Atti del convegno tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena il 1° dicembre 2023*, Firenze, 2024, *passim*.

L'elemento distintivo e fondante della legge italiana sull'AI (l. 132/2025)²⁷ è la sua esplicita adozione di una "visione antropocentrica" (art. 1, Finalità e ambito di applicazione)²⁸. Questa clausola generale di salvaguardia dell'umano informa tutte le successive disposizioni di trasparenza, responsabilità, equità e rispetto dei diritti fondamentali.

L'antropocentrismo è volto ad assicurare che il progresso tecnologico sia guidato e limitato dalla priorità della persona e che l'essere umano mantenga il controllo sui processi decisionali. Tale visione è tradotta in specifici obblighi che garantiscono che la responsabilità e la supervisione nell'utilizzo dei sistemi di AI rimangano saldamente ancorate all'individuo.

La declinazione più sensibile e innovativa della visione antropocentrica si ritrova nell'art. 4 che disciplina specificamente la tutela dei soggetti minorrenni nell'utilizzo dei sistemi di Intelligenza Artificiale. L'ordinamento italiano stabilisce che l'età minima per il consenso autonomo al trattamento dei propri dati personali (inclusa la profilazione) è di 14 anni, definendo di fatto una "maggiore età digitale"²⁹. Nel caso in cui il minore non abbia raggiunto tale soglia, il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale. Il titolare del trattamento è tenuto a compiere "sforzi ragionevoli" per verificare che tale consenso sia effettivamente dato o autorizzato.

La genericità della locuzione "sforzi ragionevoli" ha portato i fornitori di servizi a ricorrere a metodi inefficaci, come la mera autodichiarazione dell'età. Per questo, la legge 132/2025, pur riaffermando che il minore che ha compiuto i 14 anni può esprimere il proprio consenso per il trattamento dei dati personali connessi all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, rafforza questa soglia di consenso. Il legislatore riconosce implicitamente che i rischi derivanti dall'opacità algoritmica e dalla profilazione ad alta intensità superano la portata della "ragionevolezza" richiesta dal GDPR per il consenso generale³⁰. Di conseguenza, si introduce un *obbligo informativo*

²⁷ Per un commento al testo legislativo, si rinvia, per tutti a R. D'ANGIOLELLA, *Legge 23 settembre 2025, n. 132. La tutela della persona nella regolazione dell'intelligenza artificiale*, Napoli, 2025, *passim*.

²⁸ Sulla ambiguità della prospettiva antropocentrica: A. ALPINI, *Sull'approccio umano-centrico all'intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del "Progetto europeo di orientamenti etici per una IA affidabile"*, in *comparazionedirittocivile.it* (aprile 2019) e EAD. *Digital divide, censura digitale e antropocentrismo dei dati*, *ivi*, 2021, 879 ss. Più in generale, sul tema, v. S. LABATE, *Umanismi senza antropocentrismo. Note sul post-human*, in *Filosofia e teologia*, 2015, 1, 72 ss.

²⁹ Vedi art. 8 Reg. 2016/679 (GDPR) e art. 2 *quiquies* d.lg. 196/2003 (Codice Privacy).

³⁰ Con l'avvento dei *social networks* (C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014) e dei sistemi di AI, il legislatore ha dovuto prendere atto dell'insufficienza di un modello basato esclusivamente sul consenso spesso rilasciato in modo meccanico e sotto il peso di asimmetrie informative insuperabili [S. ORLANDO (a cura di), *Libertà e liceità del consenso nel trattamento dei dati personali*, in *personaemercato.it*, 2, 2024]. Il GDPR ha introdotto il principio di *accountability* e obblighi di trasparenza più stringenti (sui quali M. D'AMBROSIO, *Accountability e tutela dell'Utente*, in *Corti salernitane*, 2024, 1, 3 ss.) mentre l'*AI Act* ha adottato un approccio basato sul rischio, categorizzando i sistemi in base al loro potenziale impatto sui diritti fondamentali (cfr. M. R. NUCCIO, *Intelligenza Artificiale (IA) e gestione dei rischi: prospettive di tutela*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 4, 1466 ss.). In questo contesto, l'informativa diventa strumento di bilanciamento del potere contrattuale l'assenza della quale mina la possibilità stessa dell'accordo.



rinforzato: le comunicazioni relative al trattamento dei dati connesse all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale devono essere rese con linguaggio chiaro e semplice, in modo da risultare facilmente accessibili e comprensibili ai minori.

Il requisito linguistico, che a prima vista appare meramente formale, asurge invece a condizione essenziale per garantire la trasparenza epistemica e l'effettivo esercizio del controllo.

Il principio emergente, ovvero quello della cd. riserva di umanità³¹ è il filo conduttore della legge italiana che si dipana nell'obbligo della spiegabilità in capo agli utilizzatori dei sistemi di AI - che implica conoscibilità del funzionamento, trasparenza e tracciabilità dell'utilizzo -, (art. 3 comma 3), e nella tutela del diritto di autore per le opere generate con l'assistenza dell'AI, a condizione che l'opera costituisca il risultato del lavoro intellettuale dell'autore ovvero dell'«ingegno umano» (art. 25)³².

L'informativa richiesta a tutela dei minori deve garantire all'utente la conoscibilità dei relativi rischi e il diritto di opporsi ai trattamenti autorizzati dei propri dati personali. Tale approccio eleva il requisito formale di consenso a un requisito sostanziale di consapevolezza del rischio, rendendo la validità del consenso (anche a 14 anni) dipendente dalla qualità e comprensibilità dell'informativa e non solo dall'età anagrafica.

5. L'uso inconsapevole dell'AI da parte del minore e del genitore.

³¹ J. VALERO TORRIJOS, *Les garanties juridiques de la intel·ligència artificial en l'activitat administrativa des de la perspectiva de la bona administració*, in *Revista Catalana De Dret Públic*, 2019, 58, 82-96, ha introdotto il concetto di riserva d'umanità. La genesi della riflessione è strettamente legata a casi giudiziari di rilievo in Spagna, come la controversia relativa al cosiddetto Bono Social, un sussidio elettrico per famiglie vulnerabili gestito attraverso l'algoritmo BOSCO. In tale contesto, la Fundación Ciudadana Civio impugnò il diniego di accesso al codice sorgente dell'algoritmo, portando alla luce le criticità dell'opacità decisionale. Valero Torrijos individuò nella riserva di umanità lo strumento per garantire che l'automazione non si traducesse in una delegittimazione delle procedure democratiche. Per lo studioso spagnolo, la riserva d'umanità non è un divieto assoluto di automazione, bensì l'obbligo di mantenere un intervento umano significativo capace di controllare, validare o smentire la decisione automatizzata. In Italia, il concetto di riserva d'umanità ha trovato la sua massima espressione e sistematizzazione dogmatica nell'opera di G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova, 2023, sottolinea che la riserva d'umanità è un limite ontologico: sebbene la tecnologia possa aumentare l'efficienza, non può sostituire l'imputabilità della scelta autoritativa. Gallone rintraccia la ragion d'essere di questo principio nel timore che il genere umano possa rendere superfluo sé stesso, delegando la gestione della *polis* ad agenti artificiali privi di responsabilità democratica.

³² G. FINOCCHIARO, *La legge italiana in materia di intelligenza artificiale. Una prima lettura*, in G. CERRINA FERRONI, S. ORLANDO e G. VETTORI (a cura di), *Il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Problemi e sistema*, Bologna, 2026, 353 ss. Sul disegno di legge oggetto del dibattito parlamentare, v. anche la proposta della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.), Commissione di studio in tema di Intelligenza artificiale, D.d.l. n. 1146 - Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale, in *Ann. SISDiC*, 2025, 83 ss. Si veda altresì, A. ALPINI, *Artificial intelligence e creazione artistica*, in *Tec. Dir.*, 2024, 1, 1 ss.

L'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale spesso implica la gestione di processi complessi (come l'addestramento di modelli di AI o l'analisi predittiva) che generano rischi difficili da percepire anche per un utente adulto. Sì che la legge sull'AI impone l'obbligo di rendere tali rischi palesi con la conseguenza che se l'informativa presentata è redatta in linguaggio giuridico-burocratico, tecnico-algoritmico, o è strutturalmente oscura, il consenso espresso dal minore – sebbene legalmente capace – è da considerarsi non valido e il trattamento illecito.

Questo requisito spinge i titolari ad implementare un vero e proprio approccio di *privacy by design* linguistica e interattiva³³. Ciò comporta la necessità di integrare l'informativa nell'interfaccia utente (UX/UI) con elementi che ne facilitino la fruizione (come infografiche o icone) e che siano adattati al livello di maturità cognitiva media della fascia 14-18 anni.

L'onere di dimostrare l'adempimento dell'obbligo di linguaggio chiaro e semplice ricade sul titolare del trattamento in virtù del principio di *accountability* stabilito dal GDPR. L'art. 7, paragrafo 1 stabilisce che, se il trattamento si basa sul consenso, il titolare deve essere in grado di dimostrare che l'interessato lo ha prestato. Tale onere si estende oltre la mera prova formale dell'ottenimento del consenso (il *click* di accettazione) per includere la prova della sua qualità.

Il fornitore del sistema AI è il soggetto su cui grava l'onere di dimostrare che, per gli utenti minorenni (dai 14 anni in su), le informazioni e le comunicazioni sono state redatte con linguaggio particolarmente chiaro e semplice, facilmente accessibile e comprensibile dal minore. La legge italiana innalza il livello di dettaglio richiesto per questa prova, poiché non è sufficiente dimostrare "cosa" è stato comunicato, ma è necessario dimostrare "come" è stato comunicato e se la metodologia adottata fosse oggettivamente adeguata al *target* minorenne.

Dimostrare la chiarezza e la semplicità del linguaggio in modo oggettivo richiede l'adozione di rigorosi strumenti di documentazione e audit interni. Di conseguenza i DPO dovranno integrare nei loro processi di *Privacy Impact Assessment* (PIA) un'analisi specifica sulla "Comprensibilità Linguistica per i servizi AI". Gli elementi essenziali per soddisfare l'onere della prova includeranno la prova documentale dell'uso di tecniche di presentazione adeguate, come la struttura a livelli (informazioni stratificate), l'uso di elementi multimediali (video, infografiche) e la scelta di caratteri e spaziature che migliorino la leggibilità e l'accessibilità. Infine, sarà necessario il mantenimento di un registro dettagliato (ai sensi dell'art. 30 GDPR) di tutte le versioni delle informative e della documentazione di supporto, per dimostrare che la specifica informativa presentata al minore al momento dell'espressione del consenso sia conforme allo *standard* della legge³⁴.

³³ Su tale nozione, v. A. CAVOUKIAN, S. TAYLOR e M.E. ABRAMS, *Privacy by Design: essential for organizational accountability and strong business practices*, in *Identity in the Information Society*, 2010, 3, 405- 413. Cfr. L. GATT e D. BORELLI, *Privacy by Design and by Default and Data Protection Impact Assessment (DPIA)*, in *Eur. Journ. Privacy Law & Techn.*, 2019, 1, 100 ss.

³⁴ Sui rapporti tra valutazione d'impatto, tutela dei diritti fondamentali e *accountability*, v. P. PASQUALONE, *Impact Assessments and the Protection of Fundamental Rights in the Processing of Personal Data*, in *It. Law Journ.*, 2025, 2, 441 ss.



La l. 132/2025 stabilisce una chiara inversione della presunzione in tema di *compliance*, poiché in assenza di prova documentale della chiarezza oggettiva, si presume che il fornitore abbia violato la legge. L'obbligo probatorio così rafforzato implica che il Garante Privacy può utilizzare la mancata dimostrazione di un linguaggio oggettivamente chiaro e misurabile come strumento primario per contestare l'illiceità del trattamento in caso di indagine. La sanzione può derivare non solo dall'aver trattato dati in modo non trasparente, ma dal non aver documentato che il linguaggio fosse conforme allo *standard* elevato richiesto per il minore, rappresentando una violazione di *accountability* aggravata dal *target* vulnerabile.

Il mancato adempimento della prescrizione rafforzata di chiarezza invalida il fondamento stesso del trattamento. Di conseguenza, l'attività di trattamento dei dati personali del minore da parte del sistema AI risulta illecita per violazione diretta dei principi cardine del GDPR, in particolare dei principi di trasparenza, liceità e *accountability* (art. 5 GDPR).

La ricaduta sul contratto della non conformità del trattamento alle indicate prescrizioni del GDPR può ben essere ricondotta alla nullità di protezione *ex artt. 36 e 135-octies* cod. cons.³⁵.

Tuttavia, occorre chiedersi se tale rimedio sia coerente con il quadro delineato a tutela del minore, come integrato dalla legge italiana che, rafforzando la prescrizione di chiarezza e comprensibilità, sembra consolidare e valorizzare il passaggio dal «consenso» alla «consapevolezza» quale principio italo-europeo direttamente incidente nella disciplina del contratto.

Inoltre, posto che l'obbligo di rendere l'informativa chiara e comprensibile in modo che il consenso sia consapevole *ex artt. 3 e 4* legge 132/2025, si estende anche al genitore che presta il consenso per il figlio, occorre chiedersi se, ove mancasse il consenso del genitore per l'accesso del minore di anni 14, l'annullabilità prevista dall'art. 1425 c.c. risulterebbe il rimedio più adeguato.

6. Frammentazione delle soglie anagrafiche per l'accesso dei minori ai servizi digitali.

La tutela dei minori è un asse portante del DSA, il quale prescrive, in particolare, il divieto completo di pubblicità mirata, riconoscendo che la vulnerabilità cognitiva del minore rende il consenso (anche se genitoriale) uno strumento insufficiente³⁶.

³⁵ Vedi A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, 227-228; S. PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista della Direttiva 2019/770/UE: riflessioni sugli artt. 135 octies - 135 vicies ter c.cons.*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2022, 149 ss.; ID., *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Studi senesi*, 2020, 295 ss. e in *Persona e mercato*, 2021, 31 ss; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, *passim*.

³⁶ L'innovazione più dirompente del DSA (Reg. UE 2022/2065) in materia di tutela dell'infanzia è contenuta nell' art. 28, paragrafo 2, che proibisce esplicitamente ai fornitori di piattaforme *online* di presentare pubblicità basata sulla profilazione quando sono consapevoli, con ragionevole certezza, che il destinatario del servizio è un minore. In generale, sul tema, v. G. SPOTO, *Disciplina del consenso e tutela del minore*, in S. SICA, V.

Le piattaforme accessibili ai minori (*ex art. 28 DSA*) sono obbligate ad adottare misure adeguate, tra cui la necessità di modificare i sistemi di raccomandazione per ridurre la probabilità che i minori entrino in contatto con contenuti dannosi. Specifiche raccomandazioni tecniche indirizzano le piattaforme a dare priorità ai segnali espliciti forniti dai minori (come le impostazioni dirette) rispetto ai segnali comportamentali (profilazione implicita). Inoltre, le linee guida per l'attuazione dell'art. 28 del DSA (che richiede "misure adeguate e proporzionate") impongono di disabilitare di default le funzionalità di progettazione più avvincenti (*Addiction by Design*), come lo scorrimento infinito, la riproduzione automatica e le *push notifications*.

Per le piattaforme di dimensioni molto grandi (VLOP), il DSA impone l'obbligo di analizzare e mitigare i "rischi sistemici". L'art. 34, par. 1, lettera d), cita come categoria di rischio la manipolazione intenzionale del servizio con effetti negativi sulla tutela della salute pubblica e dei minori e le gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona³⁷.

L'intervento normativo va oltre la mera gestione dei contenuti illegali, riconoscendo esplicitamente il *danno alla salute mentale e psicofisica* derivante dall'uso eccessivo della piattaforma, elevando così la progettazione dell'interfaccia a un requisito di *compliance* legale³⁸. Si intende impedire che la mancanza di alfabetizzazione commerciale dei bambini sia sfruttata, proteggendoli da pratiche che possono portare a spese indesiderate o comportamenti di dipendenza, come l'uso di *loot box* o determinate valute virtuali.

In questo contesto, la Proposta di Legge n. 1136 (DDL 1136)³⁹ rappresenta un significativo intervento che si concentra sull'accesso ai servizi di *social media* e sulla regolamentazione dei *baby influencer*. Un elemento centrale è la disciplina della validità dei contratti per i servizi della società dell'informazione ad alto rischio. L'art. 3 stabilisce che i contratti relativi ad *account* creati e detenuti da minori di età non superiore a 15 anni sono da

D'ANTONIO e G.M. RICCIO, (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano, 2016, 111 ss.

³⁷ Il riconoscimento del danno alla salute è diventato centrale nelle recenti azioni di controllo della Commissione Europea. Ad esempio, nel procedimento contro TikTok, l'accusa preliminare riguarda proprio la violazione del DSA attraverso un *design* studiato per creare dipendenza (scorrimento infinito, notifiche *push* costanti), che ignorerebbe i rischi per la salute fisica e mentale dei minori, influenzando negativamente il loro sviluppo cognitivo. In tema, v. F. GALLI, *La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2022, 3, 919 ss.; S. M. LENER, *Piattaforme, inferenze e profilazione. Il quadro normativo della pubblicità mirata alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2025, 1, 129 ss.

³⁸ Il Considerando 81 stabilisce esplicitamente che le piattaforme devono valutare se i minori possano imbattersi in contenuti che possano nuocere alla loro salute o al loro sviluppo fisico, mentale e morale. Specifica, inoltre, che i rischi possono derivare dalla progettazione di interfacce che sfruttano l'inesperienza dei minori o causano comportamenti di dipendenza. Il considerando 83 si focalizza sui rischi derivanti dalla progettazione del servizio (come il design additivo), riconoscendo che tecniche volte a massimizzare l'ingaggio possono avere effetti negativi sulla salute mentale e causare un uso compulsivo. Vedi sul tema, A. GORGONI, *Protezione, educazione e recupero del minore nello spazio digitale*, in *Pers. merc.*, 2025, 4, 1151 ss.

³⁹ DDL S. 1136, recante "Disposizioni per la tutela dei minori nella dimensione digitale", presentato in data 13 maggio 2024 e attualmente in corso di esame in commissione.



considerarsi nulli in assenza di consenso o autorizzazione del titolare della responsabilità genitoriale. L'innalzamento della soglia di validità contrattuale a 15 anni costituisce un disallineamento rispetto alla soglia di consenso digitale di 14 anni. Con questa misura, il legislatore esprime una valutazione implicita dell'inadeguatezza della *capacitas iudicandi* sotto i 15 anni per la gestione di atti negoziali dal decisivo impatto sull'identità del minore e sul profilo economico, avvicinandosi allo spirito della Risoluzione del Parlamento europeo.

7. Verso una "emancipazione digitale".

Nell'ambiente digitale emerge chiaramente l'inadeguatezza della tradizionale distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione. Un *post* sui *social* o la condivisione di una immagine possono apparire come atti di ordinaria amministrazione, ma le loro conseguenze in termini di indicizzazione permanente e danno reputazionale li rendono atti di straordinaria amministrazione per i loro effetti irreversibili.

La pluralità di soglie anagrafiche evidenzia altresì la necessità di un modello di capacità elastica e funzionale⁴⁰.

L'utilizzo della capacità di agire come criterio di proporzionalità regolatoria sposta il *focus* dall'essere soggetto di diritto alla facoltà di compiere atti validi, emancipando di fatto il minore⁴¹. Per modulare la capacità di discernimento *on line* del minore senza soffocarne lo sviluppo, si potrebbe rileggere l'istituto della emancipazione in chiave digitale (emancipazione digitale). Tale istituto potrebbe offrire la sponda per garantire l'esercizio in autonomia di specifici diritti, riservandone altri al controllo del genitore.

L'emancipazione digitale, mutuando dall'art. 390 c.c. la logica della capacità assistita, si sgancerebbe dai presupposti matrimoniali per essere condizionata al superamento di percorsi certificati di *digital literacy*⁴². L'obiettivo dell'emancipazione digitale sarebbe consentire l'autonoma gestione degli Atti di Ordinaria Amministrazione Digitale, come l'iscrizione a servizi base, senza il costante coinvolgimento genitoriale. Il Curatore Digitale (normalmente il genitore formato) assisterebbe il minore negli Atti di Straordinaria Amministrazione Digitale. Estendendo il concetto di straordi-

⁴⁰ R. SENIGAGLIA, *Minore d'età e contratto*, cit., spec., 54 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Teoria della capacità e tutela della persona umana. Per una nuova dogmatica minorile*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, 325 ss.; sulla scia di P. PERLINGIERI, *Sui rapporti personali nella famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 1979, 1253 ss. ora in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 467 ss. vedi anche P. STANZIONE, *Potestà dei genitori e diritti fondamentali del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 446 ss.

⁴¹ Sul superamento della rigida ed omologante concezione degli incapaci e su una nozione relativa di capacità: P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit., 137 ss. Su questa scia: P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975. Sull'autonomia del minore necessaria per poter svolgere la sua personalità: M.C. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica*, I, *I soggetti*, Milano, 1978, 214 ss.

⁴² Sul valore della *digital literacy* quale percorso di formazione all'esercizio consapevole, critico ed eticamente responsabile della cittadinanza digitale, C. COSTA, e M. OLIVER, *Young people and digital literacy learning: co-producing critical citizenship practices*, in *Pedagogy, Culture & Society*, 2025, 1-20.

naria amministrazione oltre la sfera patrimoniale, includendo il rischio reputazionale e quello allo sviluppo sano e libero della personalità, si supera l'incompatibilità dello schema classico con l'ambiente digitale.

Da questa prospettiva si configurano come di straordinaria amministrazione tutti gli atti (ma non soltanto quelli) che creano: un impatto irreversibile sull'identità digitale; la compromissione del diritto all'oblio ed effetti permanenti sulla personalità; la *datafication* massiva e non necessaria; il conferimento di dati in eccesso rispetto alle finalità del servizio; la generazione di rilevanti introiti economici; l'impiego commerciale del minore (*baby influencer*) oltre specifiche soglie.

In questi casi, l'intervento del giudice tutelare diventerebbe residuale, limitato a conflitti di interessi o rischi psico-sociali gravi. Parimenti, il genitore vedrebbe recuperato il suo ruolo di responsabile dell'educazione e della formazione del figlio, perché l'emancipazione offre un addentellato per compensare la sottrazione di competenza che il riconoscimento dell'autonomia del consenso a 14 anni di fatto implica. Tale riconoscimento di autonomia comporta, infatti, la cessazione dei sistemi di controllo parentale, ma al contempo il mantenimento della responsabilità oggettiva dei genitori per il danno cagionato da fatto illecito del minore, con una prova liberatoria che, in questo contesto, risulta quasi impraticabile⁴³.

La modulazione della capacità secondo una gradualità progressivamente emancipatoria calibrata sugli atti lascerebbe al genitore una funzione di assistenza sino ai 18 anni di età del figlio. Questa visione trasformerebbe il ruolo del genitore da *controllore* a *facilitatore* dello sviluppo digitale, in linea con quanto raccomandato dall'Autorità garante per l'Infanzia in merito alla necessità di promuovere percorsi di *digital literacy* per l'intero nucleo familiare⁴⁴, riallineando la responsabilità genitoriale alla corrispondente funzione educativa.

8. L'efficacia del quadro normativo: la verifica tecnica dell'età.

L'efficacia del quadro normativo dipende in gran parte dalla capacità tecnica dei titolari del trattamento di verificare l'età⁴⁵.

La Delibera AGCOM n. 96/25/CONS stabilisce un quadro tecnico rigoroso per l'accertamento della maggiore età degli utenti (*Age Assurance*), in

⁴³ Sul punto, G. CARAPEZZA FIGLIA, N. CIPRIANI, G. FREZZA, G. PERLINGIERI, P. VIRGADAMO e I. ZINGALES, *Illeciti e rimedi civili nei rapporti familiari*, in ID., *Manuale di diritto di famiglia*, Napoli, 2^a ed., Napoli, 2024, 285 ss. Sul contenuto e l'ampiezza dell'onere probatorio, v. Cass., 10.9.2019, n. 22541, in *Resp. civ. prev.* 2020, 2, 505; Cass., 18.11.2014, n. 24475, in *Dir. e Giust.* 19.11.2014.

⁴⁴ A. CORDIANO, *Cyberbullismo e responsabilità civile (ovvero «come abbiamo smesso di vivere il reale»)*, in *Corti fiorentine*, 2025, 1-3, 57 ss. Vedi, sul punto il recente schema di decreto legislativo attuativo della legge italiana sull'AI (132/2025) alle disposizioni del Regolamento UE 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 in materia di poteri delle autorità nazionali e di utilizzo dell'intelligenza artificiale nella formazione.

⁴⁵ Sull'analisi degli strumenti esistenti a tale scopo, v. S. TROZZI, *La tutela dei minori nel prisma della protezione dei dati personali. I sistemi di verifica dell'età tra personalismo ed esigenze di bilanciamento fra diritti*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2024, 2, 39 ss.



attuazione del “Decreto Caivano” (L. 159/2023). L’obiettivo fondamentale è impedire l’accesso dei minori (soglia di 18 anni) innanzitutto a contenuti a carattere pornografico *online*⁴⁶.

La delibera AGCOM impone che i sistemi di *Age Verification* garantiscano un meccanismo di doppio anonimato volto a risolvere il potenziale conflitto tra la necessità di protezione e il diritto alla riservatezza.

Il doppio anonimato prevede due livelli di segregazione dei dati:

1. Il fornitore del servizio di verifica (*Identity Provider*) non deve sapere a quale specifico sito *web* o piattaforma l’utente sta accedendo.

2. La prova della maggiore età fornita al sito *web* (*Service Provider*) non deve contenere dati identificativi dell’utente.

Inoltre, è richiesto che i dati personali raccolti o generati nell’attuazione degli obblighi relativi alla verifica dell’età non siano trattati per scopi commerciali, come *marketing* diretto, profilazione o pubblicità comportamentale mirata. Tale divieto impone la separazione netta tra i dati di autenticazione dell’età e i dati di *business intelligence*. Il doppio anonimato e la segregazione dei dati creano un muro normativo e tecnico tra le informazioni di identità anagrafica del minore e gli interessi di profitto della piattaforma, impedendo la mercificazione di tali dati sensibili⁴⁷. L’utilizzo di un intermediario indipendente e certificato per la fornitura della “prova della maggiore età” garantisce che questi requisiti di *privacy* siano rispettati.

È emersa, tuttavia, la criticità legata all’uso delle VPN che permettono di aggirare facilmente le restrizioni connettendosi a server esteri non soggetti alla giurisdizione italiana⁴⁸. Per ovviare a questo problema, la Commissione Europea ha iniziato a pilotare una soluzione di verifica dell’età interoperabile a livello UE, basata sul prototipo di un’app di *Age Verification* che è stata testata da Italia, Francia, Spagna, Grecia e Danimarca⁴⁹.

La prospettiva futura è l’integrazione sistematica della verifica dell’età all’interno del portafoglio di identità digitale europeo (*EUDI Wallet*). Questo strumento consentirebbe di scambiare attributi minimi certificati (come

⁴⁶ Delibera 96/25/CONS recante “Adozione delle modalità tecniche e di processo per l’accertamento della maggiore età degli utenti”, in attuazione della legge 13 novembre 2023, n. 159, disponibile su www.agcom.it/provvedimenti/delibera-96-25-cons.

⁴⁷ Sul valore economico dei dati personali e sui rischi connessi alla loro mercificazione nel contesto delle piattaforme digitali, V. RICCIUTO, *Circolazione e scambio dei dati personali. Il problema della regolazione del nuovo fenomeno patrimoniale*, in *Riv. dir. impr.*, 2021, 261 ss.; ID., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in ID., V. CUFFARO e R. D’ORAZIO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 23 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, *ivi*, 1381 ss.; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020.

⁴⁸ Cfr. *Tutela dei minori e verifica dell’età: Agcom adotta i primi ordini di blocco di siti pornografici inadempienti*, in www.agcom.it/comunicazioni/comunicati-stampa.

⁴⁹ Cfr. “Commission makes available an age-verification blueprint”, 14 luglio 2025, notizia disponibile su: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-makes-available-age-verification-blueprint>.

il superamento della soglia dei 18 anni) in modo sicuro e transfrontaliero, riducendo la necessità per le piattaforme di raccogliere dati eccessivi⁵⁰.

A tal proposito, il DDL 1136 italiano prevede che, entro il 30 giugno 2026, sia reso disponibile un mini-portafoglio nazionale per la verifica dell'età degli utenti dei *social network*, anticipando la piena attuazione del sistema europeo⁵¹.

9. L'evoluzione della *governance* digitale dell'Unione Europea: il pacchetto “Digital omnibus”.

L'effettività della tutela dei minori dipende in larga misura dalla evoluzione della *governance* digitale dell'Unione Europea, non sempre coerente con i valori che ne stanno alla base. Il “Digital Omnibus Package”, con l'obiettivo di semplificare il quadro normativo, ridurre gli oneri burocratici e stimolare la competitività tecnologica europea, inaugura una fase di ricalibrazione strutturale che solleva interrogativi profondi sulla tenuta dei diritti fondamentali.

L'intersezione tra le modifiche al Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) e alla Legge sui Dati (*Data Act*), contenute nella proposta 837, e i “raffinamenti” alla Legge sull'Intelligenza Artificiale (*AI Act*), introdotti dal *Digital Omnibus on AI*, ormai sostanzialmente approvato⁵², crea un nuovo sistema normativo in cui la tutela del minore finisce per dipendere dalle capacità tecniche dei titolari del trattamento e dalle dinamiche di mercato⁵³.

⁵⁰ Commissione europea, Blueprint for an Age Verification Solution to Help Protect Minors Online, 2025, disponibile su <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/factpages/blueprint-age-verification-solution-help-protect-minors-online>.

⁵¹ DDL S. 1136, recante “Disposizioni per la tutela dei minori nella dimensione digitale”, cit., spec. art. 2 (rubricato “Disposizioni per l'accesso di minori ai servizi di media sociale e alle piattaforme di condivisione di video”), comma 2: «Nelle more dell'adozione di ragionevoli misure tecniche uniformi europee, i fornitori di servizi di *social network online* e di piattaforme di condivisione di video verificano l'età degli utenti mediante un mini-portafoglio nazionale che attua la soluzione dell'Unione europea di verifica dell'età, tenendo conto delle modalità stabilite dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Il mini-portafoglio è reso disponibile entro il 30 giugno 2026».

⁵² Si segnala che, con riferimento al c.d. *Digital Omnibus on AI* (COM(2025) 836 final), a seguito dell'accordo politico provvisorio raggiunto nell'ambito del trilogio tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione europea il 6 maggio 2026, successivamente formalizzato nel documento del Consiglio ST 9247/2026 del 13 maggio 2026 (disponibile all'indirizzo: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9247-2026-INIT/en/pdf>), il Parlamento europeo ha approvato il testo e il Consiglio ha successivamente adottato l'atto, firmato dai Presidenti delle due istituzioni l'8 luglio 2026 (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=consil:PE_30_2026_INIT). Alla data di chiusura del presente lavoro, si è in attesa della pubblicazione dell'atto nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Di contro, la proposta COM(2025) 837 final concernente la revisione del c.d. *data acquis* è invece tuttora all'esame delle istituzioni europee.

⁵³ I. GARACI, *La responsabilità genitoriale nella complessità dell'ecosistema digitale. Riflessioni alla luce della legge n. 132/2025 sull'intelligenza artificiale*, in *Dir. Internet*, 2026, 1,37 ss.

La modifica più radicale introdotta dalla proposta 837 riguarda l'emendamento dell'art. 4 del GDPR relativo alla definizione di "dato personale". La proposta introduce un approccio "relativo" all'identificabilità, stabilendo che un'informazione non sia necessariamente un dato personale per ogni entità, ma solo per quella che dispone di mezzi "ragionevolmente probabili" per identificare la persona fisica. Questo cambiamento creerebbe una zona d'ombra normativa assai pericolosa: le aziende che operano in ambiti come l'*EdTech* o il *gaming* potrebbero sostenere che i dati raccolti (biometria latente, stili di interazione, preferenze di apprendimento), se trattati in forma pseudonimizzata, non costituiscano dati personali.

La proposta n. 837 stabilisce il "legittimo interesse" come base giuridica per lo sviluppo e l'addestramento di sistemi di intelligenza artificiale. La struttura operativa della norma sposta l'onere della prova dal fornitore all'individuo, passando da un modello di consenso preventivo (*opt-in*) a uno di opposizione (*opt-out*) di difficile gestione per il minore⁵⁴.

La proposta permette, inoltre, il trattamento di dati sensibili "residui" (come l'origine etnica o l'orientamento sessuale presenti nei post sui social media) se la loro rimozione richiederebbe uno "sforzo sproporzionato"⁵⁵. Ciò significa che frammenti dell'identità digitale del minore potrebbero rimanere permanentemente codificati all'interno di modelli di IA, esponendolo a rischi di discriminazione algoritmica a lungo termine senza che i genitori abbiano avuto la possibilità di esprimere un consenso informato.

Una modifica particolarmente discussa riguardava l'art. 4 dell'*AI Act* relativo all'alfabetizzazione sull'IA. La proposta n. 836 della Commissione aveva infatti sostanzialmente sostituito l'originario obbligo gravante su fornitori e *deployer* con un'attività di "incoraggiamento" affidata alla Commissione e agli Stati membri. Il testo successivamente approvato dai colegislatori ha successivamente corretto tale impostazione, reintroducendo un obbligo in capo a fornitori e *deployer*, seppur in forma attenuata: non più quello di garantire un livello sufficiente di *AI literacy*, ma soltanto di adottare misure volte a sostenerne lo sviluppo, precisando ulteriormente che non esiste alcun obbligo di garantire un determinato livello di alfabetizzazione per ogni singolo individuo⁵⁶.

In contesti educativi, dove l'IA viene utilizzata per valutare gli studenti o personalizzare i percorsi didattici, permane il rischio che un obbligo di *AI literacy* meno incisivo o mirato si traduca in una preparazione non uniforme

⁵⁴ Cfr. anche Considerando 31, che menziona il «diritto incondizionato di opporsi al trattamento dei loro dati personali».

⁵⁵ Cfr. Considerando 33 e art. 3 punto 6 della proposta n. 837. L'articolo citato prevede una modifica all'art. 13 del GDPR con l'aggiunta del par. 5.

⁵⁶ Cfr. art. 1 Reg. *Omnibus* digitale sull'IA, punto 5): Articolo 4. Alfabetizzazione in materia di IA: «I fornitori e i *deployer* di sistemi di IA adottano misure volte a sostenere lo sviluppo dell'alfabetizzazione in materia di IA del loro personale nonché di qualsiasi altra persona che si occupa del funzionamento e dell'utilizzo dei sistemi di IA per loro conto, prendendo in considerazione le loro conoscenze tecniche, la loro esperienza, istruzione e formazione, nonché il contesto in cui i sistemi di IA devono essere utilizzati, e tenendo conto delle persone o dei gruppi di persone su cui i sistemi di IA devono essere utilizzati. Tale obbligo non impone ai fornitori o ai *deployer* di garantire un livello specifico di alfabetizzazione in materia di IA per alcuna persona» (corsivi aggiunti). Il testo in italiano è reperibile su <https://data.council.europa.eu/doc/document/PE-30-2026-INIT/it/pdf>.

del personale scolastico. Ciò potrebbe favorire un affidamento eccessivo a sistemi di IA non pienamente compresi, indebolendo l'effettività della supervisione umana e, indirettamente, lo sviluppo del pensiero critico degli studenti⁵⁷.

Va, invece, valutata positivamente la scelta di non confermare l'esonero dalla registrazione per i fornitori che, pur rientrando nelle categorie sensibili dell'Allegato III (quali l'istruzione), ritengano autonomamente che il proprio sistema non presenti rischi significativi *ex art. 6, par. 3*. Tale modifica era stata inizialmente prospettata dalla proposta n. 836 mediante la soppressione di un inciso dell'art. 6, par. 4, e dell'art. 49, par. 2⁵⁸. Il testo approvato ha, invece, mantenuto l'obbligo di registrazione, limitandosi a semplificare le informazioni da comunicare mediante la modifica della sezione B dell'Allegato VIII (cfr. Considerando 22).

Il mantenimento dell'obbligo di registrazione lascia pertanto invariato il sistema di trasparenza previsto dall'*AI Act* e consente a cittadini, ricercatori, autorità di controllo e società civile di conoscere l'esistenza e l'impiego di sistemi di IA in settori particolarmente sensibili. La permanenza della registrazione nel *database* europeo preserva inoltre importanti forme di tracciabilità e scrutinio esterno, riducendo il rischio che valutazioni effettuate unilateralmente dai fornitori sottraggano tali sistemi a un adeguato controllo pubblico.

Con riferimento alla tempistica applicativa, è stato invece confermato il differimento dell'entrata in vigore degli obblighi per i sistemi ad alto rischio, in seguito alla modifica dell'art. 113 par. 3 lett. c). Di conseguenza, l'applicazione delle norme per i sistemi educativi sarà posticipata fino al 2 dicembre 2027, e per i prodotti come i giocattoli intelligenti fino al 2 agosto 2028⁵⁹.

Il ritardo creerà un vuoto di tutela proprio in una fase di espansione massiccia dell'AI generativa, durante il quale i minori continueranno a interagire con sistemi non certificati che potrebbero mancare dei requisiti minimi di robustezza, accuratezza e supervisione umana. Particolarmente grave è, per l'effetto, il rinvio degli obblighi di trasparenza anche per i contenuti manipolati (*Deepfake*), previsto dall'art. 50(2)⁶⁰ tramite l'introduzione del nuovo par. 4 all'art. 111.

⁵⁷ Tuttavia, lo schema di decreto legislativo attuativo della legge italiana sull'AI (132/2025) alle disposizioni del Regolamento UE 2024/1689 del parlamento europeo e del consiglio del 13 giugno 2024 in materia di poteri delle autorità nazionali e di utilizzo dell'intelligenza artificiale nella formazione prevede nel Capo III disposizioni mostrano una effettiva consapevolezza della emergenza educativa e formativa di studenti, docenti, professionisti, P.A. e adulti.

⁵⁸ Cfr. punti 6) e 14) della proposta originaria della Commissione europea n. 836.

⁵⁹ Cfr. art. 1 Reg. *Omnibus* digitale sull'IA, cit., punto 40 lett. b), Articolo 113, par. 3, lett. c): «il capo III, [...] si applica a decorrere dal: i) 2 dicembre 2027 per quanto riguarda i sistemi di IA classificati come ad alto rischio ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, e dell'allegato III; e ii) 2 agosto 2028 per quanto riguarda i sistemi di IA classificati come ad alto rischio ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, e dell'allegato IX. (corsivi aggiunti).

⁶⁰ Sebbene si sia anticipato il termine per la conformità nel testo di compromesso, passando dal 2 febbraio 2027 al 2 dicembre 2026. Cfr. art. 1 Reg. *Omnibus* digitale sull'IA, cit., punto 39 lett. b). In un contesto in cui il *cyberbullismo* basato sulla creazione di immagini sessualmente esplicite generate dall'IA è in aumento, posticipare gli strumenti di rilevamento e



La proposta 837 interviene anche sul *Data Act*, restringendo drasticamente le condizioni per l'accesso ai dati da parte del settore pubblico (B2G). Se il quadro originario permette tale accesso in caso di "eccezionale necessità" per compiti di interesse pubblico, la nuova versione, attraverso l'introduzione del nuovo art. 15 *bis*, limita tale possibilità alle sole "emergenze pubbliche" catastrofiche⁶¹.

Limitando l'accesso ai soli casi di emergenza immediata, si perderebbe la capacità di prevenzione e di definizione di politiche basate sull'evidenza per proteggere il benessere psicofisico delle nuove generazioni.

Il *Digital Omnibus* mira a risolvere la cosiddetta "*cookie fatigue*" attraverso eccezioni al consenso per finalità a "basso rischio", come la misurazione dell'*audience*. Tuttavia, la proposta n. 837 permetterebbe un tracciamento continuo all'interno di ecosistemi di siti appartenenti allo stesso proprietario senza che i genitori possano intervenire tramite i *banner* di consenso⁶².

Sebbene i dati non debbano essere condivisi con terzi, le grandi piattaforme possono costruire profili comportamentali estremamente dettagliati dei minori utilizzando queste metriche come base per il proprio *profiling* interno, eludendo la necessità di una scelta attiva. Inoltre, l'esenzione concessa ai "fornitori di servizi mediatici" dall'obbligo di rispettare i segnali automatici di scelta dell'utente costringe i minori a interagire con *banner* complessi, spesso progettati con *dark patterns* per indurre al consenso forzato, ignorando le impostazioni di *privacy* del *browser* o del dispositivo⁶³.

Una ulteriore novità rilevante di COM(2025) 836, confermata anche nel testo adottato, è l'estensione delle agevolazioni previste per le PMI anche alle cosiddette "Small Mid-Caps" (SMC), imprese con meno di 750 dipendenti. Queste aziende potranno fornire documentazione tecnica semplificata e saranno soggette a sanzioni proporzionate alla loro vitalità economica⁶⁴.

marcatura lascia le vittime minorenni prive di strumenti di difesa essenziali. In dottrina si veda: A. CORDIANO, *op. cit.*, 57 ss., ma già EAD., *Cyberbullismo e maleducazione digitale: la legge n. 71 del 2017 tra nuove politiche rieducative e strumenti tradizionali*, in *Foro nap.*, 2021, 41 ss.

⁶¹ Anche l'EDPB e il GEPD, nel *Joint Opinion* 2026, 1, cit., 35, hanno evidenziato alcune criticità della proposta, sottolineando in particolare l'assenza di una motivazione adeguata a sostegno della modifica e la mancata indicazione di esempi concreti nei quali l'accesso a dati personali non pseudonimizzati risulterebbe necessario per rispondere a un'emergenza pubblica in modo tempestivo ed efficace.

⁶² V. Proposta COM(2025) 837, cit., spec. 15, ove si richiama la «stanchezza da consenso»; per il trattamento senza consenso, v. 8: «Le modifiche proposte prevedono inoltre determinate finalità per le quali non dovrebbe essere necessario ottenere il consenso e il successivo trattamento dovrebbe essere considerato lecito, in particolare se presentano un rischio limitato per i diritti e le libertà degli interessati o se l'inserimento di tali tecnologie è necessario per la fornitura di un servizio richiesto dall'interessato», e 17.

⁶³ Vedi C. PERLINGIERI, *Libertà di espressione e di informazione nella comunicazione digitale*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, 494 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Diritto 4.0: criticità, soluzioni e prospettive dell'intelligenza artificiale*, Napoli, 2026, 50 ss.; N. CIPRIANI e G. PERLINGIERI (a cura di), *La tutela dei minori*, in *Le tutele dei minori*, I, diretto da R. Tiscini, Napoli, 2026, 227 ss.

⁶⁴ Cfr. art. 1 Reg. *Omnibus* digitale sull'IA, cit., punto 1 (modifica dell'art. 1(2), lett. g)); punto 10 (modifica dell'art. 11(1)); punto 11 (modifica dell'art. 17(2)); punto 38 (modifica dell'art. 99).

Tuttavia, la dimensione di un'azienda non è un indicatore della pericolosità del sistema di AI prodotto. Un'impresa di medie dimensioni che sviluppa *software* per il monitoraggio biometrico nelle carceri minorili o per l'assegnazione automatica dei voti nelle scuole può causare danni sistemici ai diritti dei minori tanto quanto una *Big Tech*.

Il pacchetto *Omnibus* propone, infine, una centralizzazione della supervisione che sposta l'asse dalle autorità nazionali verso organi dell'Unione. L'*AI Office* della Commissione diventerà l'unico supervisore per i sistemi basati su modelli GPAI e per quelli integrati nelle grandi piattaforme online (VLOP) come *TikTok* o *YouTube*. Parallelamente, l'ENISA svilupperà un "punto di ingresso unico" per la segnalazione di violazioni di dati ai sensi di molteplici regolamenti (GDPR, NIS2, DORA)⁶⁵.

Sebbene la centralizzazione miri a garantire coerenza, si intravede il rischio che le violazioni dei dati dei minori vengano trattate come puri incidenti tecnici di *cybersecurity*, ignorando l'impatto granulare sui diritti umani. Le autorità nazionali per la protezione dei minori o della *privacy* potrebbero ricevere informazioni filtrate o ritardate dall'*AI Office* o dall'ENISA, compromettendo la loro capacità di intervenire tempestivamente a tutela dell'identità digitale dei bambini coinvolti in fughe di dati o manipolazioni algoritmiche⁶⁶.

10. Invalidità del consenso per mancanza di consapevolezza: effetti sul contratto.

Nonostante il panorama normativo delineato sia non soltanto complesso ma anche in continua evoluzione, la legge italiana presenta una carica valoriale che contribuisce significativamente al dibattito sugli effetti dell'invalidità del consenso al trattamento dei dati sul contratto.

Acquisita la natura contrattuale dei rapporti tra piattaforme e utenti⁶⁷, nonché il riconoscimento dell'autonomia progressiva che deve investire an-

⁶⁵ L'ENISA riceve un nuovo ruolo attraverso l'articolo 6 della proposta n. 837, che modifica la direttiva NIS 2 introducendo il nuovo art. 23 *bis* ("Punto di accesso unico per la segnalazione di incidenti"). In base a questa disposizione: «L'ENISA istituisce e mantiene un punto di accesso unico con l'obiettivo di sostenere il rispetto dell'obbligo di segnalare incidenti ed eventi correlati» La Relazione illustrativa spiega poi la *ratio* della misura: «I punti 1) e 2) istituiscono il punto di accesso unico per la segnalazione degli incidenti, includendo obblighi specifici per l'ENISA. È inoltre stabilito che la segnalazione degli incidenti prevista dalla direttiva NIS 2 dovrebbe avvenire attraverso il nuovo punto di accesso unico» (24 ss.).

⁶⁶ Su questi profili, M. FOGLIA, *Identità digitale, trattamento dei dati e tutela della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 80 ss., nonché con specifico riguardo ai minori, E. ADAMO, *L'identità del minorenne nella rete tra istanze di protezione e prospettive rimediali*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, 4, 1677 ss.

⁶⁷ P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, 481 ss.; V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona vs Dato personale*, Napoli, 2022, spec. 139 ss.; R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto*, cit., 117 ss. si veda altresì C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, *passim*; G. CAPILLI, *La tutela dei dati personali dei minori*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d. lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*,



che gli atti patrimoniali quando il minore è munito di discernimento (specialmente per contratti identitari o della vita corrente)⁶⁸, occorre fare i conti sia con le specifiche insidie dell'ambiente digitale sia con l'architettura dei rimedi civili nel sistema italo-europeo delle fonti⁶⁹.

La questione riguarda non soltanto la protezione dei dati personali ma investe la tenuta stessa del vincolo contrattuale, ponendo interrogativi sulla qualificazione della patologia negoziale. È chiaro che la soluzione del quesito richiede l'individuazione dell'interesse e dunque il valore da tutelare, atteso che il migliore interesse del minore è soltanto una formula che nulla dice a proposito del rimedio più adeguato da applicare⁷⁰.

Se questo problema era già stato rilevato in dottrina per la tutela del consumatore, in particolare con riferimento al *neuromarketing*⁷¹, nel contesto della tutela del minore e della legge italiana sull'AI, esso presenta profili ancora più delicati e meno esplorati.

Scritti in memoria di S. Rodotà, Milano, 2019, 253; EAD., *Minori in rete tra consenso e verifica dell'età. Analisi comparata e proposte di adeguamento al GDPR*, in *MediaLaws*, 2024, 1, 53 ss.; A. ASTONE, *I dati personali dei minori in rete. Dall'internet delle persone all'internet delle cose*, Milano, 2019, 25 ss.; EAD., *L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, 614 ss.

⁶⁸ R. SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., 75 ss. V. anche D. DI SABATO, *Le relazioni economiche del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 700 ss.

⁶⁹ A. MANIACI, *Dalle nullità speciali domestiche alle nullità di protezione europee, e ritorno*, in *Pers. merc.*, 2025, 4, 1193 ss.

⁷⁰ P. PERLINGIERI, *Il giusto rimedio nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 1 ss.; G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 2, Editoriale. L'evoluzione del quadro normativo arricchito dal principio del *best interest of the child* risulta in sintonia con la revisione interpretativa della teoria della capacità nel segno dell'argomento costituzionale: G. CARAPEZZA FIGLIA, *Autonomia progressiva e costituzionalizzazione del diritto dell'infanzia e dell'adolescenza*, in *Dir. fam. pers.*, 2025, 2, 600 ss.; N. CIPRIANI, *The best interest of the child*, in ID. e G. PERLINGIERI (a cura di), *I minori e la famiglia*, in *Le tutele dei minori*, I, diretto da R. Tiscini, Napoli, 2026, 357 ss.

⁷¹ In dottrina sul punto vedi S. ORLANDO (a cura di), *Profili giuridici del neuromarketing. Annuario 2023-2024 OGID Osservatorio Giuridico sull'Innovazione Digitale*, Roma, 2025; B. PARENZO, *"Neuromarketing": un inventario di (spuntati) divieti contro il pericolo di una scelta manipolata*, in *Pers. Merc.*, 2024, 2, 539 ss.; L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018, 75 ss. e anche A. PANICHELLA, *La tutela del consumatore alla sfida del neuromarketing*, in *Federalismi*, 2024, 6, 223 ss.; ID., *Neuromarketing: ponderazione del consenso e "giusto rimedio" contrattuale*, in *Tecn. dir.*, 2025, 2, 389 ss.; Cfr. D. RUSSO, *Pubblicità ad personam, neuromarketing e tutela del consentire*, in *Tecn. dir.*, 2025, 1, 152 ss. il quale nel contesto dell'indebito condizionamento (vedi artt. 24 e 27 cod. cons.) della pubblicità digitale riserva interessanti considerazioni sugli effetti della manipolazione sul consenso nella prospettiva rimediaria. L'A. rileva condivisibilmente che il vizio del consenso derivato dalla manipolazione del pensiero si colloca spesso più a monte dell'errore, corrispondendo talvolta ad un difetto di ponderazione che può dare luogo a nullità, anche se nei casi più gravi si colloca nella genesi dell'autodeterminazione la quale viene indebitamente indotta. Nella letteratura specialistica di psicologia del lavoro e delle organizzazioni si veda: P. BENEVEVE, *Neuromarketing, processi decisionali e bias cognitivi*, in A. ALPINI, T. FEBBRAJO e B. MARUCCI (a cura di), *op. cit.*, 95 ss.

Per comprendere come l'informativa carente si traduca in una patologia contrattuale è necessario sottolineare il cambiamento di paradigma avvenuto nel passaggio dalla Direttiva 95/46/CE al GDPR, e poi all'*AI Act*.

Per decenni, il consenso è stato interpretato come il pilastro centrale della protezione dei dati, espressione pura della volontà e dell'autonomia decisionale dell'individuo. In tale ottica, l'informativa serviva a garantire l'esercizio del diritto di autodeterminazione, permettendo al soggetto di decidere se e come i propri dati potessero circolare.

Con l'avvento dei *social network* e dei sistemi di intelligenza artificiale, il legislatore ha dovuto prendere atto dell'insufficienza di un modello basato esclusivamente sul consenso, spesso rilasciato in modo automatico o sotto il peso di asimmetrie informative e cognitive insuperabili⁷². Il GDPR ha, quindi, introdotto il principio di *accountability* e obblighi di trasparenza più stringenti, mentre l'*AI Act* ha adottato un approccio basato sul rischio, categorizzando i sistemi di AI in base al loro potenziale impatto sui diritti fondamentali.

In questo contesto, l'informativa diviene uno strumento di bilanciamento del potere contrattuale, l'assenza o incompletezza del quale mina la possibilità stessa di un accordo.

Il GDPR stabilisce che il consenso debba essere libero, specifico, informato e inequivocabile per essere considerato una valida base giuridica del trattamento. L'*AI Act* eleva questo *standard* introducendo il concetto di spiegabilità e trasparenza tecnica per i sistemi ad alto rischio. L'informativa deve coprire non solo le finalità del trattamento dei dati, ma anche la logica di funzionamento dell'algoritmo, i parametri utilizzati e le modalità con cui l'*output* influenza le decisioni che riguardano l'interessato⁷³.

La carenza di tali informazioni determina un "inquinamento" del processo formativo della volontà. Se l'utente non è posto in condizione di comprendere il funzionamento del sistema, il suo consenso non può essere considerato informato, rendendo il trattamento dei dati illecito.

Tuttavia, il problema risiede nel determinare se tale illiceità travolga o no l'intero contratto.

Il GDPR mira a tutelare l'autodeterminazione dell'interessato, considerato la parte "debole" del rapporto. Secondo la previsione dell'art. 7, par. 2 del GDPR, le clausole che violano il regolamento non sono vincolanti, sì che questo si traduce in una nullità parziale che colpisce la singola clausola o il

⁷² C. PERLINGIERI, *Profili civilistici*, cit., 13 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1381 ss. Cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione dei dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 499 ss.; S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, 19 ss.

⁷³ Su questi profili, di recente A. ALPINI e P. SERNANI, *La «spiegabilità algoritmica» e il «danno ermeneutico»*, in *Tecn. Dir.*, 2026, 1, 1 ss. V. anche S. PAGLIANTINI, "Cognitive sovereignty", diritti digitali e "due process for automated predictions": vizi e virtù di un diritto soggettivo alla spiegazione dell'algoritmo, in *Foro it.*, 2025, 4, 186 ss; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Decisioni algoritmiche tra diritto alla spiegazione e divieto di discriminare*, in *Pers. Merc.*, 2023, 4, 638 ss.



trattamento illecito, ma che, per il principio di conservazione del contratto a favore della parte protetta, non travolge l'intero accordo a meno che non sia il consumatore a richiederlo o sia funzionale al suo interesse.

Tuttavia, se la violazione riguarda norme qualificabili come imperative, in quanto poste a tutela di un interesse di ordine pubblico, può configurarsi la nullità⁷⁴. Del resto, se l'intero oggetto del contratto o la sua causa sono illeciti perché basati su uno scambio di dati ottenuto in modo totalmente coercitivo o manipolatorio (come nelle pratiche vietate dall'*AI Act* richiamate in sinergia con il GDPR), il contratto è nullo *ab origine*, l'azione è imprescrittibile e rilevabile d'ufficio senza limitazioni a favore della parte debole.

Parimenti l'articolo 5 dell'*AI Act* elenca una serie di pratiche di intelligenza artificiale radicalmente vietate nell'Unione Europea poiché contrarie ai valori fondamentali di dignità e libertà. Si tratta di sistemi volti alla manipolazione comportamentale, allo sfruttamento di vulnerabilità psicologiche, al *social scoring* o al riconoscimento delle emozioni sul posto di lavoro. In effetti, in questi casi, la nullità colpisce direttamente la causa e/o l'oggetto del contratto: se la prestazione dedotta in obbligazione consiste in un'attività illecita (come la manipolazione del comportamento tramite AI), l'intero negozio è affetto da nullità assoluta, rilevabile d'ufficio e imprescrittibile⁷⁵.

La mancanza di informativa è assorbita dalla gravità del divieto: anche in presenza di un'informativa completa, il contratto rimarrebbe nullo poiché l'oggetto è sottratto alla disponibilità delle parti. Invece, nel caso in cui il sistema di AI sia lecito ma il fornitore ometta informazioni cruciali prescritte dalla legge, riemerge la figura della nullità di protezione, estesa dalla tutela del consumatore al mercato dei dati e dell'AI, attesa la finalità, anche in questo contesto, di riequilibrare un'asimmetria informativa.

Va precisato che se i requisiti di *data governance* e tracciabilità previsti dall'*AI Act* per i sistemi ad alto rischio (artt. 10 e 12) fossero integrati nelle clausole contrattuali, la violazione di tali obblighi informativi potrebbe essere interpretata come una violazione di norme di protezione, legittimando l'utente a chiedere la nullità delle singole clausole vessatorie o dell'intero contratto se l'opacità del sistema impedisse del tutto la realizzazione dell'interesse contrattuale in modo sicuro e trasparente.

11. La consapevolezza del rischio nell'uso dell'AI come principio italo-europeo.

L'art. 3 della l. 132/2025 stabilisce i principi generali che devono informare la ricerca, la sperimentazione, lo sviluppo, l'adozione e l'applicazione

⁷⁴ G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, spec. 82 ss.

⁷⁵ S. ORLANDO, *Consensus al trattamento e liceità*, in *Pers. merc.*, 2024, 333 ss. Precisa D. RUSSO, *op. cit.*, 161 ss. che, mentre la dimensione dell'indebito condizionamento implica una volontà negoziale riferibile al contraente - dal medesimo maturata in via autonoma se pur suscettibile di condizionamento e di fatto abusivamente influenzata -, le attuali conoscenze della neuroscienza possono addirittura formare il pensiero e la stessa autodeterminazione al compimento dell'atto.

di sistemi e modelli di intelligenza artificiale⁷⁶. Questi principi non sono meri auspici etici, ma costituiscono veri e propri parametri di legalità che condizionano la validità di ogni atto derivato dall'utilizzo di tali tecnologie. La legge prescrive il rispetto rigoroso dei diritti fondamentali e delle libertà previsti dal sistema italo-europeo, ponendo l'accento sulla trasparenza, la proporzionalità, la sicurezza, la protezione dei dati personali e l'accuratezza.

L'obbligo di garantire la sorveglianza e il controllo umani (*human-in-the-loop*) implica che nessuna decisione che abbia impatti significativi sulla persona possa essere delegata interamente a un algoritmo senza una procedura di revisione umana. La violazione di questo principio generale di trasparenza e controllo umano si riverbera direttamente sulla validità del consenso: se il genitore non è informato del fatto che il sistema opera in modo autonomo o non è a conoscenza dei limiti di tale automazione, il suo consenso non può considerarsi "informato" secondo i canoni della *data protection*.

Inoltre, l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale non deve recare pregiudizio allo svolgimento con metodo democratico della vita istituzionale e politica, e deve garantire la parità di accesso senza discriminazioni⁷⁷. Anche da questa prospettiva, la protezione dei minori assume una evidente connotazione di ordine pubblico, poiché l'esposizione precoce a sistemi algoritmici non trasparenti può alterare il processo di formazione della personalità e di autodeterminazione della persona in divenire e quindi anche del futuro cittadino.

L'art. 4 della legge, rubricato "Principi in materia di informazione e di riservatezza dei dati personali", entra nel merito del rapporto tra tecnologie di AI e trattamento dei dati. Il secondo comma stabilisce in modo perentorio che l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale deve garantire il trattamento lecito, corretto e trasparente dei dati personali, in conformità al diritto dell'Unione europea, aggiungendo che le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento devono essere rese con un linguaggio "chiaro e semplice".

Nel caso del genitore che agisce per conto del minore di quattordici anni, l'obbligo di chiarezza diventa cruciale. Se l'informativa è redatta in termini eccessivamente tecnici, ambigui o se occulta la reale finalità del trattamento (ad esempio, l'utilizzo dei dati per l'addestramento di modelli generativi senza specificarlo), il presupposto della "consapevolezza" viene meno⁷⁸.

La legge specifica soglie di età precise che si coordinano con l'art. 8 del GDPR e l'art. 2-*quiquies* del Codice Privacy. L'interazione tra i due commi dell'articolo 4 evidenzia che la validità del consenso è indissolubilmente legata alla qualità dell'informativa. Se l'informativa rivolta al genitore non è chiara, il consenso prestato viola sia l'articolo 4 della legge 132/2025 (per mancata trasparenza specifica sui sistemi IA) sia il GDPR (per mancanza

⁷⁶ Vedi A. ALPINI e S. VILAR GONZALEZ, *La tutela dei minori nell'ambiente digitale: un confronto italo-spagnolo*, in *Le Corti fiorentine*, 1-3, 2025, 3 ss.

⁷⁷ Su questi temi, per tutti, v. O. POLLICINO e P. DUNN, *Intelligenza artificiale e democrazia. Opportunità e rischi di disinformazione e discriminazione*, Milano, 2024; P.F. BRESCIANI e M. PALMIRANI, *AI Act and National Parliaments: How the EU is Regulating Democracy in the Digital Era*, in *Ragion pratica*, 2025, 249 ss.

⁷⁸ Cfr. R. SENIGAGLIA, *Dimensione onlife, famiglia e incapacità dei genitori di assolvere i loro compiti*, in *Dir. succ. fam.*, 2, 2025, 511 ss.



del requisito di “consenso informato”). Ne deriva la nullità del contratto poiché entrambe le fonti pongono l'informazione come elemento costitutivo della validità del consenso, atteso che senza informazione non vi potrebbe essere consapevolezza.

A fronte di un sistema di “capacità funzionali” legate a soglie di età diversificate e soprattutto alle peculiarità dell'ambiente digitale, l'art. 1425 c.c. svolge una funzione di ultima istanza. Se un minore di 14 anni accede ad un sistema di AI mentendo sull'età (*age spoofing*) e conclude un contratto, l'annullamento potrebbe essere il rimedio più adeguato, salvo l'art. 1426 c.c. Al contrario, se il consenso del genitore è inconsapevolmente prestato a causa della mancanza di una informativa chiara sul funzionamento del sistema di AI e tale consenso risulta invalido, non si può escludere la nullità del relativo contratto. Del resto, anche nell'ipotesi di mancanza del consenso del genitore per il figlio minore di 14 anni si possono dare dei casi in cui l'annullamento del contratto non sia il rimedio che meglio tutela l'interesse del minore, considerato che si tratterebbe di salvaguardare i medesimi valori sottesi all'ipotesi in cui il minore ultra quattordicenne presta il consenso inconsapevolmente ex art. 4, l. 132/2025.

L'art. 4, comma 4 stabilisce che il minore (14-18 anni) può prestare il consenso «purché» le informazioni siano chiare e comprensibili. Se la piattaforma viola questo obbligo, il minore non soltanto torna ad essere considerato, per quell'atto specifico, un soggetto legalmente incapace, ma anche inconsapevole e dunque meritevole della protezione più ampia.

Vediamo qualche caso che può verificarsi.

a) Abbonamenti a sistemi di AI generativa con *Dark Patterns*⁷⁹.

Un minore di 15 anni si iscrive a un servizio di creazione di immagini tramite AI. L'interfaccia utilizza tecniche di *overloading* (un eccesso di informazioni tecniche) o *skipping* (percorsi che distolgono l'attenzione dalle clausole sulla *privacy*), portandolo ad accettare un abbonamento che si rinnova automaticamente dopo un periodo di prova gratuito.

b) Servizi di *Chatbot* e “profilazione occulta”⁸⁰.

Il minore interagisce con un assistente virtuale (es. stile Replika) che promette supporto nello studio. L'informativa non chiarisce in modo comprensibile che l'AI analizza i sentimenti e le fragilità del ragazzo per creare un profilo psicometrico vendibile a terzi.

c) Iscrizione ai *Social Media* tramite “base contrattuale”⁸¹.

Alcune piattaforme eludono il limite dei 14 anni sostenendo che il trattamento dei dati sia “necessario all'esecuzione di un contratto”, anziché basato sul consenso. È difficile per un minore cogliere il senso delle condizioni

⁷⁹ B. SIRGIOVANNI, *Il diritto di accesso ai dati e il divieto di dark pattern*, in *Giur. it.*, 2026, 2, 481 ss.; G. VERSACI, *Consenso al trattamento dei dati personali e “dark patterns” tra opzionalità e condizionalità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1130 ss.

⁸⁰ Sui problemi connessi alla profilazione, v. A. AMIDEI, *La tutela del consumatore “profilato”: obblighi informativi e asimmetrie negoziali*, in *Giur. it.*, 2025, 461 ss.; C. ALVISI, *Profilazione automatizzata, discriminazione contrattuale e rimedi civilistici*, in *Annali Sisdic*, 2024, 11, 11 ss.

⁸¹ C. PERLINGIERI, *Profili civilistici*, cit., 68; S. THOBANI, *Il consenso al trattamento dei dati come condizione per la fruizione di servizi online*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, 459 ss.

contrattuali ovvero che sta scambiando i dati personali con l'accesso al servizio.

d) Micro-transazioni e *Gaming Online* (Bait and Switch)⁸².

In molti videogiochi (es. Fortnite), il minore viene condizionato da interfacce studiate per spingerlo a cliccare ripetutamente su pulsanti che portano all'acquisto di "valuta virtuale" o "skin". Se il processo di acquisto nasconde i dettagli economici o utilizza un linguaggio ambiguo per simulare una vincita anziché un acquisto, il minore non può percepire il valore economico dell'operazione.

e) Cessione involontaria del Diritto d'Autore⁸³.

Un minore pubblica contenuti originali (video, testi) su una piattaforma AI che, tra le pieghe di clausole non accessibili, prevede la cessione esclusiva dei diritti di sfruttamento economico dell'opera.

L'art. 1425 c.c. prevede che gli atti compiuti dall'incapace siano annullabili, per lasciare ai genitori la facoltà di decidere se l'atto sia stato comunque utile al minore o se debba essere rimosso.

Quando un contraente (la piattaforma) viola un obbligo di informazione o di trasparenza, sta violando una regola di comportamento (buona fede precontrattuale), con la conseguenza che la violazione di tali obblighi determinerebbe la sua annullabilità per vizio del consenso.

Tuttavia, se la violazione della trasparenza da parte della piattaforma AI è massiva e sistematica (es. uso di *dark patterns*), il giudice, alla luce del DSA e del diritto dei consumi, potrebbe dichiarare la nullità delle singole clausole oscure a vantaggio del minore, mantenendo valido il resto del contratto se favorevole all'utente⁸⁴.

L'art. 4, in linea con l'*AI Act* europeo, non si limita a dettare istruzioni tecniche, ma promuove una visione antropocentrica dell'AI basata sulla tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali. Con la conseguenza che se la "trasparenza algoritmica" e la "conoscibilità dei rischi" sono considerate pilastri per il corretto sviluppo della personalità del minore (artt. 2 e 3 Cost.), esse configurano norme imperative di ordine pubblico. Ne deriva che la loro violazione non colpirebbe solo il "comportamento" della piattaforma, ma renderebbe l'intero contratto nullo ex art. 1418, comma 1, c.c., in quanto contrario a un diritto inviolabile ovvero la protezione dell'infanzia (nella rete) e dunque il libero e pieno sviluppo della persona umana⁸⁵.

⁸² A. FACHECHI, "Marketing" aggressivo e microtransazioni "in-game": modelli di tutela, in *Nuovo Dir. Soc.* 2025, pp 198 ss.; M. MAGALDI, "Gaming" tra interessi del mercato e tutela della persona, in *Riv. dir. impr.*, 2024, 3, 617 ss.

⁸³ Cfr. E. ANDREOLA, *Il minore artista nell'era digitale*, in *Famiglia*, 2024, 6, 751 ss.

⁸⁴ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 51 ss., ma già anche ID., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, 57 ss. Su questa scia: A. ALPINI, *I vizi del consenso fra contratto e trattamento dei dati: la riconoscibilità dell'errore*, in *Pers. merc.*, 2022, 2, 209 ss., spec. 220.

⁸⁵ G. PERLINGIERI, *In tema di ordine pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 1390. Vedi anche ID., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, 29 ss.

CFR. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995 e già: F. BENATTI, *Culpa in contraendo*, 1987, 298; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei con-*

Se la piattaforma non fornisce informazioni chiare, la maggiore età digitale del quattordicenne non si “attiva”. In questa prospettiva, si tratta non solo di una volontà viziata (che porterebbe all’annullabilità), ma della mancanza di capacità speciale in capo al soggetto per quell’atto specifico. Senza capacità e senza una reale rappresentazione dell’oggetto (oscurato da un linguaggio complesso), verrebbe a mancare il fondamento stesso del contratto.

Il genitore non è sempre nelle condizioni materiali di monitorare ogni singola accettazione di “Termini e Condizioni” fatta dal figlio. Di conseguenza, l’annullabilità, essendo prescrivibile e richiedendo un’iniziativa attiva del genitore, rischia di restare una “tigre di carta” contro le *Big Tech*. La nullità, essendo imprescrivibile e rilevabile d’ufficio, è il rimedio che garantisce l’effettività della tutela richiesta dalla legge 132/2025 e dal GDPR. A tale proposito, Federprivacy sostiene già che i contratti che eludono i limiti di età tramite basi contrattuali oscure debbano essere considerati radicalmente nulli⁸⁶.

12. Considerazioni conclusive

L’interferenza di sistemi algoritmici opachi trasforma il processo di negoziazione in un’interazione asimmetrica dove la macchina non è un semplice strumento, ma un agente capace di influenzare i processi cognitivi⁸⁷. L’AI può operare come una *black box*, rendendo impossibile per il contraente umano comprendere i fattori decisivi che hanno condotto a un determinato *output* o proposta contrattuale⁸⁸. In questo scenario, il concetto di “consapevolezza” è non soltanto un mero stato psicologico interno, ma un bene giuridico la protezione del quale è necessaria per garantire la tenuta del sistema sociale e democratico.

Mentre il rimedio dell’annullabilità per proteggere la specifica volontà del singolo contraente interviene *ex post*, l’AI Act adotta un approccio basato sul rischio (*risk-based approach*) che mira a una tutela *ex ante*⁸⁹. Questa divergenza metodologica potrebbe sollevare il dubbio che l’attenzione del

tratti di distribuzione fra imprese. *Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, 68 ss.

⁸⁶ Vedi <https://www.federprivacy.org/informazione/societa/minori-e-social-network-in-italia-le-contraddizioni-di-un-sistema-di-tutela-mai-applicato-dal-garante-privacy>.

⁸⁷ «In altri termini, vengono intaccati i meccanismi attraverso i quali la volontà si forma nel tempo»: B. PANATTONI, *Condizionamenti e manipolazioni nell’era digitale. Il divieto europeo di pratiche di Intelligenza Artificiale “manipolative”*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 527. V. anche A.C. NAZZARO, *Soggettività dell’avatar tra profilazione e identità personale*, in *Tecn. dir.*, 2024, 1, 135 ss.

⁸⁸ Y. BATHAEE, *The artificial intelligence black box and the failure of intent and causation*, in *Harvard J. L. Techn.*, 2018, 31(2), 936; 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, 1210 ss.; F. PASQUALE, *The Black Box society. The secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard, 2015, *passim*.

⁸⁹ Nella stessa prospettiva preventiva, L. AULINO, *Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il “legal design” come un rimedio “ex ante”*, in *Diritto inf.*, 2020, 2, 303 ss.

legislatore europeo per i “rischi sistemici” finisca per depauperare la tutela della persona fisica, frammentandola in una serie di obblighi di conformità tecnica. Tuttavia, l’analisi delle pratiche vietate suggerisce che il rischio sistemico sia la proiezione macroscopica della lesione individuale: un sistema che manipola la collettività è intrinsecamente un sistema che lede la libertà negoziale di ogni singolo componente di tale collettività.

L’art. 5 dell’*AI Act* vieta espressamente le pratiche di AI che utilizzano tecniche subliminali o manipolative volte a distorcere materialmente il comportamento di una persona. Tali ipotesi sembrano presentare una sovrapposizione concettuale con il dolo (art. 1439 c.c.), inteso come l’insieme di raggi giri volti a indurre una parte in errore per ottenerne il consenso.

Tuttavia, nell’ambito dei sistemi di AI, la manipolazione può avvenire senza che vi sia una specifica intenzione malevola istantanea del *deployer*, essendo spesso il risultato di un’ottimizzazione algoritmica volta alla massimizzazione dell’*engagement* o del profitto⁹⁰.

Il dolo si concentra sull’attività ingannatoria del contraente o del terzo, mentre l’art. 5, lett. a) dell’*AI Act* colpisce la potenzialità distorsiva del mezzo tecnologico in sé, a prescindere dalla prova di un raggiro nel senso classico del termine. La tecnica subliminale agisce sotto la soglia della coscienza, eludendo la possibilità stessa di esercitare la facoltà di discernimento, configurando così una lesione più grave del semplice errore indotto.

Gran parte delle condotte che l’*AI Act* qualifica come manipolative potrebbero essere ricondotte alla nozione di dolo se interpretata in senso evolutivo, poiché la figura del raggiro consente di includervi lo sfruttamento dei *bias* cognitivi operato dagli algoritmi di *neuromarketing*.

L’art. 5, lett. b) vieta lo sfruttamento delle vulnerabilità di persone o gruppi a causa della loro età, disabilità o situazione socio-economica. Nel codice civile, tali situazioni sono protette attraverso l’annullamento per incapacità naturale (art. 428 c.c.) o la disciplina dell’errore sulle qualità personali del contraente, qualora essenziali e riconoscibili (artt. 1428-1429 c.c.).

L’*AI Act* introduce, però, il concetto di “vulnerabilità digitale”, una condizione relazionale che si aggiunge alla vulnerabilità del mondo analogico⁹¹. Si tratta di una “incapacità artificiale” non naturale, ovvero causata dall’uomo se pur applicata attraverso le macchine. Un sistema di AI capace di mappare in tempo reale le debolezze emotive di un utente per proporgli prodotti complessi non solo “induce in errore”, ma soprattutto opera una prevaricazione tecnologica che svuota di significato la volontà negoziale⁹².

Sembra, dunque, che ad essere richiamato all’attenzione sia l’istituto della violenza più che quello del dolo e dell’errore. Il vizio della volontà può

⁹⁰ Sul punto, con particolare riferimento agli acquisti *in game* rientranti tra le pratiche commerciali aggressive, vedi A. GORGONI, *Protezione*, cit., 1169 ss.

⁹¹ Sulla correlazione tra vulnerabilità e dimensione *online*, v. S. TOMMASI, “*Neuromarketing*” *discriminatorio e mercato digitale: il ruolo del “Digital Services Act” e dell’“Artificial Intelligence Act”*, in *Dir. econ.*, 2024, 3, 47 ss.; F. VINCENZI, “*Neuromarketing*” e “*web*”: un connubio legale?, in *Cyberspazio Dir.*, 2017, 3, 615 ss.

⁹² A tal proposito va sottolineato che la distinzione tra tutela della volontà e rischio sistemico appare qui artificiosa: lo sfruttamento sistematico delle vulnerabilità è al contempo un rischio per la stabilità sociale e una lesione immediata dell’autonomia individuale.



assumere nella violenza, sia fisica sia psicologica, un grado tale da annullare del tutto la volontà dell'essere umano⁹³.

La violenza assoluta, intesa come coercizione fisica che esclude totalmente la volontà, provoca la nullità del contratto per mancanza dell'elemento essenziale dell'accordo. Questa sanzione radicale riflette la necessità di disconoscere qualsiasi effetto a un atto che è tale solo nell'apparenza materiale, ma non nell'essenza giuridica. La violenza psicologica o morale, pur agendo sulla psiche del soggetto e non sui suoi muscoli, costituisce la forma più comune di violenza negoziale. Essa provoca l'annullabilità del contratto, consentendo alla vittima di eliminare gli effetti di un accordo estorto con la minaccia di un male ingiusto e notevole. Tuttavia, quando la pressione psichica è tale da annientare la libertà decisionale, essa può essere equiparata alla violenza assoluta, portando alla nullità per mancanza di consenso. Del resto la costrizione è stata interpretata anche come «condizionamento indebito della volontà»⁹⁴. Questa categoria, emersa con forza nel diritto dei consumi e nella disciplina della circonvenzione di incapace, permette di sanzionare condotte che abusano della vulnerabilità altrui o esercitano pressioni sistematiche e aggressive, limitando la capacità di autodeterminazione consapevole. In definitiva, la disciplina dell'invalidità per violenza e condizionamento mira non solo a proteggere il patrimonio del singolo contraente, ma a salvaguardare la dignità della persona e la correttezza del mercato, assicurando che ogni vincolo contrattuale sia il frutto di un atto di libertà e non di un abuso di potere.

Il valore sotteso al rimedio della nullità nelle ipotesi considerate di violenza assoluta è quello di garantire la libertà, l'integrità del processo motivazionale dell'essere umano e dunque la sua libertà di scelta, di espressione e in generale di esplicazione della sua personalità in modo pieno e libero. Un diritto inviolabile della dignità umana che assume un significato ancora più pregnante di fronte ad un sistema algoritmico⁹⁵.

Del resto, la conformità richiesta dall'AI Act non esaurisce le ipotesi da tutelare. Se un fornitore rispetta tutti i requisiti formali ma il sistema, nel caso concreto, manipola comunque l'utente, il solo rispetto dell'AI Act non può escludere l'invalidità del contratto.

In conclusione, l'indagine conferma che la distinzione tra volontà negoziale e rischi sistemici non deve essere letta come una separazione di finalità. Entrambi i sistemi mirano a proteggere la persona umana nella sua capacità di autodeterminarsi in modo consapevole e libero: ciò che viene leso è sempre la consapevolezza dell'individuo.

In questa prospettiva, l'art. 5 dell'AI Act è non una norma aliena al diritto civile, ma ne costituisce l'aggiornamento necessario per far fronte alle

⁹³ Cfr. D. RUSSO, *op. cit.*, 164.

⁹⁴ Vedi L. TAFARO, *Neuroscienze e diritto civile: nuove prospettive*, in *Riv. biodir.*, 2017, 257 ss.; ma già EAD., *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018. Vedi altresì E. TUCCARI, *Neuromarketing: un'asistematica disciplina...oltre il consenso?*, in *Pers. merc.*, 2024, 511 e R. MONTINARO, *Riconoscimento delle emozioni e marketing personalizzato*, in *Pers. merc.*, 2024, 847.

⁹⁵ P. PERLINGIERI, *Diritto civile e Intelligenza Artificiale*, cit., 137; S. SIGNORATO, *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della dignità umana*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 09.

sfide della manipolazione algoritmica, garantendo che il contratto resti un atto di volontà e non una mera risposta a uno stimolo tecnologico preordinato. La persona umana, protetta nella sua dignità, resta il fine ultimo di ogni rimedio, sia esso volto a mitigare un rischio collettivo o a riparare un torto individuale⁹⁶.

Ne deriva che la consapevolezza assurge a principio di ordine pubblico intorno al quale costruire un sistema effettivo di tutela.

Le tecniche algoritmiche che annullano la consapevolezza provocano un vizio della volontà che si traduce in un illecito di ordine pubblico⁹⁷. Se la manipolazione è tale da incidere sulla dignità, il rimedio dell'annullabilità (rimesso alla parte e prescrivibile) si rivela insufficiente; è necessaria la nullità per espungere dal mercato pratiche che minano le basi della convivenza democratica.

Parimenti, la tutela dei minori non può essere affidata solo all'azione di annullamento per incapacità. La legge italiana, integrando i requisiti di trasparenza del GDPR e dell'*AI Act*, sposta il baricentro verso la nullità del consenso e del contratto quando l'informativa al genitore o al minore non mette nelle condizioni di poter agire consapevolmente. Sì che la capacità digitale dipende dalla verifica non soltanto della soglia anagrafica prevista ma anche della comprensibilità per i minori dei rischi conseguenti all'uso dei sistemi digitali. La mancanza di una informazione chiara e comprensibile ai minori espone inconsapevolmente i destinatari più vulnerabili a tecniche di condizionamento della volontà.

La sfida futura risiederà nella capacità degli interpreti e in particolare dei giudici di decodificare il funzionamento dei sistemi per distinguere, nel caso concreto, tra un semplice inganno (annullabile) e una manipolazione lesiva della dignità (nulla), considerando che nell'ambiente digitale la linea di confine è tracciata dalla trasparenza e dalla reale possibilità per l'umano di esercitare una supervisione significativa. La legge italiana, affermando la "riserva di umanità", pone l'Italia all'avanguardia in questo processo di "civilizzazione del digitale".

⁹⁶ Sul valore centrale della dignità umana, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4^a ed., Napoli, 2020, p. 20 ss.; ID., *La personalità umana*, cit., p. 12 ss.; ID., *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in *Ann. Sisdic*, 2020, p. 1 ss., ora anche in ID., *Lezioni* (1969-2019), III, Napoli, 2020, 411 ss. In argomento, v. anche S. COTTA, *Soggetto di diritto*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1220; L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 773 ss.

⁹⁷ G. PERLINGIERI, *Negoio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, 21, ss.; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 31 ss. e spec. 84 ove si invita l'interprete a valutare sempre l'incidenza del singolo vizio nell'area del valore e a porre attenzione al "giusto rimedio". Cfr. G. VETTORI, *Efficacia e opponibilità del patto di preferenza*, Roma, 1988, 144; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 252 ss. e 271 ss. secondo il quale: «la disciplina dell'atto e dei congegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità».



Commenti

ALCUNE RIFLESSIONI SUI RAPPORTI TRA INNOVAZIONE TECNOLOGICA E COMPARAZIONE NEL SETTORE AGROALIMENTARE

Di Matteo Ferrari

| 517

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *L'analisi comparatistica nello sviluppo storico del diritto agrario e alimentare.* – 3. *L'approccio funzionalista, la comparazione e il diritto agroalimentare.* – 4. *Caso studio: la denominazione di vendita del vino.* – 4.1. *La denominazione di vendita vino alla prova dei prodotti NoLo.* – 5. *Considerazioni finali.*

ABSTRACT. *L'innovazione tecnologica in campo agricolo e alimentare ha comportato innumerevoli sfide per il regolatore a testimonianza dello stretto rapporto che esiste tra diritto e tecnologia; al contempo, ordinamenti diversi possono reagire in modo differente all'introduzione di una specifica innovazione. Anche attraverso un caso studio riguardante la definizione normativa di vino, il contributo mira a evidenziare come un approccio in grado di combinare metodo comparatistico, sensibilità per i rapporti tra regole e tecnologia e attenzione al sostrato storico, socio-culturale ed economico possa determinare risultati di interesse quando applicato al diritto agroalimentare.*

Technological innovation in the agricultural and food sectors has posed many challenges for regulators, highlighting the close relationship between law and technology; at the same time, different legal systems may react in varying ways to the introduction of a specific innovation. Through a case study concerning the legal definition of wine, this paper aims to stress how an approach combining comparative methodology, awareness of the interplay between rules and technology, and attention to historical, socio-cultural, and economic factors can yield significant insights when applied to agri-food law.

1. Introduzione.

Il comparto agroalimentare rappresenta storicamente un importante laboratorio di innovazione tecnologica. La necessità di garantire un adeguato livello di *food security* prima, e, successivamente, le esigenze di *food safety* e di qualità fino ai più recenti obiettivi di sostenibilità hanno spinto i vari attori della filiera a sviluppare soluzioni tecnologicamente sempre più efficaci nel raggiungere i traguardi appena ricordati. Solo per esemplificare, si pensi alle prime tecniche di selezione varietale che i nostri antenati hanno posto in essere per garantire raccolti stabili e abbondanti per arrivare fino alle attuali tecniche di manipolazione genetica delle varietà vegetali, di cui molto si discute; o, ancora, alle tecnologie per la conservazione degli alimenti fino a giungere ai più moderni sensori intelligenti che permettono di segnalare in tempo reale lo stato di deperimento dei prodotti.

L'innovazione tecnologica in campo agricolo e alimentare ha comportato innumerevoli sfide per il regolatore, ad ulteriore testimonianza di quello stretto rapporto tra diritto e tecnologia che è stato da anni evidenziato in dottrina¹. Tali sfide si sono manifestate su piani diversi che spaziano, volendone considerare solo alcuni, dalla regolazione della tecnologia in quanto tale alla disciplina dell'etichettatura dei prodotti frutto di quella tecnologia, dalla protezione degli investimenti profusi per sviluppare un certo processo tecnologico al tipo di soggetti chiamati a gestire quel processo. In questo senso, il diritto agroalimentare rappresenta uno dei luoghi in cui indagare le molteplici relazioni che si pongono tra regole e innovazione tecnologica.

A ciò è necessario aggiungere la considerazione, radicata nella letteratura giuscomparatistica, per cui un dato problema può essere affrontato in modo simile o dissimile da ordinamenti diversi, così come dai differenti formanti di quel medesimo ordinamento. Se il problema cui si faceva cenno è rappresentato dall'introduzione di una certa innovazione tecnologica nel comparto agroalimentare, ordinamenti diversi potranno reagire in modo differente. Ciò implica la necessità di tenere in considerazione un duplice piano di analisi: il primo riguarda i rapporti tra diritto e tecnologia; il secondo riguarda le risposte che ordinamenti diversi possono fornire ad una data questione. I due piani non vanno, tuttavia, considerati distinti; al contrario, essi si intersecano e l'uno arricchisce l'altro. Così, la possibilità di indagare le diverse risposte regolative che gli ordinamenti considerati hanno apprestato permette di cogliere la molteplicità di declinazioni che il rapporto tra regole e tecnologia è capace di assumere; al contempo, la stessa analisi comparatistica ne esce rafforzata, tanto sul piano metodologico quanto relativamente ai suoi esiti operazionali, poiché la tecnologia può rappresentare una variabile cruciale nel comprendere perché sia stata adottata una data regola.

Le considerazioni sviluppate in precedenza evidenziano come un approccio in grado di combinare metodo comparatistico e sensibilità per i rapporti tra regole e tecnologia possa determinare risultati di interesse quando applicato al diritto agroalimentare. In realtà, quest'ultimo non può certamente

¹ G. PASCUZZI (a cura di), *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2016, 13 ss.

considerarsi impermeabile all'indagine comparatistica; al contrario, la comparazione rappresenta una cifra costitutiva tanto del diritto agrario quanto di quello alimentare.

Nella sezione che segue si porrà in evidenza come l'analisi comparatistica sia stata presente fin dalle origini del diritto agroalimentare; nella terza sezione si analizzerà come il metodo funzionalista, che offre un punto di partenza utile per dare avvio all'indagine comparatistica, debba essere integrato da altri approcci metodologici al fine di rendere meglio la forte interazione che si sviluppa tra regole e contesto nel caso della disciplina delle filiere agroalimentari; nella quarta sezione si svilupperà un caso studio in materia di denominazioni di vendita, evidenziando come le esperienze europea e statunitense abbiano elaborato la definizione normativa di vino stimulate da innovazioni tecnologiche che avevano messo in crisi nozioni consolidate, al contempo però tenendo conto di fattori storici, culturali e socio-economici che hanno portato ad una diversa modulazione della risposta regolativa. Seguiranno, infine, alcune osservazioni di sintesi.

2. L'analisi comparatistica nello sviluppo storico del diritto agrario e alimentare

Come si accennava, la matrice comparatistica è sempre stata presente all'interno del diritto agrario, prima, e alimentare, poi². Il tema è stato affrontato in modo approfondito da Antonio Jannarelli il quale ha rilevato come lo sviluppo degli studi giusagraristici negli anni '20 del secolo scorso abbia posto il problema di giustificare l'emersione di questa nuova branca del diritto³. In tale contesto, l'approccio comparatistico è stato sviluppato in due direzioni: in primo luogo, l'analisi è stata di tipo diacronico e ha cercato di dimostrare la legittimità del diritto agrario come ramo del sapere giuridico che vanta una sua identità storicamente determinata; in secondo luogo, la modernizzazione del settore agricolo in Italia esigeva l'elaborazione di soluzioni legislative adeguate, per cui nell'immaginare tali soluzioni ai cultori del diritto agrario è parso naturale guardare alle esperienze maturate in altri ordinamenti.

Una tappa importante nello sviluppo delle relazioni tra diritto agrario e comparazione si ha con la nascita dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato (IDAIC), fondato nel 1957 come luogo istituzionale sensibile, programmaticamente, alla dimensione comparatistica e internazionalistica del diritto agrario⁴. In realtà i prodromi dell'attenzione al dato compa-

² La cifra distintiva propria del diritto agrario moderno, utile a caratterizzarlo rispetto al diritto alimentare, consisterebbe esattamente nel fatto che il primo si interessa dei rapporti economici tra imprenditori agricoli e altri operatori professionali della filiera agroalimentare, mentre il secondo della tutela degli interessi dei consumatori: così A. JANNARELLI, *Il diritto agrario del nuovo millennio tra food safety, food security e sustainable agriculture*, in *Riv. dir. agr.*, 2018, I, 511, 529 ss.

³ A. JANNARELLI, *Comparazione e diritto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, I, 443, 449-451.

⁴ A. GERMANÒ, *L'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato: la storia (1922-2017)*, in *Riv. storia dell'agricoltura*, 2021, 131.



ratistico precedono la costituzione dell'IDAIC, in quanto già negli anni '30 si parla di diritto agrario comparato sulla rivista di diritto agrario⁵. Questa sensibilità verso la comparazione è radicata nell'identità dell'IDAIC: lo stesso Statuto dell'Istituto, approvato nel 1970, indica tra i suoi fini quello di: “promuovere e compiere studi di diritto agrario nazionale, internazionale e comparato nella particolarità dei suoi caratteri e delle sue fonti e nei suoi precedenti storici, nella sua attinenza con l'economia, le strutture sociali e politiche, il costume, il linguaggio, le civiltà dei popoli, nonché nei riguardi delle organizzazioni internazionali”⁶.

L'IDAIC ha rappresentato il centro di una fitta rete di scambi culturali con altre esperienze, offrendo a numerosi studiosi di altri paesi, specie giovani ed extra-europei, la possibilità di trascorrervi un periodo di ricerca⁷. Esso ha altresì ospitato una biblioteca ricca di volumi, molti dei quali relativi ad esperienze europee ed extra-europee⁸. Meritano poi di essere segnalati i congressi internazionali di diritto agrario promossi dall'IDAIC a partire dalla metà degli anni '50 ad ulteriore testimonianza di quanto il dato comparatistico e la dimensione internazionale siano stati elementi centrali nello sviluppo del diritto agrario. L'Istituto era inoltre socio dell'associazione italiana di diritto comparato e in tale veste prese parte a vari congressi internazionali di diritto comparato⁹.

La dimensione comparatistica, presente fin dalla nascita del diritto agrario, ha ricevuto ulteriore impulso in seguito allo sviluppo del diritto agrario comunitario¹⁰. L'importanza del diritto agrario comunitario è stata duplice: da un lato, ha costretto i giusagraristi a misurarsi con l'intreccio complicato non solo di fonti nazionali e sovranazionali, ma anche di giurisdizioni diverse, a cominciare dai rapporti tra sentenze della Corte di giustizia e pronunce nazionali; dall'altro lato, ha determinato la necessità di analizzare come i diversi Stati membri hanno dato applicazione alle disposizioni comunitarie.

Non da ultimo, la liberalizzazione degli scambi a livello planetario, seguita agli Accordi di Marrakech del 1994, ha interessato anche i prodotti agroalimentari e ha fatto sì che divenisse ancora più significativa l'analisi delle soluzioni giuridiche adottate nei diversi ordinamenti parte del circuito commerciale globale¹¹. Peraltro, quello stesso processo di liberalizzazione, improntato ad una logica neo-liberista, ha propiziato l'emergere di un modello regolativo influenzato in misura significativa da norme private, siano esse *hard* o *soft*, che trovano espressione in standard privati, protocolli certificativi, modelli contrattuali, codici di condotta. Si tratta di un fenomeno diffuso soprattutto nell'ambito del diritto alimentare, ma che ha interessato

⁵ A. GERMANÒ, *op. cit.*, 135.

⁶ A. GERMANÒ, *op. cit.*, 137.

⁷ A. GERMANÒ, *op. cit.*, *passim*.

⁸ A. GERMANÒ, *op. cit.*, 142-143.

⁹ A. GERMANÒ, *op. cit.*, 145.

¹⁰ A. JANNARELLI, *Comparazione e diritto agrario*, cit., 452-453.

¹¹ A. JANNARELLI, *Comparazione e diritto agrario*, cit., 454; F. ALBISINNI, *The path to the European and global food system*, in L. COSTATO, F. ALBISINNI, T. GEORGOPOULOS (eds.), *European and Global Food Law*, Milano, Wolters Kluwer, 2025, 15.

in certa misura anche il diritto agrario¹² e che ha trovato linfa nella circolazione di modelli e nel raffronto tra soluzioni regolative diverse.

Sul versante più propriamente del diritto alimentare, la dottrina ha da tempo sottolineato come la comparazione sia una cifra costitutiva della *food law*¹³, rilevando “una crescente tendenza alla comunicazione di modelli, alla condivisione di risposte e possibili soluzioni sulla base di esigenze condivise, per un verso introducendo all’interno dei sistemi giuridici domestici regole elaborate in altri ordinamenti, e per altro verso adottando regole che hanno effetto ben oltre i confini dell’Unione Europea proponendosi come “*diritto altrui*” e comunque quale modello da condividere”¹⁴. Di grande rilievo, come si faceva cenno prima, è stato anche l’emergere di *global food value chains*, in cui ad essere oggetto di circolazione, e quindi di interesse per il comparatista, non sono solo regole e istituti pubblicistici, ma anche forme di regolazione privata quali standard, sistemi di certificazione, modelli contrattuali. Ne emerge un quadro regolatorio complesso e multilivello, in cui il metodo comparatistico diviene un supporto necessario per comprenderne le molteplici implicazioni.

3. L’approccio funzionalista, la comparazione e il diritto agroalimentare

Dietro l’etichetta *comparazione giuridica* si nascondono approcci metodologici diversi. Il metodo più diffuso è quello funzionalista, il quale, in prima approssimazione, consiste nell’analisi di come ordinamenti giuridici differenti reagiscono ad una certa situazione di vita reale. A ciò si aggiunge che tale analisi guarda alle funzioni che certe regole hanno nella società; a loro volta, le funzioni costituiscono la pietra angolare su cui basare la comparazione stessa. In altri termini, due regole, che costituiscono la risposta a certi fatti della vita, sono comparabili nella misura in cui svolgono una funzione equivalente nei rispettivi ordinamenti¹⁵.

Il funzionalismo non è andato esente da critiche. In primo luogo, il termine funzionalismo rimanda in realtà ad una pluralità di approcci che solo in alcuni casi possono essere effettivamente qualificati come tali; in altri termini, si tratterebbe di un termine piuttosto vago, che non rimanda ad una definizione chiara ed unitaria¹⁶. In secondo luogo, il funzionalismo porrebbe

¹² B. VAN DER MEULEN (ed.), *Private Food Law*, Wageningen, Wageningen University Press, 2011; T. HAVINGA, F. VAN WAARDEN, D. CASEY (eds.), *The Changing Landscape of Food Governance. Public and Private Encounters*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015; P. VERBRUGGEN, T. HAVINGA (eds.), *Hybridization of Food Governance. Trends, Types and Results*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017.

¹³ F. ALBISINNI, *Diritto agroalimentare e metodo comparativo: oggetto, strumenti e prospettive*, in L. SCAFFARDI, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, Roma, 2020, 191.

¹⁴ F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Milano, 2020, 44.

¹⁵ R. MICHAELS, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 345.

¹⁶ R. MICHAELS, *op. cit.*



in un cono d'ombra alcune variabili che paiono invece molto importanti nel comprendere similitudini e differenze tra sistemi giuridici. Si allude, ad esempio, al ruolo della storia e delle tradizioni giuridiche come fattori che plasmano le soluzioni concretamente adottate o, ancora, al concetto di *legal culture* come fattore in grado di far comprendere differenze e similitudini nella *law in action*. Oggetto di critica è stato anche il fatto che non è sempre possibile, o può comunque risultare fuorviante, identificare un problema comune a cui le diverse regole tentano di dare risposta¹⁷. Sono stati così proposti approcci metodologici talvolta alternativi, talora complementari al funzionalismo, allo scopo di colmare le lacune che quest'ultimo presenta e di arricchire la comprensione di come i fenomeni giuridici si sviluppano in esperienze diverse¹⁸.

Anche in ragione di ciò, la dottrina che più recentemente si è occupata degli strumenti metodologici propri della comparazione ha, da un lato, rigettato l'idea che sia possibile individuare un approccio metodologico *mainstream* alla comparazione giuridica e, dall'altro lato, sostenuto l'idea che sia preferibile un approccio pluralistico anche dal punto di vista metodologico, in cui il ricercatore può scegliere il metodo che ritiene più adeguato rispetto al suo campo di indagine¹⁹. In altri termini, il comparatista ha oggi a disposizione un *set* di strumenti vario ed ampio che se da un lato è utile a scongiurare il rischio di riduzionismo che può derivare dall'applicazione dell'approccio funzionalista, dall'altro lato potrebbe dar luogo al rischio opposto di eclettismo.

La logica pluralistica promossa da parte della dottrina risulta utile nel momento in cui ci si interroga su quali approcci metodologici siano maggiormente adeguati nell'analizzare le soluzioni che gli ordinamenti predispongono a fronte di una data innovazione tecnologica in campo agroalimentare. Nel selezionare un metodo in luogo di un altro, vi sono alcune variabili che possono risultare utili nell'indirizzare la scelta. In questo contesto se ne possono evidenziare due. In primo luogo, la dimensione multilivello del diritto agroalimentare, in cui si intrecciano diversi piani regolativi: globale, europeo, nazionale, regionale, municipale, così come pubblico, privato e misto²⁰. Ciò implica che si debba tener conto non solo del coordinamento delle norme di diversa provenienza sul piano tecnico e argomentativo, ma anche del fatto che tali norme originano da contesti valoriali, economici e culturali non necessariamente coincidenti. Ad esempio, la norma europea che prevede una tutela particolarmente forte per le denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari potrebbe non essere applicata con il medesimo vigore all'interno dei singoli Stati membri in dipendenza non solo di dati infrastrutturali (risorse disponibili, know-how, etc.), ma anche dell'interesse

¹⁷ J. HUSA, *Traditional Methods*, M. SEIMS, P.J. YAP (eds.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, 15.

¹⁸ Per un compendio di alcuni di questi approcci si veda il volume a cura di M. SEIMS, P.J. YAP, *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024.

¹⁹ J. HUUSA, *Comparative's law pyrrhic victory?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2023, 30, 680.

²⁰ F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, cit., 37 ss.

economico e della sensibilità culturale verso questa forma peculiare di segno distintivo²¹.

La seconda variabile che pare utile sottolineare riguarda il sostrato socio-culturale su cui germinano e vivono le norme che regolano la produzione e commercializzazione di prodotti agroalimentari. Se è pur vero che tutte le norme si innestano in un dato contesto socio-culturale, nel caso del diritto agroalimentare questo contesto gioca un ruolo particolarmente significativo dovuto al fatto che il cibo rappresenta una tipologia di bene carica di significati e valori. Questi significati e valori retroagiscono tanto sul contenuto delle norme, quanto sulle modalità di loro applicazione. Ad esempio, in passato si è cercato di evidenziare come le risposte regolative che diversi ordinamenti hanno ideato per gestire i rischi derivanti dal diffondersi del c.d. morbo della mucca pazza siano dipese anche da meccanismi culturali di percezione dei rischi in campo alimentare²².

Il discorso generale che si è abbozzato poco sopra va calato nel contesto dell'innovazione tecnologica in campo agroalimentare. Il punto di partenza è rappresentato dalla considerazione per cui un certo ritrovato tecnologico innovativo si pone in modo di per sé identico nei diversi quadranti geografici; ciò che muta è il contesto in cui quel ritrovato è chiamato ad operare. Il termine contesto è tuttavia generico: esso rimanda ad un complesso intreccio di interessi economici, preferenze culturali, istituzioni e processi giuridici, variabili storiche, meccanismi mediali che definiscono i confini di quello stesso contesto. Oltre ad essere componente del contesto, il diritto costituisce anche una sorta di cerniera tra questo e il ritrovato tecnologico. La norma attraverso cui un ordinamento reagisce ad una data innovazione tecnologica recepisce le diverse istanze (sociali, culturali, economiche) che provengono dal contesto nazionale, ma anche da altri contesti, ad esempio sovranazionali, che possono comunque condizionare la modulazione della risposta regolativa.

4. Caso studio: la denominazione di vendita del vino

Un caso studio, riguardante le denominazioni di vendita dei prodotti alimentari²³, può aiutare a comprendere meglio le dinamiche che presiedono alle risposte regolative date a fronte di una certa innovazione tecnologica. La denominazione di vendita costituisce un'informazione alimentare obbli-

²¹ Non mancano casi giunti di fronte alla Corte di giustizia dove, sottotraccia, è possibile cogliere le diverse sensibilità che caratterizzano l'approccio seguito nei singoli Stati membri nel caso delle Denominazioni di Origine Protetta (DOP) e delle Indicazioni Geografiche Protette (IGP). A titolo esemplificativo si vedano i casi: Corte di giustizia, 26 febbraio 2008, C-132/05, che ha riguardato una controversia che vedeva su posizioni opposte Italia e Germania relativamente alla tutela della DOP Parmigiano reggiano; Corte di giustizia, 14 luglio 2022, C-159/20, che ha riguardato una controversia che vedeva su posizioni contrapposte Danimarca e Grecia con riferimento alla tutela della DOP Feta.

²² M. FERRARI, *Risk perception, culture and legal change. A comparative study on food safety in the wake of the mad cow crisis*, Aldershot, Ashgate, 2009.

²³ In tema L. COSTATO, P. BORGI, S. RIZZIOLI, V. PAGANIZZA, L. SALVI, *Compendio di diritto alimentare*, Milano, 2025, 189 ss.

gatoria²⁴: ciò significa che ogni alimento posto in commercio deve indicare la propria denominazione. In particolare, sono previste tre tipi di denominazione dell'alimento: la denominazione legale; la denominazione usuale, ove quella legale non esista; la denominazione descrittiva ove non sia presente quella usuale. La prima consiste nella determinazione da parte del legislatore del nome di un certo alimento: un esempio è dato dalla denominazione *cioccolato*, contenuta in una direttiva del 2000²⁵. In questi casi il legislatore fissa alcuni parametri tecnici che il produttore è tenuto a rispettare se vuole etichettare il suo prodotto come cioccolato²⁶. Nel caso della denominazione usuale manca un intervento definitorio da parte del regolatore, per cui il nome impiegato in etichetta è quello che tradizionalmente viene associato ad un certo prodotto: un esempio è rappresentato dalla denominazione *gelato*. Infine, la denominazione descrittiva è quella che si limita a descrivere il contenuto di un certo prodotto, in difetto di nomi che, legalmente o usualmente, siano utili ad identificarlo. La denominazione *bevanda a base di soia* è una denominazione descrittiva che i produttori hanno cominciato ad utilizzare all'indomani di una pronuncia della Corte di giustizia con cui i giudici hanno ritenuto illegittimo associare il termine latte o simili a prodotti puramente vegetali²⁷.

Molte denominazioni di vendita nascono in seguito ad innovazioni tecnologiche, di prodotto o di processo, che hanno posto in crisi i termini tradizionalmente impiegati per riferirsi ad un certo prodotto²⁸. È questo il caso del vino, la cui definizione come denominazione di vendita è originata in un preciso contesto caratterizzato dall'impiego di prodotti chimici in misura sempre più significativa all'interno dei processi produttivi. L'impiego di alcuni di questi composti poneva rischi per la salute umana; parimenti, causa di preoccupazione era anche il fatto che l'utilizzo della chimica potesse dar luogo a prodotti di qualità inferiore, che traevano in inganno i consumatori e danneggiavano i produttori leali.

Nonostante le preoccupazioni fossero simili, è tuttavia necessario differenziare l'esperienza europea da quella statunitense. In Europa il problema della contraffazione dei vini tramite l'impiego di composti chimici emerge con particolare forza all'indomani della crisi della fillosera²⁹. Come noto, nella seconda metà del XIX° secolo questo insetto determinò gravi danni al-

²⁴ Art. 9 par. 1, lett. a) del Regolamento (UE) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori.

²⁵ Si tratta della Direttiva 2000/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 giugno 2000, relativa ai prodotti di cacao e cioccolato destinati all'alimentazione umana.

²⁶ Si veda l'Allegato A, punto 3 della Direttiva 2000/36/CE, a mente del quale per cioccolato si intende: "il prodotto ottenuto da prodotti di cacao e zuccheri che, con riserva di quanto disposto alla lettera b), presenta un tenore minimo di sostanza secca totale di cacao del 35 %, di cui non meno del 18 % di burro di cacao e non meno del 14 % di cacao secco sgrassato".

²⁷ Corte di giustizia, 14 giugno 2017, C-422/16.

²⁸ A. STANZIANI, *Negotiating Innovation in a Market Economy: Foodstuffs and Beverages Adulteration in Nineteenth-Century France*, in *Enterprise & Society*, 2007, 8, 375.

²⁹ A. STANZIANI, *La falsification du vin en France, 1880-1905: un case de fraude agro-alimentaire*, in *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2003, 50-2, 154.

la viticoltura europea, causando un tracollo nella produzione di vini. Per far fronte a questa situazione di crisi, si ideò un programma di innovazione in campo vegetale finalizzato a realizzare varietà resistenti alla fillossera. Tuttavia, il raggiungimento di questo obiettivo richiedeva del tempo: per questo, *medio tempore*, si moltiplicarono i casi di contraffazione, ad esempio aumentando i volumi delle masse vinose tramite annacquamento o producendo vini con materie prime di qualità inferiore o non qualificabili come uve. Le pratiche di annacquamento determinavano la necessità di aggiungere coloranti chimici alle masse vinose, per ristabilire il colore del prodotto; l'uso di materie prime di bassa qualità implicavano il ricorso a correttivi, di tipo chimico, ad esempio per raggiungere i livelli di acidità tipici delle bevande alcoliche.

Negli Stati Uniti il problema della fillossera non si pose in ragione della naturale resistenza dei vitigni autoctoni al patogeno. Tuttavia, altre forme di contraffazione, sempre connesse all'impiego di prodotti chimici nei processi produttivi, andavano via via emergendo, come ad esempio quelle legate all'impiego di zuccheri non consentiti nei processi di fermentazione o all'uso di materie prime diverse dall'uva³⁰. Particolarmente frequenti erano i casi di *misbranding*, in cui si dichiarava in etichetta un'origine dei vini diversa da quella reale. Al fine di contrastare queste ed altre pratiche, anche i prodotti vitivinicoli vennero fatti rientrare all'interno del raggio operativo del *Pure Food and Drugs Act* del 1906, in particolare ritenendoli prodotti alimentari. È interessante notare come la chimica era considerata, per un verso, un nemico da combattere perché facilitava la contraffazione degli alimenti, inclusi i vini, e, per altro verso, un ausilio prezioso perché permetteva di individuare i prodotti adulterati³¹.

In entrambe le esperienze, il risultato finale è rappresentato dalla definizione di cosa si debba intendere per vino, elencando quali ingredienti possano essere impiegati e quali pratiche enologiche siano consentite. L'esercizio definitorio costituisce la risposta che gli ordinamenti apprestano per reagire ad un contesto produttivo, sia in termini socio-economici che tecnologici, che muta e che, proprio a causa del suo mutamento, mette in crisi equilibri consolidati. Non si tratta di una dinamica solo del passato: come si cercherà di illustrare nella prossima sezione, anche oggi la definizione normativa di cosa si debba intendere per vino è chiamata ad aggiornarsi a fronte dell'innovazione tecnologica.

4.1. La denominazione di vendita vino alla prova dei prodotti NoLo

La definizione della denominazione di vendita per i prodotti vitivinicoli richiede la presenza di un certo contenuto alcolico. Così, l'OIV (*Organisation Internationale de la Vigne et du Vin*) prevede che "il vino [sia] esclusivamente la bevanda risultante dalla fermentazione alcolica totale o parziale dell'uva fresca, pigiata o meno, o del mosto d'uva. Il suo titolo alcolometri-

³⁰ E.T. BYSZEWSKI, *What's in the Wine? A History of FDA's Role*, in *Food and Drug Law Journal*, 2002, 57, 545.

³¹ E.T. BYSZEWSKI, *op. cit.*, 548-549.

co volumico effettivo non può essere inferiore a 8,5% vol.”. La norma europea stabilisce che la denominazione vino riguarda “il prodotto ottenuto esclusivamente dalla fermentazione alcolica totale o parziale di uve fresche, pigiate o no, o di mosti di uve”, precisando che il tenore alcolico non può essere inferiore a 9% e non può superare i 15% e che deve avere “un'acidità totale espressa in acido tartarico non inferiore a 3,5 g/l”³².

Questa definizione ormai consolidata ha cominciato ad andare in crisi nel momento in cui sono stati introdotti nuovi processi e nuove tecnologie che hanno permesso di dealcolare i prodotti vitivinicoli³³. Un primo caso emerse già alla fine degli anni '80 del secolo scorso, quando le autorità francesi contestarono ad un produttore di aver commercializzato prodotti vitivinicoli il cui contenuto alcolico era stato azzerato e la cui etichetta riportava “vino senz'alcol”³⁴. Al tempo la norma comunitaria definiva la denominazione vino facendo riferimento unicamente alla fermentazione alcolica delle uve, senza prevedere in via generale una gradazione minima. Il produttore riteneva che la dicitura impiegata fosse corretta poiché la bevanda era stata effettivamente fabbricata facendo fermentare delle uve: solo successivamente a tale fermentazione la componente alcolica era stata rimossa. I giudici ritengono, al contrario, che l'espressione *de quo* violi la disciplina comunitaria poiché il contenuto alcolico deve essere presente al momento della commercializzazione del prodotto, non al momento della sua fabbricazione; in aggiunta, le pratiche enologiche di dealcolazione non erano tra quelle consentite a livello europeo, per cui si ricava, *a contrariis*, che il tenore alcolico debba permanere anche nel prodotto finale³⁵.

La questione è tornata di attualità nei primi anni 2000 quando l'OIV, con una propria risoluzione del 2004³⁶, ha riformato il Codice internazionale delle pratiche enologiche prevedendo l'aggiunta di trattamenti enologici finalizzati alla dealcolazione parziale del vino, intesa come asportazione di una parte dell'etanolo. È da notare come la risoluzione né intervenga sul tema della denominazione di vendita, per cui il prodotto per poter essere etichettato come vino deve continuare a dover rispettare i tenori alcolici minimi e massimi previsti a livello generale, né preveda forme di dealcolazione totale del vino. A livello europeo, con il reg. 606/2009 si ammette per la prima volta la pratica enologica di dealcolizzazione parziale del vino, solo

³² All. VII, parte II, reg. (UE) 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli. Alcune eccezioni trovano applicazione rispetto ai valori indicati dalla norma in via generale.

³³ Per una ricostruzione storica attenta si veda G. STRAMBI, *Il vino dealcolizzato o parzialmente dealcolizzato come «prodotto innovativo» per il mercato dell'Unione europea alla luce del regolamento (UE) n. 2021/2017*, in *Diritto agroalimentare*, 2023, 567, nonché ID., *I vini dealcolizzati alla ricerca di identità*, in *Riv. dir. alim.*, 2025, 3, 36.

³⁴ Corte di giustizia 25 luglio 1991, C-75/90; J. GAUTIER, *La definizione giuridica di vino*, in *Riv. dir. agr.*, 1993, I, 416.

³⁵ La disciplina comunitaria prevede che si possano utilizzare solo le pratiche enologiche previamente ammesse.

³⁶ OIV, risoluzione ENO 10/2004, Dealcolizzazione parziale del vino.

per il prodotto vino e con esclusione dei vini DOP e IGP³⁷. Tale pratica non poteva però portare a vini dealcolati, vale dire inferiori alla gradazione minima prevista per la categoria vino, ma serviva unicamente a ridurre la gradazione alcolica naturalmente presente in concentrazione alta nel vino, specie come conseguenza di cambiamenti climatici.

Il Codice internazionale delle pratiche enologiche è stato ulteriormente riformato dall'OIV nel 2012, con tre risoluzioni che hanno toccato il tema dei vini senz'alcol. Le prime due hanno introdotto la distinzione tra dealcolizzazione dei vini³⁸ e correzione del tenore alcolico dei vini³⁹, in entrambi i casi aggiornando le tecniche di asportazione dell'etanolo dal vino e prevedendo limiti al loro impiego. La differenza tra le due ipotesi è che nel caso della dealcolizzazione si sottrae una parte o la quasi totalità dell'etanolo, mentre nel caso della correzione si riduce l'eccesso di etanolo. Come si può notare, la risoluzione sulla dealcolizzazione sembra aprire, di fatto, alla realizzazione di prodotti senz'alcol, a differenza della precedente risoluzione del 2004. La terza risoluzione, sempre del 2012, incide più direttamente sulla presentazione dei vini che hanno subito processi di dealcolazione, prevedendo due nuove espressioni: 1. *bevanda ottenuta dalla dealcolizzazione del vino*, se la gradazione è inferiore allo 0,5%; 2. *bevanda ottenuta dalla dealcolizzazione parziale del vino*, se la gradazione è superiore allo 0,5% ma inferiore alla gradazione minima prevista per la categoria vino⁴⁰. Le risoluzioni contengono una nota che specifica che non è precluso impiegare le denominazioni *vino dealcolato* o *vino parzialmente dealcolato* se la legislazione nazionale lo consente.

L'anno successivo il legislatore europeo modifica il reg. 606/2009 e accoglie la risoluzione OIV in tema di correzione del tenore alcolico dei vini⁴¹, mentre non dà applicazione alle altre due risoluzioni riguardanti la dealcolizzazione dei vini e l'inserimento di due nuove espressioni. In altri termini, e pur con alcuni aggiustamenti, la disciplina europea ha continuato a prevedere che la denominazione vino possa essere impiegata per bevande che rientrano in un certo *range* di tenore alcolico.

Nel 2016 l'OIV è intervenuta una terza volta, raccomandando, nella più ampia categoria dei vini speciali, l'introduzione della categoria del *vino a tenore alcolico modificato mediante dealcolizzazione*, dove quest'ultima è intesa come riduzione del titolo alcolometrico iniziale in proporzione superiore al 20%⁴².

³⁷ Regolamento (CE) 606/2009 della Commissione del 10 luglio 2009 recante alcune modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 479/2008 del Consiglio per quanto riguarda le categorie di prodotti vitivinicoli, le pratiche enologiche e le relative restrizioni.

³⁸ Si tratta della risoluzione OIV-OENO 394A del 2012.

³⁹ Si tratta della risoluzione OIV-OENO 394B del 2012.

⁴⁰ Si tratta della risoluzione OIV-ECO 432 del 2012.

⁴¹ Regolamento di esecuzione (UE) n. 144/2013 della Commissione, del 19 febbraio 2013, che modifica il regolamento (CE) n. 606/2009 per quanto riguarda alcune pratiche enologiche e le relative restrizioni, e il regolamento (CE) n. 436/2009 per quanto riguarda l'iscrizione di tali pratiche nei documenti che scortano il trasporto dei prodotti vitivinicoli e la tenuta dei registri nel settore vitivinicolo.

⁴² Si tratta della risoluzione OIV-ECO 523 del 2016.



Con la riforma della Politica Agricola Comune operata nel 2021, il legislatore comunitario ha affrontato più direttamente la questione dei vini c.d. NoLo (*No o Lo alcohol*), spostando l'attenzione dalla dealcolizzazione come *mero trattamento* applicabile ai prodotti vitivinicoli alla dealcolizzazione come *pratica enologica* che è sottoposta a specifiche regole e che dà luogo ad una categoria speciale di prodotto, con regole *ad hoc* in tema di etichettatura. In particolare, la riforma ha riguardato tre aspetti. In primo luogo, è stato modificato l'Allegato VIII del reg. 1308/2013 che disciplina le pratiche enologiche ammesse all'interno della UE, prevedendo la possibilità di ridurre parzialmente o quasi totalmente l'etanolo nel vino tramite le tre tecniche già previste nelle risoluzioni OIV⁴³. In secondo luogo, l'art. 119, par. 1 lett. a) del reg. 1308/2013, come riformato, stabilisce, nel caso in cui il vino abbia subito un processo di dealcolizzazione, l'obbligo di indicare in etichetta «dealcolato» (se il titolo alcolico non è superiore a 0,5%) o «parzialmente dealcolato» (se il titolo alcolico è inferiore a 0,5%). In tal modo il legislatore ha applicato la nota apposta alla risoluzione OIV del 2012 riguardante le denominazioni dei vini NoLo che, come visto, specifica che non è precluso impiegare le denominazioni 'vino dealcolato' o 'vino parzialmente dealcolato' se la legislazione nazionale lo consente. Infine, è stato modificato l'art. 92, par. 1 del reg. 1308/2013, il quale ora sancisce l'incompatibilità tra prodotti vitivinicoli recanti una Denominazione di Origine Protetta (DOP) o Indicazione Geografica Protetta (IGP) e i procedimenti di dealcolizzazione totale. Nel successivo art. 94, che regola i disciplinari di produzione dei vini DOP e IGP, è stato aggiunto un terzo paragrafo, con il quale si è stabilita la possibilità di dealcolizzazione parziale per denominazioni di origine ed indicazioni geografiche; in questo ultimo caso è tuttavia necessario inserire, all'interno del disciplinare, specifiche previsioni a tal fine.

In Italia, il Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, con proprio decreto del dicembre 2024, ha stabilito una serie di norme di dettaglio per dare attuazione alla riforma comunitaria del 2021⁴⁴. Il testo riprende le denominazioni già introdotte a livello europeo, rimodulando in parte la forma linguistica; in luogo di *dealcolato* (traduzione dall'inglese *de-alcoholised*) si preferisce il (più elegante) termine *dealcolato*; in aggiunta, si precisano alcuni dei limiti alle pratiche di sottrazione dell'etanolo previste in termini generali nel regolamento del 2021, ad esempio con riferimento agli stabilimenti in cui i processi di dealcolazione, totale o parziale, possono avvenire, all'impiego dei sottoprodotti o, ancora, agli obblighi di notifica preventiva di tali processi. Degno di nota è che, all'art. 3, si preveda che la dealcolazione, sia essa totale o parziale, non può essere eseguita per i prodotti DOP e IGP. Si tratta di una norma più restrittiva rispetto a quella prevista a livello unionale poiché, come si ricorderà, nel caso di DOP e IGP viene esclusa solo la dealcolazione totale. A margine, è da segnalarsi come il decreto italiano sia stato pubblicato dopo un *iter* piuttosto

⁴³ Si tratta in particolare della lettera E dell'Allegato VIII.

⁴⁴ D.M. 20 dicembre 2024, Disposizioni nazionali di attuazione del regolamento (UE) n. 1308/2013 e ss. mm. e ii. del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i vini dealcolati, modificato con successivo decreto del 14 maggio 2025.



travagliato, in cui il Ministro dell'agricoltura si era più volte espresso in senso contrario rispetto alla possibilità di ricondurre i NoLo all'interno della denominazione *vino*, ritenendo che tale tipologia di prodotti potesse incidere negativamente sulla reputazione dei vini italiani e sulla tradizione vitivinicola nostrana⁴⁵.

Se si sposta lo sguardo oltreoceano e si considera, in particolare, l'esperienza statunitense, in via preliminare è da sottolineare come gli Stati Uniti non siano membri dell'OIV e, quindi, la loro legislazione non sia stata influenzata, quantomeno direttamente, dalle risoluzioni che si sono ricordate in precedenza. La stessa definizione di cosa sia vino si discosta da quella offerta dall'OIV, in primo luogo perché negli *standards of identity* riferiti ai prodotti vitivinicoli non si trovano di per sé riferimenti al contenuto (massimo o minimo) di etanolo⁴⁶. Ciò non significa che il vino non sia definito facendo riferimento (anche) al suo tenore alcolico: il Federal Alcohol Administration (FAA) Act prevede che le varie categorie di vino debbano avere, per essere tali, un contenuto alcolico compreso nell'intervallo tra 7% e 24%⁴⁷.

Al di là della questione definitoria appena ricordata, la regolazione dei prodotti alcolici negli USA in pone, su un piano più generale, in modo peculiare, sia per ragioni storiche che istituzionali. Sul piano istituzionale, la competenza a regolare i prodotti vitivinicoli a livello federale è in capo all'Alcohol and Tobacco Tax & Trade Bureau (TTB). I singoli Stati hanno poi competenze regolatorie per quanto riguarda la vendita al consumo dei prodotti alcolici sul proprio territorio. Tuttavia, nel caso dei prodotti NoLo la competenza è in capo alla Food and Drug Administration (FDA): la ragione è dovuta al fatto che tali prodotti, non rientrando tecnicamente nella categoria dei vini, sono sottratti come tali al raggio di azione del TTB. Non si tratta solo di una questione di competenze in capo ad agenzie federali: poiché non sono qualificabili come *wine*, i prodotti senza o con poco alcol non sono soggetti al FAA Act, bensì al Federal Food, Drug, and Cosmetic Act. Quest'ultimo disciplina la produzione e commercializzazione dei prodotti alimentari in generale: a livello operativo, ciò significa che i vini NoLo seguono regole di etichettatura differenti, almeno in parte, rispetto a quelle applicabili agli altri vini. Una delle differenze più importanti riguarda il fatto che i vini senza alcol o con contenuto inferiore al 7% non necessitano del c.d. COLA (Certificate Of Label Approval). L'acronimo si riferisce ad un certificato rilasciato dal TTB con cui si valuta, prima dell'immissione in commercio del prodotto, la conformità delle informazioni contenute in etichetta alle normative federali applicabili. Si tratta, in altri termini, di uno *screening* preventivo che autorizza l'impiego di una data etichetta su un prodotto vitivinicolo.

⁴⁵ Si veda in tal senso l'intervista rilasciata dal Ministro dell'agricoltura Lollobrigida nell'aprile 2024: <https://www.gamberorosso.it/vino/lollobrigida-vino-dealcolato-estirpazione-vigneti/>.

⁴⁶ Cfr. in particolare 27 CFR Part 4.

⁴⁷ Cfr. 27 USC 211 (6).

Sul piano storico, il Proibizionismo ha rappresentato una forza che ha profondamente influenzato l'evoluzione del *wine law* d'oltreoceano⁴⁸. Prima con il 18° emendamento alla Costituzione e poi con il Volstead Act, entrambi del 1919, si proibì la produzione e commercializzazione sul suolo statunitense di bevande che avessero un contenuto alcolico superiore a 0,5%⁴⁹. Ciò ha avuto un impatto anche sul tema dei vini NoLo se non altro perché si cominciò a parlare, già dagli anni '20 del secolo scorso, della possibilità di commercializzare vini e birre *light*, vale a dire con un tenore alcolico inferiore al 3%. Le proposte, evidentemente tese in quel contesto a rendere meno rigido il Volstead Act, non ebbero successo e fino all'abrogazione del 18° emendamento nel 1933 non fu possibile la produzione neppure di bevande alcoliche *light*. Ciò nonostante, l'idea che si dovessero promuovere bevande alcoliche con basso contenuto alcolico rimase anche negli anni successivi alla fine del Proibizionismo, come testimoniano le modifiche agli *standards of identity* per i prodotti vitivinicoli che vennero implementate alla fine degli anni '30⁵⁰.

Oggi, la disciplina dei vini dealcolati è contenuta in una *Compliance Policy Guide* pubblicata dall'FDA nel novembre del 2005⁵¹, la quale stabilisce che i termini *dealcoholized* o *alcohol-removed* possono essere inseriti in etichetta immediatamente prima del termine *wine* e devono essere resi in caratteri di eguale tipo e grandezza della parola vino stessa. Al contempo, al fine di evitare qualsiasi rischio di confusione per i consumatori, la guida specifica che la dicitura vino dealcolato debba essere accompagnata dalla precisazione "contains less than 0.5 percent alcohol by volume". Se il vino contiene più dello 0,5% di alcol le espressioni *dealcoholized* o *alcohol-removed* non possono essere utilizzate; se invece rimane sotto tale soglia, l'FDA permette l'impiego anche della dicitura *non-alcoholic*. Per quanto riguarda il termine *alcohol-free*, questa è ammessa solo per bevande che contengono tracce di alcol non rilevabili; ciò implica che *non-alcoholic* e *alcohol-free* non vanno considerati come sinonimi.

Come si sarà notato, la *Policy Guide* non prende posizione in merito ai vini parzialmente dealcolati: non è quindi immediatamente chiaro quali espressioni si possano impiegare per vini il cui tenore alcolico è ricompreso nella forchetta tra 0,5% e 7%. Si può tuttavia immaginare che i produttori possano utilizzare espressioni come *partially dealcoholised* conformemente ai principi generali che governano l'etichettatura degli alimenti negli Stati Uniti, quali in particolare il principio della *disclosure over suppression* delle informazioni in campo alimentare e la protezione accordata al *commercial speech*⁵². Essi rimangono in ogni caso soggetti alle regole in tema di etichet-

⁴⁸ Sull'evoluzione storica del diritto vitivinicolo statunitense si veda R. MENDELSON, *From Demon to Darling. A Legal History of Wine in America*, Berkeley, University of California Press, 2009.

⁴⁹ R. MENDELSON, *op. cit.*, 50 ss.

⁵⁰ R. MENDELSON, *op. cit.*, 133-134.

⁵¹ CPG sec. 510.400 Dealcoholized Wines and Malt Beverages – Labeling.

⁵² Su questi principi, anche in chiave comparativa, cfr. M. FERRARI, *Tutela della salute, protezione dei consumatori e libertà di espressione nella disciplina delle indicazioni nutrizionali e sulla salute*, in *Riv. dir. alim.*, 2016, 2, 4.

tatura stabilite dall'FDA poiché non sono definibili come vino ai sensi del FAA Act.

5. Considerazioni finali

| 531

L'analisi comparata delle diverse esperienze riportate permettere di porre in luce alcuni elementi. In primo luogo, il punto di partenza è rappresentato, nell'ottica funzionalista, dalla questione di come l'innovazione tecnologica ponga nuovi problemi che l'ordinamento è chiamato a risolvere. In particolare, nei casi che si sono analizzati le innovazioni tecnologiche, legate all'impiego di fattori chimici e di nuovi processi produttivi, pongono in crisi assetti consolidati con implicazioni su aspetti più prettamente tecnico-giuridici, quali la definizione delle denominazioni di vendita e la regolazione delle pratiche enologiche. Il problema rappresenta quindi un punto di partenza, ma non di arrivo, attorno al quale sviluppare un'ipotesi di ricerca.

Nell'affrontare il problema è tuttavia necessario calarlo in un contesto. Questo può essere di diversa natura. Ad esempio, nel caso studio che si è abbozzato, a venire in rilievo è il contesto normativo, caratterizzato dall'intreccio di fonti multilivello, alcune cogenti, come quelle comunitarie, altre orientative, come quelle dell'OIV. La norma nazionale reagisce ad input diversi, strutturandosi in parte come risposta ad indicazioni esterne, in parte come risultato di scelte puramente nazionali.

Vi sono poi altri elementi contestuali che possono assumere rilievo e che possono essere i più vari. Così, nel caso studio che si è trattato precedentemente ne emergono tre con particolare forza. Il primo riguarda la tutela della salute pubblica: è evidente che la scelta di permettere o meno la commercializzazione di prodotti NoLo si interseca con questioni di *health policy* che, a loro volta, possono differire in dipendenza dell'esperienza considerata: in alcune aeree le modalità di consumo delle bevande alcoliche possono determinare una maggiore incidenza di malattie alcol-correlate; in altre ci può essere una minore percezione della pericolosità derivante dall'uso di alcol. I prodotti NoLo possono quindi rappresentare una soluzione più o meno efficace per promuovere politiche di salute pubblica.

Il secondo elemento concerne l'opportunità di considerare nuovi spazi di mercato. Il caso più emblematico può essere rappresentato dalla commercializzazione di vini senz'alcol in realtà dove il consumo di alcol è proibito, come in alcuni paesi in cui la popolazione è di fede islamica. Ma i prodotti NoLo, specie se totalmente privi di alcol, potrebbero ricavarli una nicchia di mercato differenziata anche in quelle esperienze dove la commercializzazione delle bevande alcoliche è sottoposta a monopoli, come in alcuni paesi dell'area scandinava, sottraendosi a quella cornice regolativa.

Il terzo elemento che merita di essere ricordato è rappresentato dal sostrato culturale e dall'influenza che questo ha sul contenuto delle norme. Esso può avere caratteristiche diverse e incidere in misura più o meno significativa sull'assetto regolativo. Sempre riprendendo il caso studio sul vino, in Italia la difesa di una nozione tradizionale e identitaria di vino ha sicuramente avuto un impatto sul dibattito che ha portato all'emanazione del decreto mi-



nisteriale sui prodotti NoLo del dicembre 2024. D'altro canto, lo stesso Testo unico della vite e del vino⁵³ nel suo articolo di apertura recita: "Il vino, prodotto della vite, la vite e i territori viticoli, quali frutto del lavoro, dell'insieme delle competenze, delle conoscenze, delle pratiche e delle tradizioni, costituiscono un patrimonio culturale nazionale da tutelare e valorizzare negli aspetti di sostenibilità sociale, economica, produttiva, ambientale e culturale". Ciò rappresenta un'ulteriore indicazione di come il vino costituisca non solo un bene commerciale, ma anche un costrutto culturale e identitario riconosciuto, protetto e valorizzato dall'ordinamento.

Al contempo, non si deve dimenticare che se posizioni regolatorie 'trazionaliste' sono in grado di tutelare un patrimonio, anche economico, significativo, dall'altro lato possono costituire un freno all'innovazione, ponendo i produttori italiani in una posizione di svantaggio competitivo rispetto a produttori che operano in altri paesi⁵⁴. Lo stesso decreto ministeriale del dicembre 2024, che ha introdotto anche in Italia la possibilità di produrre vini dealcolati o parzialmente dealcolati, nella sua versione iniziale prevedeva una serie di limitazioni, quali il divieto di produrre le bevande NoLo nei medesimi stabilimenti in cui sono realizzate le bevande alcoliche convenzionali, che di fatto ne frustravano i fini. Alcune di queste limitazioni sono state eliminate nel maggio 2025⁵⁵, sebbene permangano alcuni aspetti problematici legati al tema delle accise, per cui una parte del mondo produttivo lamenta tuttora l'impossibilità di fatto di produrre in Italia vini dealcolati o parzialmente dealcolati⁵⁶.

Spostandoci oltreoceano, anche in quell'esperienza il sostrato storico-culturale assume un peso che non può essere trascurato. Come accennato, la questione della salute pubblica ha sia condizionato la percezione riguardo al consumo delle bevande alcoliche, il cui esito più importante è rappresentato storicamente dal Proibizionismo, sia determinato un approccio regolativo di tipo restrittivo, caratterizzato da un sistema distributivo fortemente disciplinato che in molti Stati fa capo a veri e propri monopoli. In questo contesto, i vini NoLo non costituiscono una minaccia ad un prodotto iconico per la società statunitense, bensì sono in grado di rappresentare un'ulteriore tessera di una strategia più complessiva attenta tradizionalmente ai rapporti tra alcol e salute pubblica.

La molteplicità dei nessi che plasmano i rapporti tra innovazione tecnologica e diritto agroalimentare comporta la necessità di sviluppare un'analisi comparatistica che abbia un alto tasso giusrealista e che sia ricca di dati e

⁵³ L. 238 del 12 dicembre 2016, Testo unico della vite e del vino.

⁵⁴ Si tratta di un tema connesso a quello della c.d. *regulatory competition*, su cui A. OGUS, *Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, 48, 405.

⁵⁵ Cfr. D.M. 14 maggio 2025, Modifica del decreto del Ministero dell'Agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste 20 dicembre 2024, n. 672816 recante "Disposizioni nazionali di attuazione del regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i vini dealcolati".

⁵⁶ G. DELL'OREFICE, *Vini dealcolati, produzione in stand-by. La disciplina fiscale scatta solo dal 2026*, il Sole 24 Ore, 5 giugno 2025, reperibile all'indirizzo: <https://www.ilsole24ore.com/art/vini-dealcolati-produzione-stand-by-disciplina-fiscale-scatta-solo-2026-AHy12K6>.

informazioni⁵⁷, al fine di rendere la complessità della regolazione in un settore caratterizzato da un ricco intreccio di variabili storiche, istituzionali, socio-culturali, geografiche ed economiche. Peraltro, la relazione di dati e informazioni con il problema che, come sottolineato, è al centro dell'approccio funzionalista, non va intesa in senso meccanicistico. Infatti, tale rapporto non è necessariamente lineare e unidirezionale, nel senso che dati e informazioni costituiscono lo sfondo del problema, quasi fossero un elemento aggiunto *ad colorandum*. Al contrario, può succedere che dati e informazioni portino a rivedere il problema, ridefinendone i contorni oppure segnalandone la marginalità in un dato contesto: a quest'ultimo riguardo, si pensi al consumo di alcol nei paesi di religione islamica. Si potrebbe così arrivare a sostenere che il metodo funzionalista perda la sua ragione d'essere nell'analisi comparatistica proprio perché il problema potrebbe assumere rilievo secondario. In realtà, il problema offre comunque il punto di partenza; un punto di partenza in evoluzione, dai contorni non necessariamente definiti, ma che, purtuttavia, costituisce un utile momento d'avvio per l'indagine comparatistica.

In tal senso, più che parlare di *alternatività* tra i diversi, possibili approcci metodologici alla comparazione, quasi che l'uno debba necessariamente escludere l'altro, potrebbe essere utile pensare ad una loro *integrazione* finalizzata a rendere la complessità e ricchezza delle risposte regolative che gli ordinamenti elaborano per rispondere ai nuovi problemi che l'innovazione tecnologica pone. Tale integrazione non va intesa in senso sincretico, come proposta di un super-metodo che inglobi tutti i metodi esistenti, bensì in senso modulare e selettivo, per cui, di volta in volta, ad essere combinati dovranno essere quei metodi che, a fronte di una specifica risposta regolativa, permettano al comparatista di comprendere perché in quel contesto si è data proprio quella risposta e quali siano i fattori che spiegano affinità e divergenze rispetto alle soluzioni introdotte in altri ordinamenti. In ciò, lo si ripete, il metodo funzionalista può rappresentare il meccanismo di innesco dell'analisi comparatistica grazie alla sua capacità di porre in esponente un problema; e, tuttavia, l'analisi del problema e delle reazioni in punto di diritto che ne sono derivate non può rimanere chiusa all'interno del funzionalismo, ma deve aprirsi ad altri metodi che, selezionati dal ricercatore secondo le proprie sensibilità e un approccio *case-based*, permettano di arricchire con ulteriori dati, informazioni e riflessioni la comprensione del fenomeno oggetto di studio.

⁵⁷ S.A. SMITH, *Comparative Legal Scholarship as Ordinary Legal Scholarship*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2013, 1.



SAVING THE HARVEST: LEGAL FRAMEWORKS TO TACKLE GLOBAL FOOD LOSS AND WASTE

Di Francesco Planchenstainer

| 535

SUMMARY: *1. Introduction: the extension of the phenomenon of food waste and loss (FWL). – 2. Definition and key concepts. – 3. Development goals and international legal frameworks. – 4. Policy models to tackle FWL. – 4.1. The punitive model. – 4.2. The Incentivizing Model. – 5. Legal obstacles to the optimal use of food. – 5.1. Food donations and legal liability. – 5.2. Food conversion into animal feed. – 5.3. Date marking and consumer education. – 5.4. Food safety rules in the context of food donations. – 6. Transparency, non-financial reporting and reputational incentives. – 7. Future challenges to combat FWL and possible legal avenues. – 7.1. Dynamic shelf-life and innovative packaging. – 7.2. Improvement of supply chain conditions. – 7.3. Adopting mandatory reporting standards. – 7.4. Influencer Communication: Curbing Harmful Messaging and Encouraging Responsible Practices. – 8. Conclusion.*

ABSTRACT. *Food loss and waste (FLW) is a critical global challenge impacting food security, environmental sustainability, and human rights. Despite sufficient global production, widespread hunger persists while over one billion tons of food are wasted annually. This article examines international and domestic legal frameworks addressing FLW, primarily focusing on the European Union and the United States. After clarifying the concepts of food loss, food waste, and surplus food within the context of the right to food and UN SDG 12.3, the study analyzes three primary regulatory models: punitive measures, incentive-based frameworks, and public-private partnerships. Through comparative case studies, it explores how jurisdictions blend these approaches and examines key legal barriers to food optimization, including donation liability, animal feed regulations, date labeling confusion, and safety rules. Additionally, the paper assesses the impact of corporate transparency, sustainability reporting, and environmental marketing claims. Finally, it addresses emerging challenges and opportunities, such as intelligent packaging, AI-driven supply chains, and influencer marketing regulation. Ultimately, the article argues that effective FLW reduction requires a holistic legal strategy combining regulatory innovation, stakeholder collaboration, consumer education, and adaptive governance.*

Lo spreco alimentare rappresenta una sfida globale cruciale, con un forte impatto sulla sicurezza alimentare, la sostenibilità ambientale e i diritti umani. Nonostante la produzione mondiale sia sufficiente a sfamare la popolazione, la fame rimane diffusa, mentre ogni anno si spreca oltre un miliardo di tonnellate di cibo. Questo articolo esamina i modelli giuridici internazionali e nazionali sviluppati per contrastare il fenomeno, concentrandosi principalmente sull'Unione Europea e sugli Stati Uniti. Dopo aver chiarito i concetti di perdita alimentare, spreco alimentare e cibo in eccedenza nel contesto del diritto al cibo e dell'SDG 12.3 delle Nazioni Unite, lo studio analizza tre modelli normativi principali: misure punitive, modelli basati su incentivi e partenariati pubblico-privati. Attraverso un approccio compa-



relative a diversi casi di studio, l'articolo esplora il modo in cui le diverse giurisdizioni combinano questi approcci ed esamina le principali barriere legali all'ottimizzazione della filiera alimentare, tra cui la responsabilità civile legata alle donazioni di cibo, le normative sui mangimi animali, la confusione dei consumatori sull'etichettatura della data di scadenza e le norme di sicurezza che influenzano un efficiente uso del cibo. Inoltre, viene valutato l'impatto della trasparenza aziendale, della rendicontazione di sostenibilità e dei claim di marketing ambientale. Infine, il testo affronta le sfide e le opportunità emergenti, come gli imballaggi intelligenti, le catene di approvvigionamento guidate dall'IA e la regolamentazione dell'influencer marketing. In conclusione, l'articolo sostiene che una riduzione efficace dello spreco alimentare richieda una strategia legale olistica che combini innovazione normativa, collaborazione tra i diversi soggetti della filiera, educazione dei consumatori e meccanismi di governance dinamici.

1. Introduction: the extension of the phenomenon of food waste and loss (FWL).

In a world where tons of food are discarded daily, the stark reality remains: between 638 and 720 million people endure hunger in 2024, and among children aged 6 to 23 months only one third enjoyed dietary diversity¹.

Food loss and waste (FWL) represent a global challenge, with over 1 billion tons of food discarded annually: 60% by households, 27% by food services, and 12% by retailers. This inefficiency contributes to 8–10% of global greenhouse gas emissions and undermines food security for over 783 million people².

At the household level, consumers account for most of the food waste, contributing approximately 60% of the total. The food service and retail sectors are responsible for an additional 27% and 12%, respectively (highlighting the systemic nature of inefficiencies across the food supply chain)³.

From an environmental standpoint, addressing food waste is a critical component of climate mitigation efforts, given that discarded food accounts for an estimated 8–10% of global greenhouse gas emissions⁴. As highlighted by the United Nations Environment Programme (UNEP), food waste is a pervasive issue affecting both high- and low-income countries, with no significant disparities in its prevalence⁵.

This contribution does not seek to provide an exhaustive analysis of all legal issues surrounding food waste and loss (FWL). Rather, it offers a structured overview of the principal legal challenges associated with the phenomenon, supported by selected comparative examples that illustrate the diversity of regulatory approaches adopted across jurisdictions (with a specific focus on the EU and US).

Section 2 introduces key concepts and outlines the international obligations relevant to FWL. Section 3 analyzes the existing international legal architecture governing food loss and waste. Section 4 identifies legal barriers that hinder the optimal use of food, while Section 6 highlights unresolved legal challenges and proposes policy recommendations. The article concludes in Section 7 with reflections on future directions for legal reform and governance.

¹ FAO et al., *The State of Food Security and Nutrition in The World*, 2025, xii, available at: <https://openknowledge.fao.org/server/api/core/bitstreams/e612e779-ec47-44c2-a3e0-499569c3422d/content>.

² UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *Think Eat Save Tracking Progress to Halve Global Food Waste*, 2024, available at <https://www.unep.org/resources/publication/food-waste-index-report-2024>, xi.

³ *Id.*, xii.

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Id.*, xiv.

2. Definition and key concepts

A central debate in legal scholarship concerns the definition of the phenomenon. At the international level, the Food and Agriculture Organization and the United Nations Environment Programme have developed two distinct concepts: food waste and food loss. These definitions are constantly used at the international level, although most of the time “waste” and “loss” are used as endonyms.

The FAO defines Food Loss as “the decrease in edible food mass throughout the part of the supply chain that specifically leads to edible food for human consumption. Food losses take place at production, post-harvest and processing stages in the food supply chain”⁶.

Food loss primarily occurs in upstream supply chain stages due to inefficient farming practices, poor post-harvest handling, and inadequate storage (especially where temperature control is lacking). Transportation delays and weak cold chain logistics further accelerate spoilage. While manufacturers implement quality controls, their contribution to total food loss remains minimal⁷.

According to UNEP, “food waste” is “food and the associated inedible parts removed from the human food supply chain in the following three sectors: retail, food service and households”⁸.

In addition to the concepts of food loss and food waste, the European Union has introduced the notion of “surplus food” in the context of food donation. This term refers to food products, ingredients, or partly formulated items that become excess at any stage of the production and distribution chain. Surplus food may be redistributed for human consumption, provided it complies with all relevant food safety and consumer information regulations⁹.

“Removed from the human food supply chain” means one of the following end destinations: landfill, controlled combustion, sewer, litter/discards/refuse, co/anaerobic digestion, compost/aerobic digestion or land application¹⁰.

A key conceptual framework in addressing food waste and loss (FWL) is the “waste hierarchy”, which ranks intervention strategies according to their environmental and social desirability. At its apex are prevention and the optimization of food use, while disposal represents the least preferred option.

⁶ J. GUSTAVSSON ET AL., *Global Food Losses and Food Waste: Extent, Causes and Prevention*, in *International Congress: Save Food!*, Congress Proceedings of Düsseldorf 16-17.5.2011, Düsseldorf, 2011, 2.

⁷ V. PASARÍN E T. VUORI, *Enabling a Legal Environment for the Prevention and Reduction of Food Loss and Waste*, Legal Brief 9, ROMA, 2022 available at: <https://openknowledge.fao.org/server/api/core/bitstreams/d00567a4-e47e-4814-bca7-75123709bbf2/content>.

⁸ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *supra* note 1, xv.

⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Notice – EU Guidelines on Food Donation (2017/C 361/01)*, Official Journal of the European Union, C 361, 25 October 2017, 1–29.

¹⁰ J. VON BRAUN, M. SANCHEZ SORONDO E R. STEINER, *Reduction of Food Loss and Waste: The Challenges and Conclusions for Actions*, in J. VON BRAUN, K. AFSANA, L. O. FRESCO E R. STEINER (eds.), *Science and Innovations for Food Systems Transformation*, Springer, Cham, 2023, 569 ss.

Legal and policy efforts should prioritize exhausting all viable avenues for food utilization before resorting to disposal. This approach has been embedded for example in the EU Waste Directive, that includes provision to combat FWL.

3. Development goals and international legal frameworks

Having defined the key concepts, we now turn to the international legal obligations governing FWL. The right to food is firmly embedded in international human rights law, reflected across a range of foundational legal instruments that collectively affirm access to adequate nutrition as a core component of human dignity and well-being.

The right to food is enshrined in international human rights law, notably in the Universal Declaration of Human Rights¹¹, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)¹², and other core treaties protecting children¹³, women¹⁴ and persons with disabilities¹⁵.

However, it was not until 2012, with the United Nation Conference on Sustainable Development and the consequent adoption of the Sustainable Development Goals (SDGs)¹⁶, that the phenomenon of FWL gained international legal recognition. The 2030 Agenda for Sustainable Development includes SDG 12.3 which calls UN member countries to “By 2030, halve per capita global food waste at the retail and consumer levels, and reducing food losses along production and supply chains, including post-harvest losses”¹⁷. Under the SDG, food loss reduction was entrusted FAO and food waste reduction to UNEP recognizing the two UN agencies as joint custodian for the goal. FAO oversees Indicator 12.3.1(a) (i.e. Food Loss Index) and UNEP oversees Indicator 12.3.1(b) (i.e. Food Waste Index).

Following the adoption of the goals, a debate emerged among observers regarding the scope of the numerical target. Specifically, questions were raised as to whether the 50% reduction applied solely to food waste, as explicitly stated, or also encompassed food loss, which is mentioned without a quantified benchmark. In response, Champion 12.3, a multi-stakeholder coalition comprising representatives from governments, businesses, international organizations, research institutions, farmer groups, and civil society, intervened to clarify the interpretation. On behalf of its members, the coalition affirmed that the 50% reduction target should be understood to apply

¹¹ Art. 25, § 1, Universal Declaration of Human Rights.

¹² art. 11, §§ 1-2, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

¹³ art. 24, § 2 lett. c, Convention on the Rights of the Child.

¹⁴ art. 12, § 2, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.

¹⁵ art. 28, § 1, Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

¹⁶ Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, G.A. Res. 70/1, U.N. Doc. A/RES/70/1 (Oct. 21, 2015).

¹⁷ *Ibidem*.



equally to food loss, thereby reinforcing a comprehensive approach to food system efficiency and sustainability¹⁸.

An early interpretative issue addressed by Champions 12.3 concerned whether inedible parts of food should be included within the scope of the target. To illustrate, consider an apple: the pulp is edible, whereas the core, seeds, and stalk are inedible components. Champions 12.3 proposed that FLW should encompass these inedible parts, emphasizing that the objective falls under the broader framework of sustainability goals (SDG 12) rather than food security (SDG 2). This interpretation also facilitates reporting, as collecting granular data on inedible fractions is highly complex, and cultural food practices further complicate definitions of edibility. For example, chicken feet are regarded as a delicacy in many Asian countries but are typically discarded in Europe.

Finally, it is worth noting that the European Union, by amending the Waste Framework Directive, has recently established binding internal targets requiring Member States to reduce food waste and loss (FWL) by 10% in processing and manufacturing, and by 30% per capita at the retail and consumption stages (including restaurants, food services, and households) by 2030¹⁹.

4. Policy models to tackle FWL

While the relevant development goal sets a clear target for reducing FWL, it does not prescribe the legal or policy instruments through which countries must achieve this objective²⁰. This regulatory discretion has led to a diversity of national approaches. For analytical purposes, we argue that these approaches can be categorized into three models:

- the punitive model;
- the incentive model;
- the public-private partnership model.

In practice, most national legal frameworks incorporate elements from all three models, reflecting a hybrid approach to FWL governance. Nevertheless, for the purpose of this discussion, we will examine specific legal features within selected jurisdictions that exemplify one of these models more prominently.

4.1. The Punitive Model

¹⁸ C. HANSON AT AL., *Guidance on Interpreting Sustainable Development Goal Target 12.3 (Champions 12.3)* (2017), available at <https://champions123.org/sites/default/files/2020-09/champions-12-3-guidance-on-interpreting-sdg-target-12-3.pdf>.

¹⁹ Cf. Directive (EU) 2025/1892 amending Directive 2008/98/EC on waste

²⁰ D. W. K. KHONG, J. H. L. GOH, *Anti-Food Waste Laws: A Comparative Analysis*, in *Proceedings of the International Conference on Law and Digitalization* (ICLD 2022) 15 (2022).

The punitive model relies on legal sanctions to compel private actors to reduce FWL. France, Spain, Japan, and South Korea exemplify this approach through mandatory donation laws, public shaming mechanisms, and fiscal penalties.

For example, France was one of the first countries in the world to make the wasting of food a crime with Law No. 2016-138 of 11 February 2016²¹ (*Loi relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire*). The act introduced obligations for large food retailers (>400 sqm) to partner with a charitable organization to donate unsold food and prohibited the destruction of such food. Violations can lead to fines up to €75.000 and, in some cases, imprisonment for up to two years. This law was later reinforced by Ordinance No. 2019-1069 of 21 October 2019 and Law No. 2020-105 of 10 February 2020 (*Loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire*)²², which extended obligations (preparing more than 3000 meals a day) and the food industry (whose annual turnover exceeds €50 million).

Some authors have observed that, despite the law's severe wording (including the possibility of imprisonment), its limited scope (applying only to large retailers with more than 400 m² of sales area) and the tendency for agreements with charities to become a mere procedural formality may significantly undermine its effectiveness. According to Bodiguel, this made the law just a formal requirement, without inducing real changes in the private actors' behaviors²³. Mourad notes that, despite strong legal language, the law still relies mostly on voluntary commitments²⁴.

Following the French example, also Spain passed a law Law 1/2025 of April 1, 2025 (*Ley 1/2025, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario*)²⁵, which establishes a mandatory framework to prevent and reduce FWL across the entire food supply chain. The scope of the Spanish law is larger than its French counterpart as it also addresses the hospitality and public sector²⁶.

Another example of punitive law, relying on name-shaming and penalties, is provided by the Japan's Food Recycling Law (2000)²⁷. Japan enacted

²¹ Loi n° 2016-138 du 11 février 2016 relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire (France),

²² Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (France).

²³ LUC BODIGUEL, *French Legal Scheme on Food Waste and Agri-Food Chain* (2022), in *Journal of Rural Law*, 2022, Volume, 7/2021, p.11; See also J. SZULECKA - C. BRADSHAW - L. PRINCIPATO, *Food waste governance architectures in Europe: Actors, steering modes, and harmonization trends*, in *Global Challenges*, 2024, 8, n. 10, 1 ss.

²⁴ M. MOURAD, *Did France Really Ban Food Waste? Lessons from a Pioneering National Regulation*, in S. BUSETTI & N. PACE (eds.), *Food Loss and Waste Policy*, 109, 2022.

²⁵ Ley 1/2025, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario (Spain).

²⁶ J.A. MARTÍNEZ NAVARRO, *Las implicaciones medioambientales de los desperdicios alimentarios. A propósito de la Ley española 1/2025, del 1º de abril, de Prevención de las Pérdidas y el Desperdicio Alimentario*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2026, vol. 59, n. 176, e20809; E.M. FERREIRA TELES, *Notas a la nueva Ley 1/2025, de 1 de abril, de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario*, in *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2025, n. 159, 159-180

²⁷ Law No. 116 of 2000, Law for Promotion of Recycling and Related Activities for the Treatment of Cyclical Food Resources (Food Recycling Law) (Japan). T. OKAYAMA E K.



the act to curb food waste and encourage recycling within the food industry. It applies primarily to large-scale food manufacturers generating over 100 tons of waste annually, requiring them to report waste volumes to local authorities. The law establishes a structured compliance framework that prioritizes corrective measures before imposing financial penalties. The enforcement mechanism follows a tiered approach: businesses first receive warnings and guidance to improve practices. Continued non-compliance can lead to public disclosure of the company's name, damaging its reputation. If violations persist, authorities may issue legally binding orders, and failure to comply with these can result in fines of up to JPY 1 million (around € 7.200)²⁸.

Another punitive approach relies on fiscal levies. For example, South Korea introduced the Volume-Based Food Waste Fee (VBWF) system in 2013 under the Waste Control Act²⁹ to curb food waste through economic incentives. The scheme requires households and businesses to pay fees proportional to the volume of food waste they generate, with the cost embedded in standardized disposal bags. This pricing mechanism encourages waste reduction and proper sorting for recycling and composting³⁰. Compliance is enforced through penalties for improper practices, such as using non-standard bags or failing to separate food waste. Sanctions range from fines to other corrective measures, reinforcing the system's objective of promoting sustainable waste management. By linking disposal costs directly to waste volume, the VBWF framework fosters behavioral change and supports broader recycling goals³¹.

4.2. The Incentivizing Model

Policies that rely on incentives rather than penalties or taxation aim to promote desired behaviors by rewarding specific actions. These incentives may take various legal forms, with tax deductions and credits being among the most employed.

For example, both France and Spain provide fiscal incentives for food donations. In France, tax incentives encourage food donations by both individuals and corporations. Individual donors benefit from a progressive deduction system: contributions up to €150 qualify for a 75% deduction, while amounts beyond that threshold are deductible at 30%, increasing to 35% for recurring donations over three years. Donations to organizations providing free meals enjoy a preferential rate of 75% for amounts up to €1,000. Cor-

WATANABE, *Performance of the Food Waste Recycling Law in Japan with Reference to SDG 12.3*, in *Recycling*, 2024, vol. 9, n. 1, 18.

²⁸ A. PARRY ET AL., *Preventing Food Waste - Case Studies of Japan and the United Kingdom* (2015), *OECD Food, Agriculture and Fisheries Papers*, No. 76, OECD Publishing, Paris available at: <http://dx.doi.org/10.1787/5js4w29cf0f7-en>.

²⁹ Waste Control Act, Act No. 4742, Dec. 31, 1994, amended by Act No. 14839, Jul. 26, 2017 (Republic of Korea).

³⁰ E. LEE ET AL., *The Management of Food Waste Recycling for a Sustainable Future: A Case Study on South Korea*, in *Sustainability* 2024, 16(2), 854.

³¹ *Id.*

porate donors may claim a tax credit equal to 60% of the value of donated food, as provided under Article 238 bis of the French General Tax Code³².

Spain adopts a similar approach under Law No. 49/2002, granting tax credits to both individuals and companies that donate food. For corporations, the credit is generally 35% of the net book value of donated goods, rising to 40% when donations are made to the same entity for three consecutive years. Additionally, Spain, like other EU Member States, applies a zero VAT rate to in-kind donations, including food donations to non-profit organizations³³. These fiscal measures aim to incentivize sustained contributions to food redistribution initiatives, reinforcing the legal framework for combating food waste³⁴.

Public procurement is also considered an important avenue to provide positive incentives. At the EU level, for example, the Green Public Procurement (GPP) Criteria provide voluntary guidelines for public authorities to integrate sustainability into procurement processes³⁵. These criteria aim to reduce environmental impact in the acquisition of goods, services, and works, and include sector-specific provisions for food, catering, and vending services. Their overarching goal is to encourage environmentally responsible practices through procurement choices³⁶.

For food-related services, the GPP Criteria recommend public administrations to prefer vendors that actively implement measures to prevent and manage food waste. Preferred suppliers are those with a formal waste prevention plan, including portion control and menu planning, as well as systems for redistributing surplus food to charities or food banks. Additional requirements include proper sorting and disposal of food waste and staff training on waste reduction techniques, reinforcing the role of procurement in advancing circular economy objectives³⁷.

4.3. The Public-Private Partnership Models

³² S. BAGLIONI ET AL., *Public Policy Interventions in Surplus Food Recovery in France, Germany, Italy and Spain*, in *Foodsaving in Europe* 37 (2017). M. MOURAD, *France moves toward a national policy against food waste*, New York, Natural Resources Defense Council, 2015 available at <https://www.nrdc.org/sites/default/files/france-food-waste-policy-report.pdf>.

³³ S. ARANA LANDÍN, *Tax measures to reduce food losses and waste in the United States and the European Union: a comparative analysis*, in *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 2024, 146, 1, 13.

³⁴ S. BAGLIONI et al., *Public Policy Interventions*, cit. 38.

³⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on Public Procurement for a Better Environment*, COM(2008) 400 final, 16 July 2008.

³⁶ H. SCHEBESTA, *Revision of the EU Green Public Procurement Criteria for Food Procurement and Catering Services – Certification Schemes as the Main Determinant for Public Sustainable Food Purchases?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 9, 316 (2018).

³⁷ A. BOYANO ET AL., *EU GPP Criteria for Food Procurement, Catering Services and Vending Machines Final Technical Report*, 2019, available at: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC118360>.



Up to this point, policy models have typically involved significant control or participation by the public sector. In recent years, alternative models introduced by the private sector view public administration as a facilitator of a supportive framework.

According to the literature, voluntary agreements (VAs) that involve collaboration between the public and private sectors have proven effective in reducing FWL³⁸.

For voluntary agreements (VAs) to deliver meaningful outcomes, several foundational elements are essential:

- Defined governance and accountability: VAs must operate under a clear leadership structure (whether public or private) with transparent roles and an efficient decision-making framework.
- Robust data management and evaluation: Participants should agree on standardized reporting protocols and consistent methodologies for data collection and performance measurement.

Sustainable financial support: Long-term success depends on adequate funding and investment, with public initiatives potentially providing complementary assistance³⁹.

Typically, sector-specific initiatives involve actors positioned at the same stage of the food supply chain.

A case in point is provided by Norway, whose progress in cutting food waste has been remarkable although a law was only passed in 2025⁴⁰. In 2017, the five ministries of the Norwegian Government signed a voluntary agreement with 12 major food industry organizations, whereby the food industry would commit to adopt FWL reduction targets of 15% by 2020 and 30% by 2025, applying across the entire food value chain, from primary production to retail and hospitality⁴¹. The agreement established a collaborative governance model between public authorities and private actors, requiring systematic data collection and reporting, and promoting measures such as improved production planning, redistribution of surplus food, and consumer education⁴². Under the Agreement the Governance was entrusted to the Ministry of Climate and Environment, with progress monitored through periodic evaluations to ensure transparency and accountability⁴³.

³⁸ EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR HEALTH AND FOOD SAFETY, *Reducing Food Loss and Waste: Examples of Voluntary Agreements and Other Forms of Collaborations across Europe Deliverable of the EU Platform on Food Losses and Food Waste*, 2024, available at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3803332e-2d1d-11ef-a61b-01aa75ed71a1/language-en>.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ J. SZULECKA, N. STRØM-ANDERSEN, *Norway's Food Waste Reduction Governance: From Industry Self-Regulation to Governmental Regulation?*, in *Scandinavian Political Studies*, 4586, 2022.

⁴¹ *Industry Agreement on Reduction of Food Waste of 2017* available at: <https://www.regjeringen.no/contentassets/1c911e254aa0470692bc311789a8f1cd/matsvinnavtale.pdf>.

⁴² J. SZULECKA, C. BRADSHAW E L. PRINCIPATO, *Food Waste Governance Architectures in Europe: Actors, Steering Modes, and Harmonization Trends*, in *Glob Chall.*, 2024, 8, 11, 2300265

⁴³ *Industry Agreement on Reduction of Food Waste of 2017*, *op. cit.*, 3

5. Legal obstacles to the optimal use of food

As shown above, countries use a range of measures to address the issue of FWL. From the perspective of private actors, there are various legal provisions that may limit the ability of private parties to use food efficiently and reduce FWL. The following section outlines the primary legal barriers and describes approaches taken by different countries to address them.

| 545

5.1. Food donations and legal liability

The subject of food donations, legal liability, and protection is a frequently discussed area within the context of FLW and has generated extensive scholarly research.

For example, the Center for Health Law and Policy Innovation at the Harvard Law School has established a flagship legal initiative focused on mapping food donation laws globally and advocating for the adoption of such legislation in countries where it is currently absent⁴⁴.

The US Bill Emerson Good Samaritan Food Donation Act (Good Samaritan Act)⁴⁵, enacted by US Congress in 1996 on the model provided by several State statutory provisions represents a reference point for most countries⁴⁶.

Scholars generally agree that this law functions more as a psychological incentive than a substantive legal safeguard, as in nearly three decades of its existence (alongside similar state-level provisions) there is no documented case of a company being sued over donated food and invoking these laws in its defense⁴⁷.

Some authors have gone so far as to suggest that a Good Samaritan Law may be completely unnecessary and simple guidance for food donors on rules applying to the donation would suffice to incentivize donations, because strict liability rules aside, the plaintiff would still have to demonstrate which specific food was the source of the injury and this is quite challenging in the case of donated food⁴⁸.

⁴⁴ CENTER FOR HEALTH LAW AND POLICY INNOVATION, *Food Waste and Recovery*, 2025, available at: <https://chlp.org/projects-and-resources/projects/food-waste-and-recovery>.

⁴⁵ Bill Emerson Good Samaritan Food Donation Act, Pub. L. No. 104-210, 110 Stat. 3009 (1996).

⁴⁶ S. H. VAN ZUIDEN, *The Good Food Fight for Good Samaritans: The History of Alleviating Liability and Equalizing Tax Incentives for Food Donors* in *Drake Journal of Agricultural Law*, 17, 2012, 237.

⁴⁷ E M BROAD LIEB, A. ARDURA, *History and Legacy of the U.S. Good Samaritan Food Donation Law* in S. BUSETTI, N. PACE (eds.), *Food Loss and Waste Policy: From Theory to Practice*, Routledge, Abingdon, 2022; A. COHEN, *Ten Years of Leftovers with Many Hungry Still Left Over: A Decade of Donations under the Bill Emerson Good Samaritan Food Donation Act*, 5 *Seattle Journal for Social Justice*, 2006, 23; J. HALEY, *The Legal Guide To The Bill Emerson Good Samaritan Food Donation Act*, 2013, available at: <https://law.uark.edu/documents/2013/06/Legal-Guide-to-the-BEA-Haley-Final.pdf>.

⁴⁸ C. BRADSHAW, *Good Samaritan Laws and Surplus Food Redistribution - a Solution in Need of a Problem?*, 2024, available at: <https://ssrn.com/abstract=4863037>.



On the other hand, several scholars have argued that the Act is outdated and that it would require urgent amendments. For example, Munger argues that the ambiguous language of the Act and incomplete liability protections have failed to sufficiently incentivize food donations or safeguard recipients. The author contends that the Act's lack of clear definitions for key terms such as "good faith," "food quality," and "recondition" leaves potential donors uncertain about the scope of liability protection, thereby perpetuating fears of legal exposure. Furthermore, the Act's unclear pre-emption of state law results in a patchwork of standards, complicating compliance for donors operating across jurisdictions. The liability shield provided by the Act is also criticized for being overly broad (extending to both civil and criminal negligence) while failing to comprehensively protect all parties and activities within the food donation chain, such as landowners and volunteers⁴⁹.

However, the debate about the effectiveness of the Act is open. Contrary to Munger's argument, Aiken and colleagues have shown that state laws offering protections beyond those provided by the Bill Emerson Good Samaritan Act and helping to resolve legal ambiguities are more effective in encouraging food donations⁵⁰.

Several countries have followed suit according to the US example. For example, Italy introduced, Law No. 166/2016⁵¹ to promote the donation of surplus food while addressing legal concerns for businesses. The law provides legal safeguards for donors acting in good faith, exempting them from civil and criminal liability if the donated food is safe for consumption at the time of donation. The Italian law goes further than the US counterpart by simplifying administrative procedures, such as waiving official documentation requirements for donations under €15.000 or involving perishable goods, thereby reducing bureaucratic barriers and fostering greater participation from food businesses in redistribution efforts⁵².

Spanish Law 1/2025 basically mimics the provision of the Italian law, but it also makes contractual provisions that prohibit food donation legally null and void.

5.2. Food conversion into animal feed

Although certain food products may no longer meet standards for human consumption, they can still be considered safe for use in animal feed. Nonetheless, food safety and feed safety regulations operate under distinct legal frameworks. Not all substances suitable for human diets are appropriate for

⁴⁹ S. MUNGER, *Bill Emerson's Makeover: Reforming the Bill Emerson Good Samaritan Food Donation Act*, 19 *VERMONT JOURNAL OF ENVIRONMENTAL LAW*, 2018, 19.

⁵⁰ J. A. AITKEN ET AL., *Initial Assessment of the Efficacy of Food Recovery Policies in US States for Increasing Food Donations and Reducing Waste*, 176 *Waste Management*, 2024, 149.

⁵¹ Law No. 166 of 19 August 2016 on the donation and distribution of food and pharmaceutical products for social solidarity purposes (Italy).

⁵² L. COSTANTINO, *Strumenti giuridici di prevenzione e contrasto dello spreco alimentare nell'esperienza giuridica italiana*, in *Riv. dir. agr.*, 2024, n. 1, 1 ss.

animal nutrition, and feed and pet food manufacturers are subject to specific regulatory requirements. In response to the Bovine Spongiform Encephalopathy (BSE) outbreak, many jurisdictions enacted legislation aimed at preventing transmission. These laws mandate that certain animal by-products and ingredients derived from animals undergo prescribed treatments (such as heat processing) to neutralize prions. In some instances, these requirements also extend to the disposal of animal by-products⁵³.

For example, according to the Guidelines⁵⁴ issued by the European Commission, food being reconverted into feed must comply with both the General Food Law (i.e. Regulation (EC) No 178/2002)⁵⁵, the Hygiene Package⁵⁶ and Regulation (EC) No 183/2005⁵⁷, which lays down requirements for feed hygiene. Under European Union law, surplus food may be directly repurposed as animal feed provided it contains no ingredients of animal origin. Where such ingredients are present, the material must first comply with the requirements set out in the Animal By-Products Regulation and the legislation governing Transmissible Spongiform Encephalopathies (TSE) prior to its conversion into feed.

In addition to regulatory requirements concerning food and feed safety, manufacturers may be subject to distinct authorization and registration procedures depending on whether they produce food or animal feed. In certain jurisdictions, food producers are prohibited from supplying ingredients for use in animal feed without obtaining the appropriate registrations. For example, Article 3 of Regulation (EC) No 178/2002 provides different definition for “food business operator” and for “feed business operator”, thereby requiring a double registration and compliance with the respective hygiene requirements. To this extent the Guidelines of the European Commission suggest to Food Business Operators to deliver surplus food as-is to the recipient Feed Business Operator, who will convert it into animal feed.

Additionally, not all substances approved for human consumption are suitable for animal diets. For instance, some sugar alcohols used as sweeteners for humans detrimental for dogs. In the US, animal feed and pet food are both regulated at the federal level by FDA and the States. The Association of American Feed Control Officials (AAFCO) has for several years acted as the most authoritative official US veterinarian body recommending the adoption of both federal and state rules. Historically, AAFCO operated under a Memorandum of Understanding with FDA, under which AAFCO examined ingredients for feed and pet food to be authorized by FDA (i.e. Feed Ingredient Definition) (FDA, 2024)⁵⁸. To facilitate surplus food reversion, AAFCO included in the “Restaurant Food Waste” and “Recovered Re-

⁵³ G. C. SHURSON, E. S. DIERENFELD, D. ZHENGXIA, *Rules Are Meant to Be Broken – Re-thinking the Regulations on the Use of Food Waste as Animal Feed*, 199 *Resources, Conservation and Recycling*, 2023, 107273.

⁵⁴ Commission Notice 2018/C 133/02 of 16 April 2018 - Guidelines for the feed use of food no longer intended for human consumption, [2018] OJ C 133/2.

⁵⁵ Regulation (EC) No 178/2002.

⁵⁶ Regulation (EC) No 853/2004.

⁵⁷ Regulation (EC) No 183/2005.

⁵⁸ Although, the MoU was discontinued in 2024, AAFCO determination have been retained.



tail Food” as animal feed ingredient, however, this definition does not apply to pet food⁵⁹.

5.3. Date marking and consumer education

As noted, most of the food waste occurs at the household level. However, restaurants also contribute significantly, as patrons often order more food than they can consume. This behavior stems from multiple factors, with misunderstandings about date labeling and ingrained dining customs playing a particularly important role.

Scientific literature consistently demonstrates that consumers struggle to distinguish between date labels such as “best by” and “use by.” The former refers to the date of minimum durability, indicating the period during which the product is expected to retain its optimal sensory qualities according to the producer’s specifications. In contrast, the “use by” date pertains to food safety; consumption beyond this date may pose health risks. In the United States, date marking is generally not mandatory, except for specific categories such as infant formula (21 CFR 107.20). By contrast, the Regulation (EU) no. 1169/2011⁶⁰ requires date labelling for all food products. Although foods past their “best by” date are typically safe to consume, widespread consumer confusion often leads to premature disposal, making date label misinterpretation one of the leading drivers of household food waste⁶¹.

Empirical research indicates that enhancing consumer comprehension of date labelling can play a critical role in mitigating household food waste. Individuals who rely on sensory evaluation (such as smell or taste) rather than strictly adhering to labeled dates, tend to discard less food unnecessarily (Toma et al., 2020). Furthermore, a significant portion of consumers exhibit limited understanding of proper storage practices and temperature control, which contributes to the accelerated deterioration of food products post-purchase⁶².

⁵⁹ ASSOCIATION OF AMERICAN CONTROL OFFICIALS, *Official Publication*, 2025, available at: <https://www.aafco.org/resources/publications/>.

⁶⁰ Regulation (EU) No 1169/2011.

⁶¹ A. BADIGER ET AL., *When Considering Whether to Waste Food, Consumers Focus Attention on Food Label Dates Rather than Phrases*, 168 *Waste Management*, 2023, 230); DIRECTORATE-GENERAL FOR HEALTH AND FOOD SAFETY, *Market Study on Date Marking and Other Information Provided on Food and Food Waste Prevention*, 2018, available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e7be006f-0d55-11e8-966a-01aa75ed71a1/language-en>; EUROPEAN COMMISSION: DIRECTORATE-GENERAL FOR HEALTH AND FOOD SAFETY & OPEN EVIDENCE, *Final Report - Consumer Segmentation Study on Food Waste Prevention and Date Marking*, 2025, available at: https://food.ec.europa.eu/document/download/a2fbf718-3e45-4948-84eb-7ca7e55d27e5_en?filename=fw_eu_actions_dm_sante_waste-data-segmentation_report.pdf; M. KAVANAUGH, J. J. QUINLAN, *Consumer Knowledge and Behaviors Regarding Food Date Labels and Food Waste* in 115 *Food Control*, 2020, 107285.

⁶² K. SCHANES, K. DOBERNIG, B. GÖZET, *Food Waste Matters - A Systematic Review of Household Food Waste Practices and Their Policy Implications* in 182 *J Clean Prod*, 2018, 978.

Faced with this challenge, both the US and the EU have attempted to strengthen their regulatory frameworks, but these efforts have so far yielded no tangible results.

Despite being poised to adopt improved labeling rules, the European Commission ultimately failed to do so, notwithstanding the European Court of Auditors' recommendation to improve rules (European Court of Auditors, 2024). However, the European Commission requested the European Food Safety Authority to provide clearer guidance to food business operators on the proper application of date labeling⁶³.

In the US, in the absence of federal regulations, the bipartisan Food Date Labeling Act of 2023 proposes a standardized dual-date labeling system: "Use By" for safety and "Best If Used By" for quality, while permitting an optional "Freeze By" date and preempting state laws that restrict the sale of products past the quality date⁶⁴. Although, tabulated for discussion by the Committee on Agriculture, there is no set date for adoption the bill by Congress.

Several private initiatives have sought to address this regulatory gap. In Europe, for example, the "Too Good To Go" campaign (supported by numerous food manufacturers) developed standardized on-pack visuals aimed at educating consumers on date marking and discouraging the premature disposal of food that remains safe for consumption beyond the "best before" date⁶⁵.

Legal initiatives also aim at improving restaurant tenants' behaviors. For example, Spanish Law 1/2025, mandates that restaurants and catering establishments allow customers to take away uneaten food at no extra cost, except for the cost of containers. Customers must be clearly informed about this right⁶⁶. With a more punitive animus, Anti-Food Waste Law, adopted in China in April 2021⁶⁷, aims to curb excessive food consumption and improve food security. Diners are prohibited from ordering more food than they can reasonably consume, and restaurants may impose additional charges for excessive leftovers. To avoid substantial fines, establishments must also refrain from misleading customers into overordering⁶⁸.

5.4. Food safety rules in the context of food donations

⁶³ K. KOUTSOUMANIS ET AL., *Guidance on Date Marking and Related Food Information: Part 1 (Date Marking)*, in *EFSA Journal*, 18, 2020, 6306.

⁶⁴ Food Date Labeling Act of 2023, H.R. 3159, 118th Cong. (2023).

⁶⁵ TOO GOOD TOO GO, *Look-Smell-Taste Labelling Initiative*, 2025, <https://www.toogoodtogo.com/look-smell-taste> (consulted on October 15, 2025).

⁶⁶ E. B. HEDO, *Ley 1/2025, de 1 de Abril, de Prevención de Las Pérdidas y El Desperdicio Alimentario in Actualidad jurídica Ambiental*, 2025, 397.

⁶⁷ Law of the People's Republic of China on Food Waste (Anti-Food Waste Law), adopted Apr. 29, 2021, Order No. 78 of the President of the PRC. T. LI, G. QIAO E N. CONG ET AL., *Understanding "Anti-Food Waste" efforts in China: a policy text analysis based on the period 2009–2021*, in *Environ Dev Sustain*, 2026, 1 ss

⁶⁸ Y. FENG, C. MAREK, J. TOSUN, *Fighting Food Waste by Law: Making Sense of the Chinese Approach*, *J Consum Policy (Dordr)*, 45, 2022, 457; S. WANG, D. LIU, J. SHENG, *Prevention of Food Waste in China: Role and Impact of China's Anti-Food Waste Law in Foods*, 13, 2024, 3940.



Rules on food safety, although meant to protect consumers (including the recipient of donated food) may also pose a barrier to food donation. For example, some protection laws prevent the refreezing of certain foods not to deceive the consumer.

In 2017, the European Union issued the “EU Guidelines on Food Donation”⁶⁹, which were complemented in 2021 by amendments to the hygiene package, namely Commission Regulation (EU) 2021/382⁷⁰ and Commission Delegated Regulation (EU) 2021/1374⁷¹ to facilitate food redistribution. The Guidelines establish that, at a minimum, food business operators (FBOs) may donate food that is safe, compliant with all relevant safety standards, and fit for human consumption. They also introduce flexibility regarding food of animal origin, notably by clarifying the definition of “composite products” (which are exempt from certain animal health rules) and by allowing local distribution of regulated items. Furthermore, Regulation (EC) No 852/2004 was amended to permit the freezing of meat, thereby supporting redistribution efforts. Several Member States have operationalized these principles through national guidance, including for example Italy⁷² or France⁷³.

In 2022, the FDA followed suit by updating its model Food Code, a non-binding regulatory framework adopted by individual states to guide domestic food safety regulations. The 2022 edition introduced a dedicated section on food donation, clarifying that food which is stored, prepared, packaged, displayed, and labeled in accordance with applicable federal and state laws may be offered for donation. The FDA further emphasized that food may always be donated, provided it remains safe and fit for human consumption⁷⁴.

6. Transparency, non-financial reporting and reputational incentives

In recent years, consumer demand for transparency regarding the environmental footprint of food products has grown significantly. Green claims have emerged as a major marketing differentiator for food manufacturers. At the same time, investors have shown increasing interest in assessing companies’ environmental, social, and governance (ESG) performance. This dual pressure has prompted regulatory bodies in both the EU and the US to develop sustainability reporting standards.

⁶⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Notice*, 18.

⁷⁰ Commission Regulation (EU) 2021/382.

⁷¹ Commission Delegated Regulation (EU) 2021/1374.

⁷² MINISTERO DELLA SALUTE, *Linee guida per le donazioni alimentari a fini di solidarietà sociale*, 2012, available at: https://food.ec.europa.eu/document/download/818ec11a-0a0d-4710-8e26-854f3e5ee418_en?filename=fw_lib_italy_food-donation-guidelines_original.pdf.

⁷³ ANIA ET AL., *Le Guide Du Don Alimentaire*, 2022, available at: <https://www.ania.net/wp-content/uploads/2022/03/Guide-Don-Alimentaire.pdf>.

⁷⁴ FDA, *Food Code*, 2022, available at: <https://www.fda.gov/media/164194/download>.

Lawmakers face the complex task of striking a balance between enabling companies to communicate genuine environmental benefits (thus rewarding positive externalities) and protecting consumers and investors from misleading practices. The absence of clear legal standards has facilitated “green-washing,” where companies exaggerate or falsify environmental benefits⁷⁵.

In the US, the Securities and Exchange Commission (SEC) adopted climate-related disclosure rules in 2024, requiring companies to report emissions⁷⁶. Although these rules did not specifically address food waste loss (FWL), such waste could have been considered a source of methane emissions. However, these rules faced significant criticism and were ultimately repealed by the Republican administration in 2025⁷⁷.

Conversely, the EU has advanced its sustainability agenda through the European Green Deal and the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD)⁷⁸. While the future of these initiatives remains uncertain, the EU has already implemented European Sustainability Reporting Standards (ESRS), which include both general and sector-specific requirements⁷⁹. These standards emphasize resource efficiency and encourage companies to minimize waste, including food waste, across their operations. Importantly, non-financial reporting under ESRS is subject to independent third-party audits, ensuring accountability. ESRS E5, titled “Resource Use and Circular Economy,” addresses various aspects of resource management, including waste. Companies must disclose sector-specific waste streams and identify materials present in waste (cf. ESRS E5 no. 38).

Even without mandatory disclosure obligations, many players have voluntarily reported efforts to reduce FWL as part of their corporate social responsibility (CSR) strategies. Despite this, research suggests that mandatory disclosure requirements are more effective in driving attention to FWL within CSR frameworks⁸⁰.

For corporations, communicating progress in reducing FWL is crucial, not only to investors, but also to consumers. Yet, advertising regulations can complicate these efforts.

Corporate communication regarding progress in reducing FLW may constitute an environmental marketing claim under US law. For instance, a statement such as “our company has reduced food waste by 20%” falls within the scope of the Federal Trade Commission’s Green Guides, which govern the use of environmental claims in marketing. According to 16 CFR

⁷⁵ M. HEDEMAN-ROBINSON, *Environmental Claims and the EU’s Legal Response for Combating Greenwashing in European Energy and Environmental Law Review*, 34, 2025, 64.

⁷⁶ SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, *The Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures for Investors*, 89 Fed. Reg. 21,668 (Mar. 28, 2024).

⁷⁷ E. C. ROUEN, *The SEC Eliminated Climate Rules. Other Governments Are Doing the Opposite in Harvard Business School - Institute for Business in Global Society* (Jul. 1, 2025), <https://www.hbs.edu/bigs/federal-climate-rules> (consulted on October 16 2025).

⁷⁸ Directive (EU) 2022/2464.

⁷⁹ Commission Delegated Regulation (EU) 2023/2772.

⁸⁰ G. BIGGI, L. PRINCIPATO, F. CASTELLACCI, *Food Waste Reduction, Corporate Responsibility and National Policies: Evidence from Europe* in 126 BRITISH FOOD JOURNAL, 2024, 470.



260.3, such claims must be truthful, not misleading, and supported by competent and reliable scientific evidence. In the case of quantified FLW reduction claims, companies must ensure that the claim is clearly defined, measurable, and substantiated. This includes specifying the baseline data, the timeframe over which the reduction occurred, and the methodology used to calculate the reduction. Absent these elements, the claim risks being deceptive under the FTC's standards. Therefore, while communicating FLW reduction can enhance transparency and consumer trust, it must be carefully framed to comply with regulatory expectations and avoid misleading representations. Similar principles would apply under the recently introduced Article 1 of the Empowering Consumers Directive (i.e. Directive EU 2024/825)⁸¹, under which a communication a brand or a trader that "has improved over the time", could be considered an "environmental claim", thus subjecting it to the similar requirements of substantiation.

Specific rules exist for the communication of food donations in many countries. For instance, following the "Pandoro" scandal in Italy, stricter guidelines were introduced by the Advertising Authority (i.e., Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni) regarding influencer marketing and charitable contributions⁸². Companies claiming that a portion of proceeds supports charitable causes must provide detailed information to consumers⁸³. It remains unclear whether these rules also apply to advertisements that, while not specifying monetary donations, assert that FWL associated with purchased products is donated to food banks or charities.

7. Future challenges to combat FWL and possible legal avenues

Although numerous issues related to FWL have already been addressed through legal frameworks in many countries, significant challenges persist, even within jurisdictions that boast the most advanced FWL reduction policies. In the following sections, we identify key areas where legal interventions could be further developed and integrated into national strategies. Many of these opportunities arise from the rapid evolution of technologies within the food industry, which present both novel risks and promising avenues for regulatory innovation.

7.1. Dynamic shelf-life and innovative packaging

Advancements in packaging technology have enabled the development of intelligent labels, which interact with both the atmosphere and the food con-

⁸¹ Directive (EU) 2024/825.

⁸² AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI (AGCOM), *Allegato A alla Deliberazione n. 7/24/CONS, Linee-guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del Testo unico da parte degli influencer e istituzione di un apposito Tavolo tecnico* (Jan. 10, 2024), available at <https://www.agcom.it/sites/default/files/migration/attachment/Allegato%2016-1-2024.pdf>

⁸³ I DEMURO, *Trasparenza e Correttezza Dell'"influencer Marketing in ANALISI GIURIDICA DELL'ECONOMIA*, 2025, 9.

tained within the package. These labels can provide consumers with real-time information about the condition of the food, including alerts regarding potentially hazardous levels of spoilage⁸⁴.

When used in conjunction with traditional date marking, intelligent labels could significantly enhance consumer understanding of food safety, particularly in cases where food may remain safe to consume beyond the indicated date⁸⁵.

The integration of artificial intelligence (AI) into household appliances presents promising opportunities for reducing food waste. Smart fridges, connected to the internet and powered by AI, can monitor the contents stored within and provide real-time information on shelf life, storage conditions, and availability. This functionality enables consumers to prioritize the consumption of items nearing expiration, avoid unnecessary purchases, and manage food stocks more efficiently. By facilitating informed decision-making, such technologies contribute meaningfully to food waste prevention and support broader sustainability goals⁸⁶.

Despite the promise of this technology, further research is needed to ensure its scalability and affordability, making it viable for widespread consumer adoption. However, it is already foreseeable that the integration of such innovations may conflict with existing date marking requirements under current EU food information legislation, which prescribes fixed formats and interpretations that may not accommodate dynamic, real-time indicators. For this reason, the EU lawmaker should revisit Regulation (EC) 1169/2011 to include smart labelling as a legally accepted meant to date-mark foods.

7.2.Improvement of supply chain conditions

Scholarship has highlighted how specific business practices may contribute to increased food waste and loss (FWL), ranging from contractual clauses in supply agreements to promotional campaigns implemented by retailers.

For example, take-back agreements foresee that the retailer may return unsold goods to the supplier, thus not bearing the cost of disposing the food. Most of times, these goods are returned close to the expiration date and end up being disposed of by the supplier. Take-back policies can vary depending on the bargaining power of the retailer, in certain circumstances, the grounds on which the goods can be returned are quite generous. As pointed out by Ericksson et al. these contractual clauses have the effect of creating

⁸⁴ S. KARANTH ET AL., *Linking Microbial Contamination to Food Spoilage and Food Waste: The Role of Smart Packaging, Spoilage Risk Assessments, and Date Labeling* in 14 *Front Microbiol*, 2023,1198124.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ H. GOLSHANY ET AL., *IoT-Enabled Smart Kitchen Technologies and Their Impact on Food Storage, Preparation, and Culinary Experiences: A Systematic Review* in *Food Research International*, 2025, 116557.



negative incentives for the retailers because they do not bare consequences for the disposed goods⁸⁷.

Retailer's standards, especially for perishable goods such as produce, have also the effect of leading to increased FWL. They force producers to discharge foods, although safe and wholesome for human consumption do not meet aesthetic and qualitative requirements⁸⁸.

As in the case of the Spanish law that renders certain provisions preventing food donation null, similar legislative measures could be adopted to invalidate distribution contract clauses that contribute to increased FWL. Additionally, supplier-retailer platforms could work to develop standard terms and conditions, mindful of FWL to be roll-out to the entire food industry as a best practice.

Promotional practices between suppliers and retailers, particularly multi-buy offers such as "Buy One, Get One Free" (BOGOF), can inadvertently contribute to increased levels of food waste. These promotions often incentivize consumers to purchase quantities that exceed their actual consumption needs, leading to overstocking in household pantries and, ultimately, spoilage and disposal of unused food⁸⁹.

While the above-mentioned practices are rooted in commercial terms and may boost short-term sales, they risk undermining broader sustainability goals by encouraging inefficient consumption patterns. The legal and regulatory implications of these practices merit closer scrutiny, especially considering evolving objectives on food waste reduction and sustainable retailing.

The UK was one of the first countries to explicitly introduce a ban to these promotions pursuant to Article 5 of Food (Promotion and Placement) (England) Regulations 2021 (SI 2021/1368)⁹⁰ on the ground that they also contribute to obesity rates.

Other countries could follow suit and adopt similar restrictions also educating consumers to responsible purchasing habits.

7.3. Adopting mandatory reporting standards.

As seen, although legal mandates for ESG disclosures represent a significant step forward, their effectiveness may be undermined by the absence of a harmonized reporting methodology across all stakeholders. At the EU level, a standardized approach to reporting FWL applies exclusively to Member States. Under the newly introduced Article 9a of Directive 2008/98/EC (Waste Framework Directive)⁹¹, EU Member States have been assigned

⁸⁷ M. ERIKSSON ET AL., *Take-Back Agreements in the Perspective of Food Waste Generation at the Supplier-Retailer Interface in Resour Conserv Recycl*, 122, 2017, 83

⁸⁸ B. DEVIN, C. RICHARDS, *Food Waste, Power, and Corporate Social Responsibility in the Australian Food Supply Chain in Journal of Business Ethics*, 150, 2018, 199.

⁸⁹ UK EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Counting the Cost of Food Waste: EU Food Waste Prevention*, 2014, 25 available at: <http://www.parliament.uk/hleu>.

⁹⁰ Food (Promotion and Placement) (England) Regulations 2021, SI 2021/1368, Regulation 5, Restriction on the price promotion of specified food.

⁹¹ Directive 2008/98/EC.

FWL reduction targets, requiring a 10% reduction in the processing and manufacturing stages, and a 30% per capita reduction jointly across retail and consumption sectors, including restaurants, food services, and households.

To monitor progress, Member States are required to periodically submit data to the European Commission, following the methodology set out in Commission Delegated Decision (EU) 2019/1597⁹². However, to date, this methodology has already been implemented with significant inconsistencies in data reporting, raising concerns about the comparability and reliability of the submitted figures.

The lack of consistent reporting methodologies also affects private actors. In the absence of legally binding reporting standards applicable to private entities, many stakeholders have independently developed their own methodologies, leading to further fragmentation and reduced comparability across the food supply chain⁹³.

Notably, the Food Loss & Waste Protocol (a coalition comprising international organizations such as UNEP and FAO, alongside industry groups like The Consumer Goods Forum) has introduced the Food Loss and Waste Accounting and Reporting Standard, which serves as a voluntary common methodology for the food sector⁹⁴.

While it appears that only a small pool of companies will be covered by the CSRD directive, additional legal reflection will be needed to understand how to create a level playing field for corporations to report FWL. International non-governmental institutions, such as the International Sustainability Standards Board (ISSB) operating under the International Financial Reporting Standards (IFRS) Foundation, which has been mandated to develop a global baseline for sustainability disclosures, could play a pivotal role in advancing a standardized methodology for reporting FWL⁹⁵.

7.4. Influencer Communication: Curbing Harmful Messaging and Encouraging Responsible Practices

In the post-pandemic era, the rise of digital influencers has significantly reshaped corporate advertising strategies. As traditional media consumption declined and digital engagement surged, companies increasingly have redirected advertising budgets toward influencer-driven content⁹⁶. This shift re-

⁹² Commission Delegated Decision (EU) 2019/1597.

⁹³ J. GUSTAVSSON, H. BOS-BROUWERS E T. TIMMERMANS ET AL., *FUSIONS Definitional framework for food waste - full report, Project report FUSIONS*, 2014

⁹⁴ C. HANSON ET AL., *Food Loss and Waste Accounting and Reporting Standard (Version 1.0)* (2016) available at: https://flwprotocol.org/wp-content/uploads/2017/05/FLW_Standard_final_2016.pdf.

⁹⁵ IFRS, *International Sustainability Standards Board*, 2025, <https://www.ifrs.org/groups/international-sustainability-standards-board> (consulted on October 15 2025).

⁹⁶ INFLUENCER MARKETING HUB & VIRAL NATION, *The State of Influencer* (2024), available at:



flects a broader transformation in consumer behavior, where trust, authenticity, and relatability (hallmarks of influencer marketing) have become central to brand communication⁹⁷.

The forced permanence at home during lockdowns accelerated this phenomenon increasing consumers engagement with social media, which have become the primary source of information for many consumers⁹⁸.

Literature has shown that influencers can have a negative impact on FWL, promoting excessive consumption or overordering of food⁹⁹. On the other hand, due to the trust that they enjoy with the consumers they can also be a force for good, promoting virtuous consumption and environmental education¹⁰⁰.

Against this backdrop, some scholars have argued that the influencer's phenomenon in the food space requires special regulation¹⁰¹.

While the FTC adopted regulation for the use of consumer's review and testimonials (16 CFR 465), these rules are silent with regards to promoting inconsiderate behavior as they focus more on the identity of the influencer.

On the other side of the Atlantic, the European Commission has initiated a public consultation on the proposed Digital Fairness Act (DFA), aiming to enhance consumer protection in the context of influencer marketing. This legislative effort recognizes that the existing Unfair Commercial Practices Directive (UCPD)¹⁰², originally designed to address traditional forms of unfair marketing, is inadequate for regulating emerging digital advertising formats. In the domain of food marketing, the proposal specifically targets influencers who promote unhealthy dietary habits and certain food products to children, drawing on evidence presented by the European Consumer Organization¹⁰³.

The European Commission could seize this legislative opportunity to introduce targeted provisions addressing influencer-driven promotion of excessive food consumption. Such measures would serve dual objectives: advancing public health by contributing to the reduction of obesity rates, and

https://influencermarketinghub.com/ebooks/Influencer_Marketing_Benchmark_Report_2024.pdf.

⁹⁷ Y. JOSHI ET AL., *Social Media Influencer Marketing: Foundations, Trends, and Ways Forward* in 25 *Electronic Commerce Research*, 2025, 1199.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ X. HUI ET AL., *Decoding Excess: The Role of Social Media Celebrities and Impression Management in Food over-Ordering in Luxury Dining* in *British Food Journal* 1 2025.

¹⁰⁰ Simran Verma & Deepa Kapoor, *Sustainability on the Plate: How Influencers and Social Norms Transform Food Choices*, 127 *BRITISH FOOD JOURNAL* 1942 (2025).

¹⁰¹ L. G. VAQUÉ, *Do Food Influencer Activities Require Specific Regulation?* in *European Food and Feed Law Review*, 15, 2020, 117.

¹⁰² Directive 2005/29/EC.

¹⁰³ E. CALVERT, *Food Marketing To Children Needs Rules With Teeth - A Snapshot Report About How Self-Regulation Fails To Prevent Unhealthy Foods To Be Marketed To Children*, 2025, available at: https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2021-084_food_marketing_to_children_needs_rules_with_teeth.pdf; EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document - Fitness Check of EU Consumer Law On Digital Fairness {Sec(2024) 245 Final} - {Swd(2024) 231 Final}*, 2024; M NAMYSŁOWSKA, *Editorial - Digital Fairness and the Courage to Regulate* in *Journal of European Consumer and Market Law*, 14, 2025, 133.

supporting environmental sustainability through the mitigation of food waste.

8. Conclusion

| 557

FWL is a complex, multidimensional challenge that demands not only technical, logistical, and commercial interventions but also robust legal and regulatory solutions. It is not merely an environmental issue, it is a pressing societal concern, particularly in the context of rising food insecurity exacerbated by persistent high inflation in the post-pandemic era¹⁰⁴.

As demonstrated, policymakers possess a broad arsenal of tools to address FWL. However, the effectiveness of these measures hinges on close collaboration with civil society, especially food manufacturers, retailers, and consumer organizations. A bottom-up approach (anchored in inclusive stakeholder engagement, supported by framework agreements, collaborative platforms, and well-designed incentives) emerges as a particularly promising model.

Moreover, emerging technologies and digital media offer new avenues to combat FWL. Yet, to harness their full potential, these innovations must be underpinned by adaptive and forward-looking legal frameworks. For instance, the sandbox model (originally developed for digital technologies and now under discussion in the food sector) could be adapted to address food waste legislation (FWL)¹⁰⁵. Selected operators, acting as trailblazers, could be authorized to conduct pilot projects within targeted retail environments, aimed at collecting empirical data on consumer responses to innovative interventions. In the domain of intelligent packaging, for example, sandbox frameworks could facilitate the controlled testing of novel materials, allowing for the assessment of consumer behavior at the household level. Incentive mechanisms may be introduced to reward those who develop virtuous models (particularly those that encourage intellectual property sharing and generate positive spill-over effects across industry). A further avenue for reform lies in the promotion of standard commercial clauses at both industry and retail levels, including the invalidation of provisions such as the retailer's right to return goods solely on the basis of aesthetic imperfections.

With progress in reducing FWL showing signs of stagnation, and with households remaining a major source of food waste, innovative strategies are urgently needed. Engaging influencers and peer networks to educate and shift consumer behavior represents one such promising path forward.

For the European Union, the establishment of competent authorities within Member States (tasked with developing strategies to combat food waste and loss (FWL) and reporting data to the European Commission) represents a critical opportunity that must not be overlooked¹⁰⁶. This mandate is ex-

¹⁰⁴ FAO ET AL., *supra* note 2.

¹⁰⁵ A. MOLITORISOVÁ, K. PURNHAGEN, *Regulatory Sandboxes for Novel Foods in European Journal of Risk Regulation*, 2025, 1.

¹⁰⁶ Cf. Article 29a of Directive 2008/98/EC.

pected to reinvigorate the policy discourse on FWL and generate momentum for further regulatory reforms.

Ultimately, addressing FWL requires a holistic, legally informed, and socially inclusive strategy: one that aligns environmental sustainability with economic and social resilience.



DIPENDENZE DIGITALI E CONFORMAZIONE DEL MERCATO. *ADDICTIVE DESIGN*, ECONOMIA DELL'ATTENZIONE E GOVERNO DEL RISCHIO

Di Michele Ciacimino

| 559

SOMMARIO: 1. *Introduzione. Dipendenze dai servizi digitali e tecniche di cattura dell'attenzione.* – 2. *Economia dell'attenzione, cultura della profilazione e dipendenze digitali.* – 2.1. *Addictive design e rilevanza giuridica delle scelte di progettazione.* – 3. *Informazione, condizionamento e libertà contrattuale nella fornitura di servizi digitali.* – 3.1. *Addictive design e pratiche commerciali scorrette: dalla libertà contrattuale alla regolazione del mercato.* – 4. *Fallimenti del mercato digitale: vulnerabilità, fiducia e concorrenza.* – 5. *Governo del rischio e progettazione digitale nel Digital Services Act.* – 6. *Conclusioni. Innovazione digitale, sostenibilità sociale e tutela della persona.*

ABSTRACT. *Il contributo esamina la rilevanza giuridica dei fenomeni di dipendenza o di uso compulsivo nei servizi digitali, muovendo dalla nozione di addictive design e dalla sua connessione con l'economia dell'attenzione. L'analisi prende le mosse dalla dimensione individuale del rapporto tra utente e piattaforma, per poi estendersi progressivamente al piano sistemico, nel quale le scelte di progettazione incidono sulle dinamiche di scelta, sulla fiducia e sulla concorrenza nei mercati digitali. Ne emerge l'esigenza di una regolazione capace di superare una logica meramente reattiva e di incidere, già a monte, sulla configurazione del servizio e sulla prevenzione dei rischi generati dal suo assetto funzionale.*

The article examines the legal relevance of phenomena of addiction or compulsive use in digital services, starting from the notion of addictive design and its connection with the attention economy. The analysis begins with the individual dimension of the relationship between user and platform, and then progressively extends to the systemic level, where design choices affect choice dynamics, trust and competition in digital markets. What emerges is the need for regulation capable of moving beyond a merely reactive logic and of intervening upstream in the configuration of the service and in the prevention of the risks generated by its functional design.



1. Introduzione. Dipendenze dai servizi digitali e tecniche di cattura dell'attenzione.

560

Negli ultimi anni, l'espressione "dipendenza digitale" e altre formule affini si sono progressivamente diffuse nel linguaggio comune, anche in ragione di una crescente documentazione empirica di forme intense e reiterate di fruizione dei servizi digitali¹.

Alla diffusione lessicale non corrisponde, tuttavia, un'analoga chiarezza sul piano concettuale. I fenomeni di dipendenza o di uso compulsivo dei servizi digitali pongono al giurista un problema ancora in larga parte da delimitare: la letteratura scientifica non offre, infatti, una ricostruzione univoca del rapporto tra caratteristiche del servizio, predisposizioni individuali e insorgenza di forme di uso problematico o compulsivo; né può ritenersi che ogni tecnica di coinvolgimento interattivo, o *engagement*, sia per ciò solo giuridicamente rilevante.

Il punto di osservazione più prudente sembra allora un altro: verificare se e in che misura alcune scelte di progettazione dei servizi *online*, suscettibili di catturare e trattenere l'attenzione dell'utente², possano incidere, da un lato, sulla libertà di scelta e sull'autodeterminazione nel contesto digitale e, dall'altro, sulle dinamiche economiche nei mercati digitali. È, dunque, su questi piani che si muoverà l'analisi che segue, nella consapevolezza che la rilevanza giuridica del fenomeno deve essere ricostruita a partire da un'osservazione attenta della realtà in cui esso si manifesta³.

¹ Un dato, in particolare, appare indicativo: nel caso di TikTok, secondo una stima dell'EPRS, il tempo medio di utilizzo giornaliero è cresciuto da 27 minuti nel 2019 a oltre 137 minuti nel 2026; la piattaforma viene aperta in media circa otto volte al giorno, e oltre il 20% degli adolescenti statunitensi vi accede in modo "quasi costante". Analoghe tendenze si registrano tra i giovani europei, con possibili ricadute sul sonno, sull'attenzione e sulla salute mentale. V. EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), *Addictive design on online platforms*, PE 785.735, maggio 2026, 1. Cfr. anche EPRS, *Mental health of young people in a digital era*, PE 774.672, luglio 2026; PEW RESEARCH CENTER, *Teens, Social Media and AI Chatbots 2025*, 9 dicembre 2025, in [pewresearch.org](https://www.pewresearch.org). Sull'impatto del fenomeno, v., in particolare, J. HAIDT, *La generazione ansiosa*, trad. it., Milano, 2024, spec. Parte III; G. RIVA, *Io, noi, loro. Le relazioni nell'era dei social e dell'IA*, Bologna, 2025, *passim*.

² V. primariamente, sul paradigma dell'economia dell'attenzione, T.H. DAVENPORT e J.C. BECK, *The Attention Economy: Understanding the New Currency of Business*, Harvard Business Review Press, 2001 (trad. it. Milano, 2001). V. anche C. CELIS BUENO, *The Attention Economy: Labour, Time, and Power in Cognitive Capitalism*, Rowman & Littlefield, 2017; T. TERRANOVA, *Attention, Economy and the Brain*, in *Culture Machine*, 13, 2012; J. WILLIAMS, *Stand out of our light: Freedom and resistance in the attention economy*, Cambridge University Press, 2018, 12; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, trad. it., Roma, 2019; T. WU, *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*, in *Antitrust Law Journal*, 2019, 771-806; E. CAMPO, *Oltre la risorsa. Per una critica radicale dell'economia dell'attenzione*, in *The Lab's Quarterly*, 2025, 16 ss.

³ Per una sensibile riflessione sul ruolo dell'attività ermeneutica nella ricerca del vero, v. G. VETTORI, *Cercare la verità nel diritto. Primi appunti*, in questa *Rivista*, 2023, 410. In chiave applicativa, sulla ricostruzione della disciplina nel contesto delle innovazioni tecnologiche, v. G. FREZZA e P. VIRGADAMO, *NFT e arte. Alla ricerca di una disciplina giuridica adeguata orientata al principio di verità*, in *LawArt*, 4, 2023, 285 ss., spec. 295 ss.

2. Economia dell'attenzione, cultura della profilazione e dipendenze digitali.

La riflessione dottrinale sui mercati digitali ha messo in luce come la “cultura della profilazione”⁴ costituisca un elemento trasversale, capace di riaggregare realtà riferibili a ecosistemi anche molto eterogenei tra loro⁵. Nel solco di questa prospettiva si colloca un fenomeno ulteriore, che con la logica della profilazione condivide la capacità di attraversare ambienti digitali diversi: le forme di uso intensivo, reiterato o compulsivo dei servizi *online*, nella misura in cui esse possano risultare favorite da tecniche volte a catturare e trattenere l'attenzione dell'utente.

Il paradigma dell'economia dell'attenzione⁶ assume, così, rilievo, oltre che come categoria descrittiva dei mercati digitali, anche come chiave di lettura delle scelte di progettazione dei servizi *online*. Tecniche quali lo *scrolling* infinito, l'*autoplay*, le notifiche *push* invasive, i sistemi di raccomandazione personalizzata o talune logiche di premialità, nella misura in cui sono deliberatamente incorporate nell'assetto digitale del servizio in modo da prolungare la permanenza dell'utente, sollecitano una valutazione giuridica delle scelte di progettazione che le sorreggono.

L'emersione giuridico-regolatoria di tali tecniche – comunemente indicate come *addictive design* – è attestata da una serie di sviluppi recenti. Si pensi alle prime decisioni statunitensi in materia di responsabilità per progettazione di piattaforme *social*⁷, alle procedure avviate dalla Commissione europea nei confronti di TikTok⁸, Shein⁹ e Meta¹⁰ e alle indagini sul possibi-

⁴ A. ANTONUCCI, *Il mercato dei dati: dall'ecosistema separato alla regola trasversale*, in R. LENER, G. LUCHENA e C. ROBUSTELLA (a cura di), *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, Torino, 2021, 95.

⁵ *Ivi*, 101. Per alcuni spunti sul tema dell'*addictive design* in relazione alla “cultura della profilazione”, sia consentito rinviare a M. CIANCIMINO, *Dipendenze digitali e “cultura della profilazione”*. Spunti in chiave di digital fairness, in A. BROZZETTI, G. LUCHENA e A. URBANI (a cura di), *Diritto economia e governo dei mercati regolati*. Liber amicorum di Antonella Antonucci, t. 4, Bari, 2026, 1507 ss.

⁶ V. *supra*, nota 1. Più specificamente, cfr. anche L. LYNCH et al., *The Attention Economy Trap: Monetizing Gen Z Distraction in the Digital Economy*, Institute for Youth in Policy, 2026, in yipinstitute.org; V.R. BHARGAVA e M. VELASQUEZ, *Ethics of the Attention Economy: The Problem of Social Media Addiction*, in *Business Ethics Quarterly*, 2021, 321; T. WU, *The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads*, New York, Knopf, 2016. V. anche il riferimento al “capitalismo dell'attenzione”, in relazione alla tensione con la condizione umana di noia: C. HAYES, *Resistenza – E voi riuscireste a stare seduti tranquilli in una stanza?*, in *Robinson – La Repubblica*, 2 febbraio 2025, 2; cfr., poi, sul rapporto tra attenzione e noia nel digitale, A. LONGO, *Crisi dell'attenzione: il costo nascosto di una vita senza noia*, in Agendadigitale.eu, 12 maggio 2026.

⁷ Cfr. *Meta and YouTube Found Negligent in Landmark Social Media Addiction Case*, in *nytimes*, 26 marzo 2026; C. LIMA-STRONG e N. NIX, *41 states sue Meta, claiming Instagram, Facebook are addictive, harm kids*, in *The Washington Post*, 24 ottobre 2023, in washingtonpost.com. V. anche F. HAUGEN, *Il dovere di scegliere. La mia battaglia per la verità contro Facebook*, trad. it., Milano, 2023, 13 ss.; S. CALZOLAIO, *Social media e minori. Il Safety-first approach*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2023, 292 ss., nota a U.S. Surgeon General, *Social Media and Youth Mental Health*, The U.S. Surgeon General's Advisory, 2023.

⁸ Commissione europea, *La Commissione ritiene in via preliminare che il design di TikTok che crea dipendenza violi la legge sui servizi digitali*, IP/26/312, 6.2.2026.



le effetto ‘tana del coniglio’ prodotto dagli algoritmi social sui minori¹¹. A ciò si accompagnano, sul piano internazionale, diverse iniziative regolatorie, volte a introdurre divieti e restrizioni nell’accesso dei minori ai *social network*¹².

Sul versante eurounitario, più specificamente, il Parlamento europeo ha sollecitato la Commissione a colmare i vuoti di tutela esistenti¹³, e quest’ultima, nel contesto del *fitness check* della normativa consumeristica, ha preso in esame possibili risposte normative, attuali e future, dirette a tutelare il corretto sviluppo dei mercati digitali attraverso misure in chiave di *digital fairness*. Il percorso intrapreso sembra condurre verso l’adozione di un apposito “Digital Fairness Act”¹⁴.

Sul versante dell’*enforcement* nazionale, particolare rilievo assume il provvedimento AGCM n. 31124 del 5.3.2024, relativo a TikTok. L’Autorità ha qualificato come pratica commerciale scorretta l’inadeguata vigilanza sui contenuti pubblicati dagli utenti e la loro reiterata proposizione a consumatori minori e vulnerabili mediante un sistema di raccomandazione basato

⁹ Commissione europea, *La Commissione avvia un’indagine su Shein a norma della legge sui servizi digitali*, IP/26/420, 17.2.2026.

¹⁰ Commissione europea, *La Commissione ritiene in via preliminare che il design che crea dipendenza di Instagram e Facebook violi la legge sui servizi digitali*, IP/26/1579, 10.7.2026.

¹¹ L’espressione “effetto tana del coniglio” (*rabbit-hole effect*) è utilizzata per descrivere, soprattutto con riguardo ai minori, il rischio che taluni sistemi di raccomandazione li trattengano in spirali di contenuti potenzialmente dannosi, idonei ad amplificare disagi psicologici e vulnerabilità emotive. Cfr. *La Commissione avvia un procedimento formale nei confronti di Meta ai sensi della legge sui servizi digitali in relazione alla protezione dei minori su Facebook e Instagram*, comunicato stampa, 16 maggio 2024, in *ec.europa.eu*. V. sul punto M. FEDERICO, “Nella tana del coniglio”: la tutela dei minori online nel Digital Services Act, in *Dir. econ. dei mezzi di comunicazione*, 2026, 61 ss.

¹² Primariamente, si consideri l’iniziativa francese, disegno di legge n. 2107, *Proposition de loi visant à protéger les mineurs des risques auxquels les expose l’utilisation des réseaux sociaux*, che nasce dall’attività di una specifica Commissione d’inchiesta volta a indagare i rischi per i minori derivanti dall’uso patologico di TikTok: v. C. ZOLYNSKI, M. DEBOSQUE-TRUBERT, D. RETTIG, M. LE ROY e M. MC CRACKEN, *Mineurs et réseaux sociaux. Étude des dispositifs légaux relatifs à l’usage des réseaux sociaux par les mineurs*, IRJS, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, novembre 2025, spec. 155 ss. Cfr., poi, M. LIU, *Addictive or just innocently attractive? Combatting social media addiction through the UCPD and the DSA*, in *J. Eur. Cons. Market L.*, 2026, 78.

¹³ Parlamento europeo, *Risoluzione del 12 dicembre 2023 sulla progettazione di servizi online che crea dipendenza e sulla tutela dei consumatori nel mercato unico dell’UE (2023/2043(INI))*, in *europarl.europa.eu*. V. anche O. LOPEZ-FERNANDEZ e D.J. KUSS, *Harmful Internet Use. Part I: Internet addiction and problematic use*, Progetto STOA «Harmful internet use», in *europarl.europa.eu*.

¹⁴ Il percorso verso il Digital Fairness Act muove dal *fitness check* della Commissione europea (DG Just, *Study to support the fitness check of EU consumer law on digital fairness*, 3 ottobre 2024, in *commission.europa.eu*, 219 ss.); esso ha condotto ad una consultazione pubblica dal 17 luglio al 24 ottobre 2025. V. sul punto E. MIŠČENIĆ e P. TERESZKIEWICZ, *Towards a New Digital Fairness Act*, in *J. Eur. Cons. Mark. L.*, 2024, 229-233; M. NAMYSŁOWSKA, *Digital Fairness and the Courage to Regulate*, *ivi*, 2025, 133 ss. Con riguardo alla necessità che il futuro e auspicato Digital Fairness Act sia accompagnato da un adeguato disegno istituzionale e procedurale dell’*enforcement*, v., poi, L. ZOBOLI e J. MAZUR, *Enforcement Design in EU Digital Regulation: Lessons for the Digital Fairness Act*, in *Eur. J. Risk Reg.*, 2026, 8 ss.

sulla profilazione algoritmica e funzionale alla massimizzazione del tempo di permanenza sulla piattaforma¹⁵. Pur collocandosi prevalentemente sul piano della moderazione dei contenuti, il provvedimento intercetta il sistema di raccomandazione della piattaforma come elemento rilevante della fruizione del servizio e consente di intravedere una crescente attenzione alla conformazione tecnica dell'ambiente nel quale i contenuti vengono selezionati e proposti all'utente.

Il quadro che emerge è quello di un fenomeno che, pur manifestandosi anzitutto sul piano individuale, attraverso possibili alterazioni dell'autonomia e della libertà di scelta dell'utente¹⁶, può produrre effetti ulteriori sulla conformazione e sugli equilibri del mercato digitale¹⁷. Le tecniche di progettazione volte a catturare e trattenere l'attenzione non si limitano, infatti, a incidere sul singolo rapporto contrattuale, ma possono riflettersi sulle dinamiche aggregate di incontro tra domanda e offerta, sulla fiducia dei consumatori nei mercati digitali e sulla posizione degli operatori già dominanti¹⁸. È su questi piani – individuale e sistemico insieme – che si misura la sfida regolatoria posta dal fenomeno.

2.1. Addictive design e rilevanza giuridica delle scelte di progettazione.

Prima di affrontarne i possibili riflessi sul piano contrattuale e regolatorio, occorre inquadrare specificamente il fenomeno comunemente definito *addictive design*, o “progettazione dei servizi *online* che crea dipendenza”¹⁹.

L'espressione rinvia, in termini generali, alla progettazione di interfacce, funzionalità e percorsi di interazione digitali concepiti in modo tale da at-

¹⁵ AGCM, 5.3.2024, n. 31124, PS12543. Il provvedimento qualifica come pratica commerciale scorretta, ai sensi degli artt. 20, 2° e 3° co., 21, 2° co., lett. b), 21, 4° co., e 25, 1° co., lett. c), cod. cons., le condotte di TikTok consistenti nell'inadeguata vigilanza sui contenuti pubblicati, nella diffusione tramite sistema di raccomandazione di contenuti pericolosi per minori e soggetti vulnerabili, e nell'indebito condizionamento degli utenti. Merita segnalazione, in particolare, la precisazione dell'Autorità (§ 74) secondo cui l'indebito condizionamento rilevante ai sensi dell'art. 25, 1° co., lett. c), cod. cons. “interviene proprio in relazione alla sua continua scelta circa la tempistica e le modalità di fruizione della piattaforma, che comporta cessione di dati”. Il provvedimento ha altresì rigettato (§ 79) l'eccezione c.d. *hosting provider defence*, affermando che tale esenzione è incompatibile con il ruolo attivo svolto dal sistema di raccomandazione nella selezione profilata dei contenuti.

¹⁶ Cfr. A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere*, in questa *Rivista*, 2024, 915 s., 931 ss. V. anche I. GARACI, *Il neuromarketing nel quadro giuridico europeo: riflessioni sulle opportunità e sui rischi per i soggetti vulnerabili*, *ivi*, 1170 ss.

¹⁷ V. M. PELLEGRINI, *Innovazione tecnologica e diritto dell'economia*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4/2019, suppl., 45 ss.; L. AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale*, *ivi*, 1/2019, spec. 29 s.

¹⁸ Cfr. F. ESPOSITO e T.M. CATHOUD FERREIRA, *Addictive Design as an Unfair Commercial Practice: The Case of Hyper-Engaging Dark Patterns*, in *Eur. J. Risk Reg.*, 2024, 1000 ss.; M. LIU, *Digital Vulnerability. Rethinking Power Imbalances in the Digital Age*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2024, 843 s. V., comunque, *infra*, § 4.

¹⁹ Parlamento europeo, *Risoluzione del 12 dicembre 2023*, cit. V. anche O. LOPEZ-FERNANDEZ e D.J. KUSS, *Harmful Internet Use*, cit., 63 ss.; M. NAMYSŁOWSKA, *Future-Proofing the Unfairness Test*, in N. HELBERGER et al. (a cura di), *Digital Fairness for Consumers*, BEUC Report, 2024, 202 ss.



trarre l'utente, trattenerlo all'interno del servizio e sollecitarne un uso reiterato, talora intensivo, attraverso meccanismi di rinforzo, personalizzazione e stimolazione continua²⁰. Muovendo dalla fornitura di contenuti mirati sulla base di una previa profilazione degli utenti²¹, tecniche apparentemente innocue possono così essere integrate in strategie di progettazione funzionalmente orientate a incrementare la permanenza dell'utente e il consumo reiterato di contenuti digitali²².

Ciò consente di cogliere un tratto che differenzia il fenomeno in esame da altre forme, più tradizionali, di dipendenza già affrontate dal diritto – si pensi al tabacco o al gioco d'azzardo – pur senza escludere l'esistenza di significative aree di contatto. Nei servizi digitali, il profilo più caratteristico è che il rischio di dipendenza può radicarsi nella prestazione stessa, ossia nel modo in cui il servizio viene erogato, organizzato e reso disponibile all'utente, attraverso meccanismi di rinforzo e di stimolazione continua incorporati nell'assetto funzionale del servizio²³. Il fenomeno sembra, perciò, iscriversi nel più ampio processo di diffusione, anche nei rapporti contrattuali digitali, di tecniche proprie del gioco e, talora, del gioco d'azzardo, secondo logiche di c.d. *gamification* e *gambification*²⁴, accentuando la con-

²⁰ A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale*, cit., 915 ss.; F. ESPOSITO e T.M. CATHOUD FERREIRA, *op. cit.*, 999 ss.; H.A. GHANEM, *Tech Addiction: The Legal Limits of a Growing Concept*, in *Marquette Intellectual Property & Innovation L. Rev.*, 29, 2025, 310 ss.; M. LIU, *Addictive or just innocently attractive?*, cit., 77 ss. Sia consentito il rinvio, anche per ulteriori riferimenti, a M. CIANCIMINO, *Private Law and Consumer Protection Paradigms facing (Digital) 'Addictions'. A Starting Point for Reflection*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2024, 803 ss.

²¹ A. ANTONUCCI, *Il mercato dei dati*, cit., 101 s. Sul rapporto tra profilazione degli utenti, pubblicità targettizzata e *behavioural advertising*, v. ampiamente G. D'IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata online. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, Napoli, 2021, spec. 105 ss., 150 ss.

²² DG Just, *Study to support the fitness check of EU consumer law on digital fairness*, cit., 75 ss. Cfr. J.N. ROSENQUIST, F.M. SCOTT MORTON e S.N. WEINSTEIN, *Addictive Technology and Its Implications for Antitrust Enforcement*, in *North Carolina L. Rev.*, 2022, 453 ss.

²³ Per un inquadramento del meccanismo dopaminergico sotteso all'*addictive design* v., anche per ulteriori riferimenti, M. LIU, *Addictive or just innocently attractive?*, cit., spec. 79 ss. Con specifico riferimento ai *social network*, la meccanica del *pull-to-refresh* – che riproduce, nello scorrimento *online* dei contenuti, il gesto di tirare la leva di una *slot machine* attivando un ciclo di rinforzo intermittente – v. M.A. MUJICA et al., *Addiction by Design: Some Dimensions and Challenges of Excessive Social Media Use*, in *Medical Research Archives*, 2022, 9.

²⁴ Relativamente all'utilizzo di tecniche di *gamification* nelle dinamiche di mercato, cfr., per un inquadramento essenziale, A. CANEPA, *NFTs, Gamification e utilità correlate. Andamento del mercato tra diminuzione dell'interesse al possesso ed incremento di valore dell'accesso*, in EAD. (a cura di), *Il mercato dei Non Fungible Tokens tra arte moda e gamification*, Milano, 2024, 23 ss.; M. MAGALDI, *Gaming tra interessi del mercato e tutela della persona*, in *Riv. dir. impr.*, 2024, 617 ss.; G. RICHTER, D.R. RABAN e S. RAFAELI, *Studying Gamification: The Effect of Rewards and Incentives on Motivation*, in T. REINERS e L.C. WOOD (a cura di), *Gamification in education and business*, Cham, 2015, 21 ss.; J. MACEY e J. HAMARI, *Gambification: A definition*, in *New Media & Society*, 2022. V. anche, volendo, M. CIANCIMINO, *Aleatorietà e azzardo. Profili funzionali e applicativi della disciplina dei giochi autorizzati*, Napoli, 2023, 165 ss.

vergenza fra il settore dell'azzardo, quello del *gaming* e quello dei *social media*²⁵.

In questa prospettiva, un terreno di confine è offerto, pur con le dovute differenze, dalle *loot box* nei videogiochi e dalle aste al centesimo, nelle quali meccanismi premiali, alea, stimolazione intermittente e interazione reiterata possono concorrere a intensificare il coinvolgimento dell'utente²⁶.

Il fenomeno non resta, peraltro, confinato al settore del *gaming* o ai *social network*: dinamiche almeno in parte affini possono emergere anche nell'uso intensivo di *chatbot* e assistenti virtuali, nei quali interazione conversazionale, personalizzazione algoritmica e simulazione di empatia possono favorire forme di attaccamento problematico dell'utente al servizio²⁷. Si tratta, tuttavia, di un ambito solo parzialmente sovrapponibile a quello dell'*addictive design* propriamente inteso, poiché la logica della cattura dell'attenzione si intreccia, in tali ipotesi, con una dimensione relazionale e affettiva che richiede cautele ricostruttive ulteriori.

²⁵ Cfr. primariamente sul tema M.D. GRIFFITHS, D.L. KING e P.H. DELFABBRO, *The Technological Convergence of Gambling and Gaming Practices*, in D.C.S. RICHARD, A. BLASZCZYNSKI e L. NOWER, *The Wiley-Blackwell Handbook of Disordered Gambling*, New York, 2013, 327 ss.; S.M. GAINSBURY et al., *Convergence of gambling and gaming in digital media*, in *J. Gambling Studies*, 2015(2), 175 ss. Sembra confermare la correttezza applicativa di questa impostazione Commissione europea, *Orientamenti su misure per garantire un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori online, a norma dell'articolo 28, paragrafo 4, del regolamento (UE) 2022/2065, C/2025/5519*, 10.10.2025, § 6.6, spec. punto 69 lett. k), ove la Commissione evidenzia, in maniera unitaria, la necessità di "... provvedere affinché i minori non siano esposti a pratiche che possono portare a spese eccessive o indesiderate o a un uso eccessivo della piattaforma o a comportamenti compulsivi o che creano dipendenza, garantendo che i minori non siano esposti a oggetti virtuali quali scatole premio a pagamento o altri prodotti, laddove offrano risultati casuali o imprevedibili o funzioni assimilabili al gioco d'azzardo". V. sul punto, in particolare, A. GORGONI, *Protezione, educazione e recupero del minore che agisce nello spazio digitale*, in questa Rivista, 2025, 1151 ss., 1168 ss.

²⁶ V. L.Y. XIAO, *Failing to protect the online consumer: poor compliance with Dutch loot box and video game consumer protection guidelines*, in *Int. J. L. Inform. Tech.*, 2025, 1 ss.; ID., *Regulating loot boxes as gambling?*, in *Inter. Ent. L. Rev.*, 2021, 4(1), 27 ss.; A. FACHECHI, *Marketing aggressivo e microtransazioni in-game: modelli di tutela*, in *Nuovo dir. soc.*, f.s., 2025, 198 ss.; M. CIANCIMINO, *Aleatorietà e azzardo*, cit., spec. 173 ss.

²⁷ Il fenomeno, pur essendo il relativo studio in una fase ancora più embrionale, sembra riguardare prevalentemente l'attaccamento a *chatbot* 'di compagnia'. Cfr. B.C. STAHL et al., *Big tech, the state, or you? Who is responsible for generative AI addiction?*, in *Behaviour & Information Tech.*, 2026, 1 ss.; K.Y. CHENG, *Principles of Consent and Non-Addiction in AI Grief Bots*, in *J. Responsible Technology*, 26, 2026, 100177, 1 ss.; J. DE FREITAS, Z.O. UĞURALP, A.K. UĞURALP e S. PUNTONI, *AI Companions Reduce Loneliness*, in *J. Cons. Res.*, 2025; T. MAEDA e A. QUAN-HAASE, *When Human-AI Interactions Become Parasocial: Agency and Anthropomorphism in Affective Design*, in *FACCT '24 Proceedings*, 2024, 1068 ss. Una ricostruzione del problema sul piano psicologico nell'intervista a M.D. Griffiths, in *Health experts call for AI addiction to be classed as a mental illness – as sufferers report feeling suicidal when separated from their favourite chatbot*, 2 maggio 2026, in *Dailymail.com*. V. anche il procedimento intentato contro OpenAI dinanzi alla California Superior Court, San Francisco, a seguito del suicidio di un giovane statunitense, nel quale gli attori hanno allegato la rilevanza del rapporto intrattenuto con un *chatbot* nella dinamica che avrebbe preceduto l'evento lesivo: *A Teen Was Suicidal. ChatGPT Was the Friend He Confided In*, in *nytimes.com*, 26 agosto 2025.



Il panorama scientifico relativo a tali fenomeni di dipendenza rimane, per più profili, non univoco²⁸, specie quanto al rapporto tra caratteristiche del servizio, predisposizioni individuali e insorgenza di forme di uso problematico o compulsivo²⁹. Del pari, occorre rilevare la difficoltà di tracciare una linea di confine precisa fra *addictive design*, *dark pattern* e *growth hacking*³⁰, pur essendo comune a queste figure la vocazione a orientare il comportamento dell'utente in modo non pienamente trasparente³¹.

In termini descrittivi, può essere utile distinguere le ipotesi in cui l'effetto di trattenimento derivi indirettamente da caratteristiche del servizio o da particolari predisposizioni dell'utente, dalle ipotesi in cui le tecniche di progettazione siano consapevolmente adottate nell'ambito di strategie commerciali orientate alla massimizzazione dell'*engagement*. Possono venire in rilievo, in questa seconda prospettiva, la proposizione reiterata e personalizzata di contenuti idonei a prolungare la permanenza dell'utente, l'uso di meccanismi premiali intermittenti, la gestione manipolatoria delle procedure di disattivazione o cancellazione dell'*account*, nonché l'introduzione di ostacoli all'interruzione del rapporto con il servizio. Tale distinzione, sebbene potenzialmente sottile nella prassi, può incidere, sul piano giuridico, sull'intensità dell'onere probatorio, sulla configurabilità dell'indebito condizionamento e sulla valutazione della diligenza professionale del fornitore: quanto più la tecnica di trattenimento risulti deliberatamente incorporata nel modello commerciale adottato, e quanto più i suoi effetti siano ordinaria-

²⁸ V., e.g., AGENCE NATIONALE DE SÉCURITÉ SANITAIRE, *Usages des réseaux sociaux numériques et santé des adolescents. Connaître, évaluer, protéger*, in *anses.fr*, 2025, spec. 116 ss.; M.A. MUJICA et al., *Addiction by Design*, cit., 4; X. FANG et al., *Exploring fear of missing out and problematic social media use among Generation Alpha*, in *Addict. Behav.*, 2025; O. LOPEZ-FERNANDEZ, D.J. KUSS, *Harmful Internet Use*, cit., 63 ss.; T.L. BURLEIGH, M.D. GRIFFITHS, A. SUMICH et al., *Gaming disorder and internet addiction: A systematic review of resting-state EEG studies*, in *Addict. Behav.*, 2020 (107), 1 ss.; H.A. GHANEM, *Tech Addiction: The Legal Limits of a Growing Concept*, in *Marquette Intell. Prop. L. Rev.*, 2025, 29, 310 ss.

²⁹ Il considerando n. 81 DSA riconosce espressamente la rilevanza delle “debolezze e l'inesperienza dei minori” quale fattore che la progettazione può sfruttare. Cfr. G. FIORAVANTI et al., *Psychological risk factors for problematic social network use: An overview of systematic reviews and meta-analyses*, in *Addict. Behav. Rep.*, 2025 (21); W. WU et al., *Social anxiety and problematic social media use: A systematic review and meta-analysis*, in *Addict. Behav.*, 2024 (153).

³⁰ C. ISOLA, F. ESPOSITO, *A systematic literature review on dark patterns for the legal community*, in *Comp. L. Sec. Rev.*, 2025, 58, 3 ss.; S. ORLANDO, *A proposito dei deceptive (già dark) patterns*, in G. GRISI e S. TOMMASI (a cura di), *Mercato digitale e tutela dei consumatori. Prove di futuro*, Torino, 2024, 63 ss.; J. TRZASKOWSKI, *Manipulation by design*, in *Electronic Markets*, 2024, 34, 6 ss.; M. LEISER e C. SANTOS, *Dark Patterns, Enforcement, and the Emerging Digital Design Acquis*, in *Eur. J. L. Tech.*, 2024, 5 ss.; W.T. YANG, F. DI PORTO e A. EGBERTS, *The Collective Welfare Dimension of Dark Patterns Regulation*, in *Eur. L. J.*, 2023, 116 ss.; M. LEISER, *Illuminating Manipulative Design: From “Dark Patterns” to Information Asymmetry and the Repression of Free Choice Under the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Loyola Cons. L. Rev.*, 2023, 484 ss.

³¹ In astratto, la specifica finalizzazione all'incremento e alla stabilizzazione dell'*engagement* caratterizza l'*addictive design*, mentre l'attitudine a generare benefici immediati al professionista in termini, ad esempio, di raccolta dei dati o di induzione a contrarre, dovrebbe caratterizzare i *dark pattern*; le due tecniche, comunque ben possono sovrapporsi. In questo senso, cfr. M. LIU, *Addictive or just innocently attractive?*, cit., 80.

mente prevedibili secondo uno standard professionale, tanto più agevole di- viene ricondurla a una scelta organizzativa imputabile al professionista.

Muovendo da questo quadro, si comprende meglio il nucleo del problema regolatorio: la questione prende le mosse dalla c.d. *content moderation* – in- tesa come rimozione di contenuti illeciti o dannosi –, ma finisce per investi- re la struttura stessa del servizio e, con essa, la qualificazione giuridica delle scelte che la determinano. La distinzione è rilevante: mentre la moderazione dei contenuti ha ad oggetto ciò che la piattaforma veicola, la valutazione delle scelte di progettazione riguarda il modo in cui il servizio è strutturato per organizzare, orientare e prolungare l'esperienza dell'utente³². Le consta- tazioni preliminari della Commissione europea del 6.2.2026 nei confronti di TikTok segnano questo passaggio, giacché oggetto del procedimento sono specificamente le funzionalità progettate per massimizzare il tempo di per- manenza e l'asserita insufficienza delle misure di individuazione e mitiga- zione dei rischi di uso compulsivo.

In simili ipotesi, le scelte di progettazione non restano meri dati tecnici, ma possono assumere rilievo come fatti giuridicamente apprezzabili³³.

3. Informazione, condizionamento e libertà contrattuale nella forni- tura di servizi digitali.

Quando un soggetto aderisce a un servizio digitale strutturato in modo da orientarne e prolungarne l'esperienza di fruizione, emergono almeno due profili distinti, ma strettamente connessi.

In primo luogo, l'utente può non essere pienamente consapevole, al mo- mento della conclusione del rapporto, dell'esistenza e della portata di quelle caratteristiche del servizio che sono destinate a incidere sulla sua sfera deci- sionale e comportamentale³⁴.

In secondo luogo, una volta entrato nell'ecosistema digitale così configu- rato, può trovarsi progressivamente esposto a meccanismi di trattenimento e rinforzo che incidono sulla libertà di prosecuzione del rapporto, orientando- ne le scelte mediante forme di influenza non pienamente trasparenti³⁵.

³² Sul punto v. EPRS, *Addictive design on online platforms*, cit., 2, ove si rileva che l'azione di *enforcement* è, per la prima volta, rivolta non a contenuti illeciti né a violazioni della disciplina sui dati, bensì alla "harmful architecture of the platform itself". Sulla rela- zione fra utente e piattaforma nelle dinamiche di moderazione dei contenuti, v., in partico- lare, C. PERLINGIERI, *Content Moderation and Freedom of Expression Online*, in *Italian L. J.*, 2025, 181 ss.

³³ A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale*, cit., 915 ss.; M. CIANCIMINO, *Private Law and Consumer Protection*, cit., 803 ss.

³⁴ Sulle limitazioni all'autonomia decisionale del "consumatore algoritmico", v. L. AMMANNATI, *La circolazione dei dati: dal consumo alla produzione*, in R. LENER, G. LUCHENA e C. ROBUSTELLA (a cura di), *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, cit., spec. 115 ss. Cfr. M. BIANCA, *La Filter Bubble e il Problema dell'Identità Digitale*, in E. DE BELVIS (a cura di), *Diritto di famiglia e nuove tecnologie*, Napoli, 2022, 31 ss.

³⁵ Cfr. A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale*, cit., 938 ss.; C. FRATTONE, *The Impact of Social Networks' Recommender Systems for Content Moderation on Autonomy. Legal Issues in the Aftermath of the EU Artificial Intelligence Act*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2025, 505 ss.

Giova, allora, provare a offrire un essenziale inquadramento della potenziale rilevanza dell'*addictive design* sul piano contrattuale.

Il primo snodo che viene in rilievo, dunque, è quello dell'asimmetria informativa. Il consumatore può accedere a un servizio digitale senza essere posto in condizione di comprendere effettivamente l'impatto che esso può produrre sulla propria sfera personale. Se è vero che la normativa consumeristica prescrive la fornitura di informazioni sulle "caratteristiche principali dei beni o servizi"³⁶ e sulla "funzionalità dei beni con elementi digitali, del contenuto digitale e dei servizi digitali"³⁷, la presenza di un assetto del servizio digitale idoneo a favorire forme di uso compulsivo potrebbe essere qualificata, almeno nei casi in cui incida in modo significativo sull'esperienza dell'utente, come caratteristica rilevante del servizio, la cui omissione assume rilievo ai fini della valutazione della completezza e correttezza dell'informazione precontrattuale³⁸.

Sotto questo profilo, l'omissione informativa è in grado di riverberarsi direttamente sul piano negoziale. Com'è noto, le conseguenze variano a seconda che si ritenga decisiva o meno la distinzione tra regole di condotta e regole di validità³⁹. Accedendo all'impostazione che valorizza tale distinzione, l'inadempimento informativo genera, di regola, un obbligo risarcitorio; in una prospettiva diversa, che nega l'autonomia di tale partizione o ne attenua la rigidità, l'inadempimento può incidere anche sulla validità del

³⁶V. artt. 48, 1° co., lett. a), e 49, 1° co., lett. a), cod. cons.

³⁷Art. 49, 1° co., lett. t), cod. cons. In questi termini, D. RUSSO, *Sull'informazione nei contratti*, Napoli, 2016, passim, spec. 45 ss. V. anche A. GATTI, *Profilazione e diritti fondamentali*, Napoli, 2025, 163 ss.

³⁸La Guida della Commissione europea alle pratiche commerciali scorrette conferma questo orientamento, menzionando con riferimento alle *loot box* nei videogiochi: "La vendita di scatole premio all'interno dei giochi deve rispettare gli obblighi di informazione di cui alla direttiva sui diritti dei consumatori e alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali per quanto riguarda il prezzo e le caratteristiche principali del prodotto": Commissione europea, *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (2021/C 526/01)*, 29 dicembre 2021, in *eur-lex.europa.eu*, § 4.2.9.

³⁹Su tutti, v. l'ampia analisi prospettata da G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 20 ss. V., poi, sul tema, *ex multis*, G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, spec. 297 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599 ss.; C. CASTRONOVO, *Vaga 'culpa in contrahendo': invalidità responsabilità e la ricerca della 'chance' perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 33 ss.; F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, 79 ss.; R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, 303 ss.; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, 2053 ss.; F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011, 41 ss.; A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 503 ss.; A. FACHECHI, *Regole di condotta e regole di validità: verso il superamento del principio di non interferenza*, in *Corti salernitane*, 2012, 339 ss.; A. URBANI, *La «trasparenza» nel diritto dell'economia*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, 2° ed., Milano-Padova, 2023, 225 ss.

contratto, in relazione alla specifica omissione e agli interessi concretamente lesi.

Il secondo profilo, poi, impone di valutare se, ed eventualmente in che termini, la libertà contrattuale dell'utente sia stata qui compromessa. Da tale rilievo discende la possibilità di interrogarsi sull'incidenza delle tecniche manipolatorie sulla formazione e sul mantenimento della volontà negoziale⁴⁰. A seconda della concreta configurazione della vicenda, l'omessa rappresentazione delle caratteristiche rilevanti del servizio o la predisposizione di percorsi di interazione non trasparenti potrebbero avvicinarsi, nei casi più intensi, allo schema dell'errore o del dolo. Ciò non significa, per vero, che la presenza di tecniche di *addictive design* possa automaticamente tradursi in una causa di invalidità del contratto, stante la necessità di un accertamento in concreto dell'adeguatezza del rimedio⁴¹.

Accanto al versante invalidante, viene in rilievo il piano risarcitorio: ove la progettazione del servizio sia tale da produrre o aggravare pregiudizi alla salute, al benessere psichico o alla sfera patrimoniale dell'utente, si pone la questione della responsabilità del professionista, e segnatamente della piattaforma, per i danni conseguenti. Può allora ipotizzarsi che la lesione dell'autodeterminazione dell'utente, ove causalmente riconducibile a scelte di *design* scorrette o non trasparenti, integri il danno-evento, rispetto al quale le ricadute sul piano biologico, psicologico o patrimoniale assumono ri-

⁴⁰ Si può, in particolare, ipotizzare il riferimento al dolo o all'errore, a seconda della concreta vicenda. Per un inquadramento essenziale v., in generale, A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 105 ss.; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 360 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª rist., Napoli, 2012, 171. Si consideri, peraltro, la peculiare situazione dei contratti stipulati da minori nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, ove la validità del consenso è ulteriormente problematizzata dalla condizione di particolare vulnerabilità dei soggetti adolescenti; v. sul punto P. VIRGADAMO, *Minori e nuovi media*, in A. CORDIANO e R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli, 2024, 2° ed., spec. 412 ss.; R. SENIGAGLIA, *Dimensione onlife, famiglia e "incapacità dei genitori" di assolvere i loro compiti*, in *Dir. succ. fam.*, 2025, 511 s.; ID., *Rischi identitari per la persona minore di età nell'ambiente digitale*, in *Eur. J. Privacy L. Tech.*, 2024, 63 ss., spec. 68 ss. con riguardo alla necessità di una modulazione progressiva delle forme di controllo parentale sulle attività *online* dei minori; E. BATTELLI, *Il trattamento dei dati nel prisma della tutela della persona minore di età*, in *Dir. inf.*, 2022, spec. 277 ss., 296 ss., sull'inadeguatezza dei tradizionali modelli informativi nella protezione dei minori e in riferimento alla necessità di ripensare le forme di protezione del minore *online*, ove necessario, "oltre le rigidità delle tradizionali categorie del passato".

⁴¹ In dottrina, il tema della manipolazione e dello sfruttamento delle vulnerabilità nel contesto digitale è stato ricondotto alla possibile incidenza del difetto di libertà sulla struttura del vincolo contrattuale: v. A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale*, cit., 938 ss. L'individuazione del rimedio più adeguato richiede, tuttavia, una valutazione calibrata sulla concreta configurazione della vicenda lesiva e sulle specificità delle tecniche di *addictive design* impiegate; in questa prospettiva, si rinvia all'impostazione metodologica attentamente prospettata da P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 7 ss. V., sulla medesima esigenza, anche G. VETTORI, *Effettività delle tutele*, in *Enc. dir., Ann., X*, Milano, 2017, 395.

Si consideri, inoltre, la possibilità di richiamare i c.d. vizi incompleti del contratto, per descrivere quelle alterazioni meno radicali della libertà decisionale che, pur non traducendosi in un vizio invalidante, possono assumere rilievo sul piano della responsabilità; v. sul punto, *ex multis*, M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, *passim*, spec. 25 ss., 187 ss.

lievo quali danni-conseguenza risarcibili, purché allegati e provati secondo le regole ordinarie⁴².

Il passaggio è particolarmente importante anche nell'ottica di una *strategic litigation* volta non soltanto alla compensazione del pregiudizio individuale, ma anche alla modifica delle pratiche di progettazione adottate dalle piattaforme⁴³. La lesione della libertà contrattuale può, infatti, accompagnarsi a pregiudizi seriali alla salute o al benessere personale degli utenti⁴⁴, ponendo il problema di effetti che, pur manifestandosi in singoli rapporti, assumono una rilevanza sistemica.

Il piano del singolo rapporto non esaurisce, tuttavia, la rilevanza giuridica delle tecniche considerate. Resta, infatti, da verificare se le medesime scelte di progettazione possano assumere rilievo anche alla luce della disciplina delle pratiche commerciali sleali.

⁴² In questo quadro, potrebbe essere opportuno operare un riferimento anche alla responsabilità da prodotto difettoso. La dir. 2024/2853/UE ha chiarito espressamente che anche il *software* rientra nella nozione di prodotto, aprendo uno spazio argomentativo nuovo per i danni cagionati da beni digitali. Così, può quantomeno interrogarsi sulla possibilità che la struttura tecnica di un servizio digitale, quando sia incorporata in componenti *software* che ne costituiscono il nucleo funzionale e quando non offra il livello di sicurezza che una persona può legittimamente attendersi, venga in rilievo nella valutazione della difettosità del prodotto. La questione resta, tuttavia, aperta: il passaggio dall'interfaccia manipolativa al prodotto difettoso non è automatico, sia perché la nuova direttiva non prende espressamente in considerazione le scelte di progettazione orientate allo sfruttamento di vulnerabilità cognitive, sia perché occorre distinguere tra difetto del prodotto, organizzazione del servizio e scorrettezza della pratica commerciale. Cfr., in generale sul rapporto fra tecnologie digitali e responsabilità da prodotto difettoso, R. MONTINARO, *Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law*, in questa Rivista, 2020, 366 ss.; C. SARTORIS, *Responsabilità per danno da prodotto difettoso e tutela del consumatore di fronte alle sfide del prosumerismo*, in *Assicurazioni*, 2024, 563 ss.; A. BERTOLINI, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Problema, sistema, funzioni*, Bologna, 2024, *passim*, 199 ss.; E. FAZIO, *Danni da "robot" e da prodotto difettoso: responsabilità civile e diritto europeo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2025, 653 ss.; A. FUSARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità da prodotti difettosi: la direttiva 2024/2853*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, 488 ss.; M. ANGELONE, *Dal prodotto all'algoritmo difettoso: evoluzione e sfide della responsabilità civile di fronte all'innovazione tecnologica*, in L. MEZZASOMA, F.J. PÉREZ-SERRABONA GONZALEZ, E. LLAMAS POMBO, F. RIZZO e G. BERTI DE MARINIS (a cura di), *A vent'anni dal codice del consumo. Un'analisi comparata con altri Paesi*, Napoli, 2025, 1223 ss. Sul problema, specificamente riferito a *social media*, *chatbot* e nuove forme di offerta dei servizi digitali, v. EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Liability for Defective Software Under the New EU Product Liability Regime*, 1st Supplement to the ELI Draft of a Revised Product Liability Directive, Vienna, 2026, 9 ss., 20 ss.

⁴³ Sulle differenti esigenze di effettività rimediabile, v., primariamente, P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, cit., 7 ss. Cfr. altresì, sulla potenziale efficacia della *strategic litigation*, A. PALMIERI e M. FEDERICO, *Collective privacy litigation and the law of torts. A comparative perspective*, in *Aa.Vv.*, *Legal issues in the Digital Age. Comparative Law Day*, Tirana, 2025, 7 ss.; P. CEBULAK, M. MORVILLO e S. SALOMON, *Strategic Litigation in EU Law: Who does it Empower?*, in *German L. J.*, 25(6), 2024, 800 ss.; F. TERPAN e S. SAURUGGER, *Explaining the Success of Litigation Strategies in the Schrems Cases. A Framework for Analysis*, in *Nordic J. Eur. L.*, 2024, 28 ss.

⁴⁴ C. MONTAG et al., *On fear of missing out, social networks use disorder tendencies and meaning in life*, in *BMC Psychol.*, 2023 (11), 358; A. GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale*, cit., 931 ss.

3.1. *Addictive design* e pratiche commerciali scorrette: dalla libertà contrattuale alla regolazione del mercato.

Quando le scelte di progettazione del servizio sono stabilmente incorporate nel modello di offerta e orientate a prolungare la permanenza dell'utente, esse possono assumere rilievo anche sul piano delle pratiche commerciali, oltre che su quello del singolo rapporto contrattuale. L'informazione precontrattuale resta un presidio, almeno in astratto, idoneo a ridurre l'asimmetria che caratterizza il rapporto tra piattaforma e consumatore⁴⁵. Nondimeno, è ampiamente riconosciuta l'insufficienza della mera trasparenza⁴⁶; tale limite emerge con particolare evidenza quando il servizio sia progettato per attrarre l'utente e orientarne nel tempo la condotta, attraverso meccanismi volti a favorirne la permanenza all'interno dell'ambiente digitale⁴⁷.

Muovendo da tale limite, la disciplina delle pratiche commerciali di cui alla dir. 2005/29/CE (UCPD) consente di spostare l'analisi oltre il piano meramente informativo.

Anzitutto, l'omessa rappresentazione delle caratteristiche rilevanti del servizio può integrare, nei casi più qualificati, una pratica ingannevole per omissione⁴⁸; tuttavia, l'aspetto più significativo delle tecniche di *addictive design* risiede, piuttosto, nel modo in cui l'ambiente digitale viene strutturato per influenzare le scelte dell'utente.

Il generale divieto di slealtà della dir. 2005/29/CE consente, su un piano sistematico, di valutare se la progettazione del servizio, ove contraria alla diligenza professionale, sia idonea ad alterare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio, anche alla luce della prevedibilità degli effetti che determinate scelte di *design* possono produrre sulla fruizione del servizio⁴⁹.

⁴⁵ Cfr., *ex multis*, D. RUSSO, *Sull'informazione nei contratti*, cit., 111 ss.; A. GATTI, *Profilazione e diritti fondamentali*, cit., 163 ss.; F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017, 32 ss., 54 ss.; G. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, 62.

⁴⁶ Sui limiti della disciplina informativa v., *ex multis*, A. ZOPPINI, *Contratto ed economia comportamentale*, in *Enc. dir., I Tematici – contratto*, Milano, 2021, 313 ss.; Y. BAKOS, F. MAROTTA-WURGLER e D.R. TROSSEN, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts*, in *J. Leg. Stud.*, 2014, 1, 32; O. BEN-SHAHAR e C.E. SCHNEIDER, *More than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton, 2014, 67 ss.

⁴⁷ Più in profondità, M. LIU, *Addictive or just innocently attractive?*, cit., 83 ss., dove emergono almeno due ordini di ragioni per cui la trasparenza potrebbe non risolvere le criticità dell'*addictive design*: da un lato, i *bias* cognitivi dell'utente (il *present bias*, l'*optimism bias* e lo *status quo bias*) che impediscono di agire razionalmente sulla base dell'informazione ricevuta; dall'altro, la natura ormai quasi necessaria della presenza sui *social media* come forma di partecipazione sociale, politica ed economica, che riduce ulteriormente la libertà effettiva di scelta.

⁴⁸ V. art. 7 UCPD; art. 22 cod. cons.

⁴⁹ V. art. 5, par. 2, UCPD; nel diritto interno, art. 20, comma 2, cod. cons. Cfr. P. SICILIANI, C. RIEFA e H. GAMPER, *Consumer theories of harm*, Oxford, 2019, 187; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali*



La nozione di decisione commerciale diviene qui centrale, poiché non sembra doversi restringere al solo momento genetico dell'adesione al servizio. Nei servizi digitali fondati sulla continuità dell'interazione, infatti, la scelta dell'utente si rinnova attraverso una pluralità di micro-decisioni, rilevanti almeno quando incidano sulla permanenza nel rapporto, sulla fruizione del servizio o sullo scambio economico sottostante. Tali micro-decisioni possono assumere la forma tanto di comportamenti attivi e ripetuti – proseguire la fruizione, seguire il flusso dei contenuti raccomandati, consentire ulteriori trattamenti di dati personali, mantenere attive determinate impostazioni⁵⁰ – quanto di inerzie rispetto a un'opzione di uscita pur disponibile, come non disattivare l'*account* o non interrompere la sessione di utilizzo. È su questa sequenza di scelte reiterate, tra comportamenti attivi e inerzie, che possono incidere le tecniche di *addictive design*.

Particolare interesse presenta, poi, la categoria delle pratiche aggressive e, segnatamente, il parametro dell'indebito condizionamento di cui agli artt. 8 e 9 UCPD, nella misura in cui consente di valutare le ipotesi in cui l'assetto tecnico del servizio introduca vincoli di fatto alla libertà dell'utente⁵¹.

Specificamente, viene in considerazione l'art. 9, lett. d), UCPD, che considera rilevante l'imposizione di ostacoli non contrattuali, onerosi o sproporzionati, quando il consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi i diritti di cambiare prodotto, di risolvere il contratto o di rivolgersi a un altro professionista. Pur non essendo formulata specificamente con riguardo a tali ipotesi, la disposizione può rilevare quale parametro utile per valutare quelle configurazioni del servizio che, attraverso 'attriti' procedurali o forme di *lock-in* comportamentale, rendano eccessivamente gravoso interrompere l'interazione, disattivare il servizio o migrare verso operatori concorrenti⁵². Ne deriva che il *lock-in* riconducibile, nei casi più intensi, a

scorrette, in *Contr. impr.*, 2009, 89 ss. V. anche, per una ricostruzione della tematica, P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette e il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contr. impr.*, 2007, 1416 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir., Ann.*, V, Milano, 2012, 1079 ss.; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, 17 ss.; G. MARINO, *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, in *Contr. impr. Eur.*, 2014, 137 ss.; C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della Dir. 2019/2161/UE*, in *Contratti*, 2021, 493 ss.; M. FOTI, *Pratiche commerciali scorrette, dolo determinante e annullamento del contratto*, in *Rass. dir. civ.* 2022, 1130 ss.; M.R. MAUGERI, *Invalidità del contratto stipulato a seguito di pratica commerciale sleale?*, in *Jus Civile*, 2022, 316 ss.; E. CAMILLERI, *Pratiche commerciali scorrette, safety net e nuove vulnerabilità: prospettive e limiti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 197 ss.

⁵⁰ Cfr. AGCM, 5.3.2024, n. 31124, cit., § 68 ss. Sembra confermare questa lettura Commissione europea, *Orientamenti sull'interpretazione*, cit., § 2.4; il § 4.2.7, poi, aggiunge che la direttiva "riguarderebbe anche pratiche commerciali come quella di catturare l'attenzione del consumatore, che sfocia nell'adozione di decisioni di natura commerciale quali continuare a utilizzare il servizio (per es. scorrendo un feed)".

⁵¹ Sul tema dell'indebito condizionamento dei minori *online*, v. A. GORGONI, *Protezione, educazione e recupero del minore*, cit., 1165 ss.

⁵² V. art. 25, 1° co., lett. d), cod. cons.; Commissione europea, *Orientamenti sull'interpretazione*, cit., § 4.2.11. In termini applicativi, AGCM, 5.3.2024, n. 31124, cit., §§ 71-72: l'Autorità ha ritenuto la disattivazione del sistema di raccomandazione introdotto

tecniche di *addictive design* oltrepassa la dimensione psicologica del condizionamento comportamentale e può produrre effetti di portata strutturale, incidendo sulla mobilità dell'utente e, indirettamente, sulla contendibilità del mercato⁵³.

Sotto questo profilo, il menzionato provvedimento AGCM n. 31124/2024 offre un riscontro applicativo significativo, ancorché parziale: pur operando in una prospettiva di moderazione dei contenuti, l'Autorità ha valorizzato il profilo dell'indebito condizionamento nell'ambito della disciplina delle pratiche aggressive, precisando che esso può intervenire anche in relazione alla continua scelta dell'utente circa le modalità e la tempistica di fruizione del servizio⁵⁴.

Indizi convergenti sembrano emergere anche in altri settori del mercato digitale. Il 16.1.2026 l'AGCM ha avviato due istruttorie nei confronti di Activision Blizzard, relative a meccanismi di monetizzazione e acquisto *in-game* nel settore dei videogiochi⁵⁵. Trattandosi di procedimenti ancora in corso, non è possibile trarne conclusioni definitive; essi segnalano, tuttavia, una progressiva attenzione dell'*enforcement* nazionale verso la rilevanza giuridica delle scelte di progettazione, oltre il solo ambito dei *social network*.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette consente, così, un primo passaggio oltre la prospettiva puramente individuale⁵⁶. Essa permette di

da TikTok insufficiente a rimuovere i profili di indebito condizionamento, in quanto presentato in modo oscuro all'utente mediante un percorso di attivazione plurifase, privo di informazioni chiare sulla finalità dello stesso.

In questa prospettiva, M. LIU, *Addictive or just innocently attractive?*, cit., 84 ss., ha argomentato che la combinazione fra *infinite scroll* e sistemi di raccomandazione dei contenuti può integrare gli estremi dell'indebito condizionamento. Cfr. anche C. MONTAG et al., *On fear of missing out*, cit., 6, sulle dinamiche correlate alla c.d. FOMO (*Fear of Missing Out*), sensazione di paura legata al timore di essere esclusi da esperienze, eventi o connessioni gratificanti vissute dagli altri, che potrebbe ostacolare l'abbandono delle reti sociali da parte degli utenti.

⁵³ M. LIU, *Addictive or just innocently attractive?*, cit., 83, ove si osserva che “leaving your digital traces has become a constitutive element of engaging in social, political and economic practices”. Cfr. anche EAD., *Digital Vulnerability*, cit., 832 e 840, sul limite dell'*empowerment* informativo rispetto a squilibri di potere digitalmente amplificati; J.N. ROSENQUIST, F.M. SCOTT MORTON e S.N. WEINSTEIN, *Addictive Technology*, cit., 465 ss.; F. DI PORTO e A. EGBERTS, *The Collective Welfare Dimension*, cit., 125. Cfr., sul tema, anche A. HELMOND, D.B. NIEBORG e F.N. VAN DER VLIST, *Facebook's evolution: development of a platform-as-infrastructure*, in *Internet Histories*, 2019, 123 ss.; J. VAN DIJCK, T. POELL e M. DE WAAL, *The platform society. Public values in a connective world*, Oxford University Press, 2018.

⁵⁴ AGCM, 5.3.2024, n. 31124, cit., § 74. V. anche Parlamento europeo, *Risoluzione del 12 dicembre 2023*, cit., § 8.

⁵⁵ AGCM, *Videogiochi, avviate due istruttorie nei confronti di Activision Blizzard (gruppo Microsoft)*, PS13020-PS13039, 16.1.2026, in *agcm.it*. Il procedimento riguarda pratiche relative alla progettazione di meccanismi di monetizzazione – incluse le *loot box* e i sistemi di acquisto *in-game* – che sarebbero idonee a sfruttare le vulnerabilità cognitive degli utenti, con particolare riguardo ai minori.

⁵⁶ M. LIU, *Digital Vulnerability*, cit., 846 ss., argomenta in merito alla necessità di superamento del paradigma informativo, nei mercati digitali, in favore di un potenziamento della riservatezza come scudo (“*privacy as a shield*”) così da limitare l'uso massivo di dati personali.



leggere l'*addictive design* anche come pratica seriale idonea a incidere sull'effettività delle dinamiche di scelta nei mercati digitali. Poiché essa resta costruita intorno alla decisione commerciale del consumatore e alla scorrettezza della condotta del professionista⁵⁷, occorre, tuttavia, spostare l'analisi sul piano del funzionamento del mercato digitale.

4. Fallimenti del mercato digitale: vulnerabilità, fiducia e concorrenza.

La digitalizzazione dei mercati e dei servizi sembra aver acuito le condizioni di vulnerabilità dei consumatori, suggerendo l'opportunità di ripensare la nozione stessa di "consumatore medio"⁵⁸. In tale contesto, se le tecniche di *addictive design* incidono, sul piano individuale, sull'effettività del consenso e sulla libertà contrattuale dell'utente, sul piano sistemico esse rivelano un problema ulteriore. I mercati digitali, lasciati alle sole dinamiche concorrenziali, non sembrano sempre in grado di correggere le distorsioni prodotte da modelli di business fondati sulla cattura e sulla monetizzazione dell'attenzione⁵⁹. In questo scenario, l'attenzione dell'utente, più che un bene scarso da contendere, diviene la risorsa economica intorno alla quale si

⁵⁷ La possibilità che l'uso di tecniche che creano dipendenza integri una pratica commerciale scorretta può inoltre riflettersi sul versante privatistico, aprendo, nei limiti e alle condizioni previste dall'art. 27, comma 15-bis, cod. cons., all'esperimento di rimedi individuali proporzionati ed effettivi, tra cui il risarcimento del danno, la riduzione del prezzo e, ove ne ricorrano i presupposti, la risoluzione del contratto. Cfr. E. CAMILLERI, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 206 ss.; G. DE CRISTOFARO, «Rimedi» privatistici individuali dei consumatori e pratiche commerciali scorrette: il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 441 ss.

⁵⁸ V. P. CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 971 ss.; M. RABITTI, *Il consumatore vulnerabile e la fragilità del diritto. Brevi considerazioni*, in *Dial. dir. econ.*, 2023, 2 ss.; C. CREA e A. DE FRANCESCHI (a cura di), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Nomos, 2024, *passim*; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Vulnerabilità digitale e post-modernità giuridica*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2025, 1 ss.; A. BERNES, *Persona vulnerabile, ambiente digitale e obblighi di protezione*, in *Dir. fam. pers.*, 2025, 163 ss. Cfr. anche N. HELBERGER et al., *Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability*, in *J. Consumer Policy*, 2022, 45, 175 ss. In giurisprudenza, sui limiti decisionali in concreto in relazione all'individuazione del consumatore medio, v. CGUE, 4 ottobre 2024, C-646/22, Compass Banca. M. LIU, *Digital Vulnerability*, cit., spec. 837-838, propone un approccio dinamico e contestuale agli squilibri di potere, osservando che le tecnologie digitali rendono chiunque – indipendentemente dalle proprie caratteristiche personali – potenzialmente esposto a squilibri costruiti dall'architettura esterna: "everyone can be victimized by the digital architecture" (*ivi*, 841). Ne discende, secondo l'A., la necessità che l'ordinamento valorizzi una "more fluid image of weakness" capace di cogliere la natura contestuale e non categoriale della vulnerabilità digitale.

⁵⁹ In questa direzione, J.N. ROSENQUIST, F.M. SCOTT MORTON e S.N. WEINSTEIN, *Addictive Technology*, cit., 445 s., osservano che, nei modelli fondati sulla raccolta pubblicitaria, gli ambienti digitali idonei a generare dipendenza risultano economicamente profittevoli, poiché l'aumento del tempo di permanenza consente alla piattaforma di mostrare ulteriori annunci e incrementare i ricavi; così, in presenza di potere di mercato, l'impresa può essere indotta a spingere l'uso del servizio oltre il valore che tale uso presenta per l'utente.

organizzano le strategie di progettazione dei servizi, le tecniche di profilazione e, in definitiva, la stessa struttura dell'offerta⁶⁰.

L'impiego di tecniche di *addictive design* può essere letto, in questa prospettiva, come indice di un possibile 'fallimento comportamentale' del mercato: operatori e piattaforme possono andare oltre la semplice offerta di servizi che rispondono a preferenze già formate, progettando contesti digitali capaci di intercettare *bias* cognitivi, vulnerabilità situazionali, limiti dell'autocontrollo e meccanismi di ricompensa⁶¹. Il problema, allora, risiede non nelle caratteristiche soggettive del singolo utente, bensì nell'ambiente digitale che le individua, le sfrutta e ne fa il presupposto di strategie commerciali mirate⁶².

Ne deriva che le dinamiche di incontro tra domanda e offerta risultano esposte al rischio di una distorsione strutturale. Nei mercati digitali fondati sulla cattura dell'attenzione, il meccanismo concorrenziale rischia di premiare le offerte più efficaci nel trattenere l'utente all'interno del servizio, sfavorendo quelle più rispondenti alle preferenze autonome e informate dei consumatori. Le piattaforme, a loro volta, possono non avere incentivo a ridurre tali tecniche, poiché esse accrescono il tempo di permanenza, la disponibilità di dati e la raccolta pubblicitaria. Il risultato è un mercato nel quale la massimizzazione del profitto può passare, almeno in parte, attraverso l'incremento dell'*engagement* anche a scapito del benessere degli utenti⁶³.

I servizi il cui assetto espone a un rischio di dipendenza possono altresì minare la fiducia degli utenti nei mercati digitali. La percezione di strategie di progettazione "predatorie" può alimentare, nel tempo, sfiducia, disaffezione o abbandono, con conseguenze non limitate alla singola piattaforma⁶⁴.

⁶⁰ Sulle dinamiche di scelta del consumatore contemporaneo, v., *ex multis*, D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011, *passim*, spec. 283-286; R.H. THALER e C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008, *passim*, spec. 17 ss.; SUSSER, B. ROESSLER e H. NISSENBAUM, *Online Manipulation: Hidden Influences in a Digital World*, in *Georgetown L. Tech. Rev.*, 2019, 1 ss.

⁶¹ L. AMMANNATI, *La circolazione dei dati*, cit., 118 s.; A. DAVOLA, *La digitalizzazione dei mercati e le sue implicazioni per la tutela dell'utente*, in *Euro-Balkan L. Econ. Rev.*, 2024, 90 ss.; C. PETTA, *Illecito anticoncorrenziale e «giusto rimedio»*, Napoli, 2023, 16 ss.

⁶² M. LIU, *Digital Vulnerability*, cit., spec. 838-839, ove si afferma che "the real problem lies outside the consumer, i.e., in the digital architecture", precisando che gli squilibri di potere digitalmente amplificati non sono il frutto di caratteristiche personali dell'utente, ma di fattori esterni che le individuano e le sfruttano in modo sistematico. Cfr., poi, R. CALO, *Digital Market Manipulation*, in *George Washington L. Rev.*, 2014, 4, 996 ss.

⁶³ V. J.N. ROSENQUIST, F.M. SCOTT MORTON e S.N. WEINSTEIN, *Addictive Technology*, cit., 438 ss.; sul piano empirico, AGCM, 5.3.2024, n. 31124, cit., spec. §§ 26-27. Sulla regolazione di tali meccanismi, cfr. L. AMMANNATI, *op. ult. cit.*, 121; A. NICITA e M. DELMASTRO, *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019, 83 s.

⁶⁴ C. GUITTON, A. TAMÒ-LARRIEUX e S. MAYER, *How Distrust is Driving Artificial Intelligence Regulation in the European Union*, in *Eur. J. L. Tech.*, 2024, 2, 3 ss.; O. DEL GROSSO, *La fiducia nell'era digitale: sfide e paradossi dei sistemi reputazionali online*, in *Riv. trim. Sc. amm.*, 4/2024; G. ANSELMO, *The fragility of trust: digital fairness and consumer vulnerability in the Italian Ferragni-Balocco Case*, in *J. Eur. Cons. Market L.*, 2025, 256 ss. Una lettura critica della nozione di fiducia nei *social media* in Y. ZHANG et al., *What Do We Mean When We Talk about Trust in Social Media? A Systematic Review*, Pro-

Si delinea, così, un paradosso strutturale: un modello di business fondato sull'intensificazione dell'uso trae valore dall'*engagement* dell'utente, ma, nei casi più intensi, può contribuire a trasformarlo in uso compulsivo o problematico, con progressiva erosione della capacità dell'utente di instaurare con il servizio un rapporto consapevole e volontario⁶⁵.

A ciò si aggiunge un ulteriore profilo concorrenziale, relativo alla posizione degli operatori già dotati di significativo potere di mercato. Lo sfruttamento dei *bias* cognitivi dei consumatori, oltre a prolungare la permanenza dell'utente all'interno del singolo servizio, può infatti innalzare barriere all'ingresso per nuovi concorrenti, ridurre la varietà dell'offerta⁶⁶ e rendere il mercato meno contendibile⁶⁷. Si crea, così, una dinamica 'cumulativa': la disponibilità di dati, capacità predittive e strumenti di personalizzazione sofisticati consente di affinare le tecniche di *engagement*; l'efficacia di tali tecniche può, a sua volta, rafforzare il vantaggio competitivo della piattaforma rispetto ai nuovi entranti. La disponibilità di un patrimonio informativo esteso consente, infatti, di individuare anche i momenti e le modalità di maggiore ricettività o vulnerabilità, adattando contenuti, raccomandazioni e percorsi di interazione con una precisione difficilmente raggiungibile da operatori privi di dati comparabili. Senza qualificare ogni vantaggio informativo come anticoncorrenziale, occorre rilevare che, in determinati mercati digitali, la combinazione tra dati, profilazione e tecniche di *engagement* risulta in grado di rafforzare dinamiche escludenti e rendere più difficile l'ingresso di nuovi operatori⁶⁸.

ceedings of the 2023 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems (CHI '23), ACM, New York, 2023, in *arxiv.org*, 1 ss.

⁶⁵ Possono leggersi in questa chiave taluni movimenti spontanei che propongono forme di ripensamento concreto del rapporto con i *social*, soprattutto in relazione ai minori: v., a titolo esemplificativo, pur nella loro eterogeneità, *LOG OFF Movement*, in www.logoffmovement.org/; *Smartphone Free Childhood*, in www.smartphonefreechildhood.org/; *Wait Until 8th*, in www.waituntil8th.org/; v., infine, le iniziative di *Screen Free Week*, in www.screenfree.org.

⁶⁶ J.N. ROSENQUIST, F.M. SCOTT MORTON e S.N. WEINSTEIN, *Addictive Technology*, cit., 465 ss.

⁶⁷ Cfr. sul punto V. FALCE, *Piattaforme ed ecosistemi digitali. Scelte pro-concorrenziali*, in *Riv. dir. ind.*, 2022, 174 ss.; F. DI PORTO e A. EGBERTS, *The Collective Welfare Dimension*, cit., 125; J.N. ROSENQUIST, F.M. SCOTT MORTON e S.N. WEINSTEIN, *Addictive Technology*, cit., 465 ss.; G. DAY e A. STEMLER, *Infracompetitive Privacy*, in *Iowa L. Rev.*, 2019, 105, 74 ss.

⁶⁸ M. LIU, *Digital Vulnerability*, cit., 844, descrive il fenomeno della "persuasion profiling" come la combinazione di strategie di *targeting* adattivo che consegnano "the right message at the right pitch at the right time and place to the right individual". Questa capacità di calibrazione persuasiva, nella misura in cui presuppone un patrimonio informativo e predittivo non facilmente replicabile, può contribuire – almeno in determinati mercati digitali – a rafforzare il vantaggio competitivo degli operatori già dotati di maggiori risorse informative. Cfr. anche N. HELBERGER et al., *Choice Architectures in the Digital Economy*, cit., 180; M. KAPTEIN e D. ECKLES, *Heterogeneity in the Effects of Online Persuasion*, in *J. Interactive Marketing*, 2012, 176 ss.; I.D., *Selecting Effective Means to Any End: Futures and Ethics of Persuasion Profiling*, in *Persuasive Technology*, Springer, 2010, 82 ss.; M. KAPTEIN et al., *Personalizing persuasive technologies: Explicit and implicit personalization using persuasion profiles*, in *Int. J. Human-Computer Studies*, 2015, 38 ss. V., poi, Commissione europea, *Orientamenti su misure per garantire un elevato livello di tutela*, cit., § 6.5.1, sull'adeguamento dei sistemi di raccomandazione per i minori.

La trasversalità di tali dinamiche nei diversi ambienti digitali⁶⁹ conferma il limite degli strumenti che operano soltanto a valle della singola decisione del consumatore o della singola pratica commerciale. I ‘fallimenti’ descritti – comportamentale, fiduciario e concorrenziale – mostrano, infatti, che il rapporto tra piattaforma e consumatore richiede una chiave di lettura capace di andare oltre lo schema lineare del singolo rapporto di consumo, così da cogliere la dimensione personalizzata, relazionale ed esperienziale del consumo digitale⁷⁰.

Una risposta più adeguata deve, pertanto, misurarsi con l’assetto tecnico del servizio, con i sistemi algoritmici e con le modalità attraverso le quali l’ambiente digitale organizza, orienta e prolunga l’esperienza dell’utente. È su questo terreno che si innesta il problema del governo preventivo dei rischi sistemici connessi alla progettazione e al funzionamento delle piattaforme.

5. Governo del rischio e progettazione digitale nel Digital Services Act.

Il reg. UE 2022/2065, Digital Services Act (DSA), offre un paradigma particolarmente rilevante di governo preventivo del rischio digitale. Per quanto qui interessa, esso guarda alla progettazione, al funzionamento e all’uso dei servizi digitali, nella misura in cui tali elementi possano generare rischi sistemici per i destinatari del servizio e, in particolare, per i minori, per i consumatori, per il benessere fisico e mentale della persona e per il corretto funzionamento dell’ambiente digitale⁷¹.

Il Digital Services Act delinea, anzitutto, un modello di regolazione fondato sulla valutazione e mitigazione dei rischi sistemici. L’art. 34 impone ai fornitori di piattaforme *online* e di motori di ricerca di dimensioni molto grandi, cc.dd. VLOP e VLOSE, di individuare, analizzare e valutare con diligenza i rischi sistemici derivanti dalla progettazione, dal funzionamento e dall’uso dei loro servizi; l’art. 35 collega a tale valutazione l’obbligo di

⁶⁹ Secondo quanto, come anticipato, evidenziato da A. ANTONUCCI, *Il mercato dei dati*, cit., 101.

⁷⁰ Sulla necessità di un approccio adeguato e bilanciato nella regolazione delle nuove tecnologie, v., primariamente, F. CAPRIGLIONE, *Diritto ed economia. La sfida dell’Intelligenza Artificiale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, suppl. 3, 4 ss.; M. PELLEGRINI, *Innovazione tecnologica e diritto dell’economia*, cit., 45 ss.; L. AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore nell’era digitale*, cit., 29 s. Sull’esigenza di un approccio “relazionale” allo studio delle interazioni fra persona e tecnologie digitali, v. in particolare P. DONATI, *The relational quiddity of the virtual/digital reality*, in *J. Theory of Social Behaviour*, 55(4), 2025, 1 ss.; ID., *Una antropologia relazionale per la società dell’IA*, in M. DE ANGELIS (a cura di), *Libertà. Dopo l’eclissi progressista e l’avvento delle IA*, Soveria Mannelli, 2026, 134 ss.

⁷¹ Sulle finalità del Digital Services Act, v. A. DE FRANCESCHI, *Art. 1 DSA*, in R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, 2^a ed., C.H. Beck, 2025, 718 ss.; F. WILMAN, A.L. KALÉDA e P.J. LOEWENTHAL, *The EU Digital Services Act. A Commentary*, Oxford University Press, 2024, 1 ss.; G. MORGESE, *The DSA: A new framework for EU regulation of online platforms*, in G. MORGESE, I. OTTAVIANO, S. PUGLIESE e N. RUCCIA (a cura di), *EU Rules on Transparency and Liability for Online Platforms: Challenges and Perspectives*, Torino, 2025, 3 ss.



adottare misure di attenuazione ragionevoli, proporzionate ed efficaci sulla base dei rischi individuati *ex art.* 34. Proprio perché l'*addictive design* può incidere su vulnerabilità, libertà di scelta, benessere degli utenti e corretto funzionamento del mercato, risulta centrale l'effettività dei processi di valutazione del rischio e delle misure di mitigazione adottate dalle piattaforme⁷².

Vanno nella stessa direzione le constatazioni preliminari della Commissione europea nei confronti di TikTok, riguardanti non soltanto la presenza di funzionalità idonee a favorire un uso compulsivo, ma anche l'insufficiente monitoraggio di indicatori di uso problematico⁷³.

Questo livello di intervento opera sul piano della *governance* del rischio e mira a incidere sull'assetto complessivo del servizio. Esso può essere utilmente letto in coordinamento con gli strumenti di tutela consumeristica già esaminati: gli obblighi di individuazione, valutazione e mitigazione del rischio previsti dagli artt. 34 e 35 DSA, infatti, possono contribuire, almeno per i soggetti rientranti nel relativo ambito applicativo, a precisare lo standard di diligenza professionale rilevante ai fini della disciplina consumeristica⁷⁴.

Il DSA intercetta il problema delle interfacce manipolative anche attraverso l'art. 25, che vieta ai fornitori di piattaforme *online* di progettare, organizzare o gestire interfacce idonee a ingannare o manipolare i destinatari del servizio, ovvero a compromettere materialmente la loro capacità di assumere decisioni libere e informate⁷⁵. Il contributo di tale disposizione al contrasto dell'*addictive design*, tuttavia, deve essere valutato con cautela.

In primo luogo, l'art. 25 non è una norma specificamente dedicata alle dipendenze digitali, ma un divieto relativo alle interfacce manipolative – ca-

⁷² V. artt. 34 (spec. lett. b) e d) sui rischi sistemici per i diritti fondamentali e per il benessere della persona) e 35 DSA; sugli audit indipendenti, art. 37 DSA. Sebbene i fornitori di VLOP e VLOSE siano tenuti a redigere annualmente tali valutazioni, si è rilevato che le metodologie adottate e le affermazioni contenute nei relativi rapporti non sempre trovano riscontro negli indicatori e nei dati forniti a sostegno; v. EPRS, *Addictive design on online platforms*, cit., 2: "Civil society has criticised the lack of clarity. They argue that DSA risk assessments should be carried out more transparently, as platforms' methodologies and claims are not always supported by the indicators and data provided". Il ricorso ad audit indipendenti e a forme di trasparenza sulle metodologie di valutazione appare, in questa prospettiva, una condizione necessaria per rendere effettivo il sistema di prevenzione e mitigazione dei rischi. Cfr. F. WILMAN, A.L. KALÉDA e P.J. LOEWENTHAL, *The EU Digital Services Act*, cit., 256 ss.; F. DI GIANNI, *The DSA: New transparency and accountability obligations for online platforms to build a safer digital world for children*, in *EU Rules on Transparency and Liability for Online Platforms: Challenges and Perspectives*, cit., 47 ss.

⁷³ Cfr. Commissione europea, *La Commissione ritiene in via preliminare che il design di TikTok*, cit.

⁷⁴ M. LIU, *Addictive or just innocently attractive?*, cit., 85-87; F. ESPOSITO e T.M. CATHOUD FERREIRA, *Addictive Design as an Unfair Commercial Practice*, cit., 1006 ss., 1013 ss.

⁷⁵ Cfr. A. SCAFFIDI e V. FORTE, *From dark patterns to hyper-engaging dark patterns: For a modern application of the prohibition under Article 25 DSA*, in *EU Rules on Transparency and Liability for Online Platforms: Challenges and Perspectives*, cit., 35 ss. M. LIU, *Addictive or just innocently attractive?*, cit., 87 ss., valuta criticamente l'utilità dell'art. 25 DSA in quanto, in relazione all'*addictive design*, esso (almeno in una prospettiva formalistica) "could serve as a safety net, but it has a stricter framework". V., poi, sulla portata della dir. UCPD nel connesso contesto dei *dark pattern*, S. ORLANDO, *A proposito dei deceptive (già dark) patterns*, cit., 82 ss.

tegoria che si sovrappone solo parzialmente all'*addictive design*⁷⁶. Quest'ultimo può operare attraverso meccanismi progressivi di trattenimento dell'utente che non sempre si lasciano ricondurre agevolmente all'inganno o alla manipolazione in senso tecnico, richiedendo una valutazione in concreto della compromissione dell'autonomia decisionale.

In secondo luogo, l'art. 25, par. 2, DSA esclude l'applicazione del divieto alle pratiche già "contemplate" dalla UCPD o dal GDPR. Il significato di tale clausola rimane controverso: nella lettura più ampia, l'art. 25 opererebbe come norma residuale, applicabile soltanto quando la disciplina consumeristica o quella in materia di protezione dei dati personali non trovino spazio. Per le tecniche di *addictive design* che incidono soprattutto sulla fruizione continuativa di contenuti, uno spazio applicativo dell'art. 25 DSA non può essere escluso in assoluto; esso resta, tuttavia, subordinato alla dimostrazione di una compromissione materiale della capacità decisionale del destinatario del servizio⁷⁷, pur potendo rilevare quale parametro interpretativo della dir. UCPD⁷⁸.

Il contributo conformativo del DSA non si esaurisce in queste disposizioni. Rilevano anche l'art. 38, che impone ai fornitori di VLOP e VLOSE di offrire almeno un'opzione non basata sulla profilazione per ciascun sistema di raccomandazione⁷⁹, e l'art. 28, che impone alle piattaforme accessibili ai minori di adottare misure adeguate e proporzionate per assicurare, nell'ambiente digitale, un elevato livello di tutela della vita privata, della sicurezza e della protezione dei minori⁸⁰.

⁷⁶ Cfr., *supra*, note 30-31. In questa prospettiva possono assumere rilievo ermeneutico i considerando nn. 81 e 83: il primo richiama i rischi connessi alla "progettazione di interfacce online che sfruttano intenzionalmente o involontariamente le debolezze e l'inesperienza dei minori o che possono causare comportamenti di dipendenza"; il secondo menziona espressamente la "progettazione di interfacce online che possono stimolare le dipendenze comportamentali dei destinatari del servizio".

⁷⁷ Sul problema del raccordo tra l'art. 25 DSA e la UCPD – in particolare sull'interpretazione del sintagma "covered by" ex art. 25, par. 2, DSA – v. B. RAUE, *Dark Patterns on online platforms and the interplay between the Digital Services Act and the Unfair Commercial Practices Directive*, in *J. Eur. Cons. Market L.*, 2025, 109 ss., in riferimento a OLG Bamberg, 5.2.2025, in *GRUR-RS*, 2025, 6221; M. LIU, *Addictive or just innocently attractive?*, cit., 87 ss.; F. ESPOSITO, C. ISOLA, C. SANTOS e M. FARINHA, *Back to the Future-Proof: Four Reforms for the Better Regulation of Dark Patterns Under the Unfair Commercial Practices Directive and Article 25 of the Digital Services Act*, in *Eur. J. Risk Reg.*, 2026, spec. 14-16, i quali valutano la necessità di un'abrogazione dell'art. 25, par. 2, DSA. In una posizione intermedia, F. WILMAN, A.L. KALÈDA e P.J. LOEWENTHAL, *The EU Digital Services Act*, cit., 202 s., per i quali l'esclusione di cui all'art. 25 DSA andrebbe verificata caso per caso, dato il diverso ambito di applicazione fra DSA e UCPD.

⁷⁸ Cfr. sul punto B. RAUE, *Dark Patterns on online platforms*, cit., 110.

⁷⁹ V. art. 38 DSA, ai sensi del quale i fornitori di VLOP e VLOSE che utilizzano sistemi di raccomandazione assicurano almeno un'opzione per ciascuno dei loro sistemi di raccomandazione non basata sulla profilazione ai sensi dell'art. 4, n. 4, reg. UE 2016/679 (GDPR). Sugli obblighi generali di trasparenza dei sistemi di raccomandazione, v. anche l'art. 27 DSA.

⁸⁰ Sul principio di protezione *by design* nel quadro del DSA, v. A. GORGONI, *Protezione, educazione e recupero del minore*, cit., 1161 ss.; M. FEDERICO, "Nella tana del coniglio", cit., 69, ove si afferma che l'art. 28 DSA debba essere letto alla luce del principio di *accountability*, che impone ai fornitori un dovere generale di prevenzione "attraverso obblighi di progettazione chiara, adeguata, rispettosa dei diritti fondamentali, della loro "architettura".

Così, quando il rischio nasce dal *design*, risulta necessario incidere sulla configurazione predefinita dell'ambiente digitale. Strumenti quali *parental control* e sistemi di verifica dell'età possono essere utili, ma presentano un limite strutturale: presuppongono sovente un intervento attivo dell'utente, finendo così per spostare all'esterno del servizio una responsabilità che dovrebbe gravare anzitutto sul fornitore, quando il rischio derivi dall'architettura tecnica del servizio stesso⁸¹. Se il servizio è progettato per massimizzare l'attenzione dell'utente, la protezione deve essere incorporata nel *design*, anziché restare affidata soltanto a scelte successive e opzionali, attraverso impostazioni predefinite protettive (*safe defaults*) capaci di assicurare un livello di tutela di base, soprattutto per i minori⁸², senza rendere necessario un intervento esplicito⁸³.

Da questa panoramica emerge un dato di fondo: nell'ordinamento esiste già un nucleo normativo attivabile nei confronti delle tecniche di progetta-

ra" digitale, *by design* e *by default*". V., poi, A. DE FRANCESCHI, *Art. 28 DSA*, in R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, cit., 755 ss. V. altresì A. ALPINI, *La dimensione antropocentrica nella legge italiana sull'IA*, in *Dimt.it*, 12 dicembre 2025, sulla necessità di un approccio antropocentrico nella regolazione del digitale, particolarmente con riguardo ai servizi offerti ai minori. Da ultimo, Commissione europea, *Orientamenti su misure per garantire un elevato livello di tutela*, cit., spec. § 6.3.1, ove una individuazione minima delle impostazioni predefinite da adottare per una opportuna tutela dei minori *online*.

⁸¹ In senso analogo, EPRS, *Addictive design on online platforms*, cit., 2, evidenzia che i sistemi di *parental control* "also transfer responsibility from platforms on to children and their parents, and can be difficult to implement depending on parents' digital literacy". Cfr. anche Commissione europea, *La Commissione ritiene in via preliminare che il design di TikTok*, cit.; Commissione europea, *Orientamenti su misure per garantire un elevato livello di tutela*, cit., spec. §§ 5, 7, 8. Sulle peculiari esigenze di tutela *online* dei minori, v., in particolare, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Sharenting: nuovi conflitti familiari e rimedi civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1108 ss.; A. THIENE, *La Generazione Z nel baratro digitale*, in questa *Rivista*, 2025, 500 ss.

⁸² Ciò non implica, tuttavia, l'adesione a modelli proibitivi fondati sull'esclusione generalizzata dei minori dai *social network*, né la pretesa di sostituire con la regolazione giuridica il ruolo dell'educazione, della responsabilità familiare e dell'accompagnamento psicologico. Nel dibattito pubblico, in senso critico rispetto ai divieti generalizzati di accesso dei minori ai *social network*, cfr. G. CORBELLINI e A. MINGARDI, *Ragioni minime per ribellarsi agli stati etici che scambiano causa e effetto e curano i disagi degli adolescenti a colpi di inutili divieti sui social*, in *Il Foglio*, 20-21 giugno 2026. La critica investe soprattutto l'opportunità di modelli proibitivi e generalizzati di esclusione dei minori dalle piattaforme; diverso è il problema, qui esaminato, della conformazione dell'architettura del servizio e dell'allocatione sul fornitore degli obblighi di prevenzione e mitigazione dei rischi derivanti da specifiche scelte di progettazione.

⁸³ Cfr. A. BERNES, *Persona vulnerabile, ambiente digitale e obblighi di protezione*, cit., 179 ss.; A. THIENE, *La Generazione Z nel baratro digitale*, cit., 503 ss. Per un'analisi delle possibili misure di mitigazione ai sensi dell'art. 35 DSA in relazione all'*addictive design* dei *social media* – tra cui la disabilitazione dell'infinito scroll come impostazione predefinita, la limitazione temporale dell'adattività dei sistemi di raccomandazione e misure di awareness sull'uso prolungato – v. M. LIU, *Addictive or just innocently attractive?*, cit., 88 ss. In questa prospettiva, poi, l'Associazione europea dei consumatori BEUC ha proposto di integrare tali strumenti con componenti di *fairness by design*: M. NAMYSŁOWSKA, *Future-Proofing the Unfairness Test*, cit., 231 ss.; EPRS, *Addictive design on online platforms*, cit., 2.

zione digitale che sfruttano la vulnerabilità dell'utente⁸⁴. Il raccordo tra diritto dei consumatori e disciplina delle piattaforme resta, tuttavia, parziale, con margini di sovrapposizione e incertezza interpretativa, come confermano le più recenti iniziative di revisione del quadro regolatorio digitale europeo⁸⁵.

Da un lato, il DSA offre strumenti capaci di incidere a monte sull'architettura del servizio: valutazione dei rischi sistemici, misure di attenuazione, controllo sui sistemi di raccomandazione, obblighi di progettazione più attenti ai minori e divieto di interfacce manipolative⁸⁶. Dall'altro, la UCPD guarda alla pratica commerciale e alla decisione del consumatore, mentre il DSA considera la progettazione del servizio, i rischi sistemici e gli obblighi di diligenza delle piattaforme: due piani funzionalmente complementari, ma non sempre applicativamente coordinati, come mostra l'art. 25, par. 2, DSA.

Proprio questa imperfetta complementarità spiega il dibattito sulle prospettive di *digital fairness*: pur non mancando strumenti di intervento, le tutele esistenti restano distribuite tra paradigmi diversi, che non sempre convergono in una disciplina unitaria.

⁸⁴ Sul piano ulteriore, potrebbe venire in rilievo anche l'AI Act, con riferimento alle tecniche manipolative algoritmiche più invasive, ove riconducibili a sistemi di intelligenza artificiale. L'art. 5, par. 1, lett. b), Reg. UE 2024/1689, vietando determinati sistemi di IA che sfruttano specifiche condizioni di vulnerabilità e producono una distorsione materiale del comportamento idonea a provocare un danno significativo, presenta punti di contatto con il tema dell'*addictive design* algoritmico. La tematica, invero, esula dalla presente analisi. Sul contributo dell'AI Act alla tutela del consumatore profilato e sui limiti del divieto di cui all'art. 5 AI Act, v. A. AMIDEI, *La tutela del consumatore "profilato", obblighi informativi e asimmetrie negoziali*, in *Giur. it.*, 2025, 463 ss.; M. LEISER, *Psychological Patterns and Article 5 of the AI Act*, in *AI Rev.*, 2024, 1 ss. Sull'evoluzione del ruolo della tutela consumeristica alla luce dell'evoluzione dell'ambiente digitale, v. S. ORLANDO, *Nove certezze su decisioni algoritmiche, diritto alla spiegazione e tutela dei consumatori*, in E. TOSI (a cura di), *Persona, dati personali, algoritmi tra GDPR e AI Act. Le nuove frontiere del diritto civile nella società delle "intelligenze" artificiali*, Milano, 2025, 164 ss. V. anche, sui profili rimediali nel contesto della vulnerabilità digitale, C. CREA e M. INFANTINO (a cura di), *Remedies to Digital Vulnerability in European Private Law. Pathways towards Fairness*, Cham, 2026, *passim*.

⁸⁵ Si pensi al pacchetto *Digital Omnibus* del novembre 2025, che si colloca, almeno formalmente, nel più ampio dibattito sulla semplificazione del quadro regolatorio digitale europeo, muovendo dall'esigenza di ridurre sovrapposizioni, oneri e incertezze applicative. Riflessioni sistematiche sull'evoluzione dell'attuale quadro regolatorio in L. FABIANI, M. BORGHI e D. IMBRUGLIA, *Il Digital Omnibus tra competitività economica e arretramento delle garanzie fondamentali*, Nexa Center for Internet & Society, 2026, in *nexa.polito.it*; G. DE GREGORIO e A. VICINANZA, *The Enforcement of European Digital Regulation: Overlaps and Pathways*, in *Yearbook of European Law*, 2026.

⁸⁶ Sul *private enforcement* del DSA come strumento complementare all'*enforcement pubblico*, v. P. LEERSEN, A. VAN DUIN e J. VAN HOBOKEN, *Private Enforcement of the Digital Services Act (DSA)*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2026, 229 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il Digital Services Act e il Digital Markets Act tra private e public enforcement*, in A. ALBANESE, L. GUFFANTI e S. TOMMASI (a cura di), *Il diritto privato nell'economia digitale*, Torino, 2025, 135 ss.



6. Conclusioni. Innovazione digitale, sostenibilità sociale e tutela della persona.

La gestione regolatoria delle tecniche di *addictive design* costituisce una sfida strutturale, che investe al contempo la tutela del consumatore, la protezione della salute e la salvaguardia degli equilibri di mercato⁸⁷. L'analisi condotta ha mostrato come tali tecniche, pur diversificate nella loro configurazione empirica, risultino accomunate da una logica economica comune: la trasformazione dell'attenzione umana in risorsa produttiva mediante profilazione sistematica, selezione personalizzata dei contenuti e dei percorsi di interazione, e progettazione di ambienti digitali orientati allo sfruttamento economico della presenza dell'utente⁸⁸. Dal punto di vista giuridico, di là dall'eventuale qualificazione clinica della dipendenza, il problema centrale può individuarsi nella conformazione dell'assetto del servizio e nella sua idoneità a incidere sull'autodeterminazione dell'utente e sugli equilibri del mercato digitale⁸⁹.

Ne deriva la necessità di una risposta mirata e proporzionata. Non ogni tecnica di *engagement* può essere trattata come pratica manipolativa; allo stesso tempo, non può considerarsi neutra una tecnica di progettazione idonea a sfruttare vulnerabilità cognitive, meccanismi di ricompensa o condizioni di particolare esposizione dell'utente. Occorre, piuttosto, ricondurre le scelte private di progettazione – senza per questo vietare l'innovazione né comprimere indiscriminatamente la libertà d'impresa – entro un quadro di responsabilità coerente con la tutela della persona, la correttezza del mercato e la sostenibilità sociale dell'innovazione digitale.

La sostenibilità del mercato digitale include anche la *qualità* dell'ambiente decisionale nel quale l'utente è chiamato a operare e la capacità dell'ordinamento di impedire che tale ambiente sia strutturalmente orientato allo sfruttamento di tali vulnerabilità⁹⁰. Così intesa, la sostenibilità acquista una valenza anche sociale⁹¹, imponendo di considerare i rischi che derivano dalla vulnerabilità situazionale dell'utente nei contesti digitali⁹².

Da qui l'esigenza di una graduazione di interventi commisurati alla gravità del rischio, in modo da ricondurre le regole private nell'alveo dei valori

⁸⁷ Sulla necessità, giuridica e culturale, della costruzione di una nuova regolazione dei “poteri” contemporanei in un contesto profondamente in evoluzione, v. in particolare G. VETTORI, *Il potere fra parole e immagini*, in questa *Rivista*, 2025, 5 ss.

⁸⁸ Cfr. A. ANTONUCCI, *Il mercato dei dati*, cit., 101; S. ORLANDO (a cura di), *Profili giuridici del neuromarketing*, Roma, 2025, *passim*.

⁸⁹ La regolazione delle nuove tecnologie richiede una prospettiva “duplice”, ossia capace di mitigare il rischio tecnologico e di valorizzare i benefici per le imprese: così, G. LUCHENA, *Nuove tecnologie e regolazione del mercato*, in *Assicurazioni*, 2025, 253. V. anche E. BATTELLI, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, 1097 ss., sulla necessità di un approccio umanocentrico allo sviluppo tecnologico.

⁹⁰ In questo senso, v. ampiamente P. CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile*, cit., 973 ss.

⁹¹ *Ivi*, 972 ss.

⁹² G. CARAPEZZA FIGLIA, *Vulnerabilità digitale*, cit., 8 ss.

costituzionali a tutela della persona e del mercato⁹³. Misure più tenui – obblighi informativi rafforzati, trasparenza sulle logiche di funzionamento, valutazioni del rischio, audit indipendenti e impostazioni predefinite protettive – possono favorire la responsabilizzazione delle imprese senza imporre oneri sproporzionati. Misure più incisive, sino al divieto di specifiche pratiche manipolative o all'applicazione di sanzioni, dovrebbero invece essere riservate ai casi in cui le scelte di *design* risultino idonee a produrre pregiudizi significativi e sistematici per la salute, l'autodeterminazione o la libertà contrattuale degli utenti. Il ricorso a modelli di co-regolazione può contribuire a una gestione dinamica ed effettiva dell'innovazione⁹⁴, purché non si traduca in una forma di 'regolazione ombra'⁹⁵, ossia in una delega vaga alle piattaforme del compito di definire le regole applicabili, priva di un adeguato controllo ordinamentale.

Il tema dell'*addictive design*, in definitiva, conferma l'esigenza di una regolazione capace di combinare la tutela *ex post* degli interessi lesi con il governo preventivo del rischio: una regolazione che ponga la protezione effettiva della persona e il corretto funzionamento delle dinamiche economiche non come meri limiti esterni all'innovazione, ma come criteri interni di conformazione del mercato digitale⁹⁶.

⁹³ P. PERLINGIERI, *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto. Dalla Comunità economica europea all'Unione europea*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, II, Milano, 2010, 1377. V. anche F. CAPRIGLIONE, *L'EU alla ricerca di nuovi equilibri tra armonizzazione normativa, convergenza economica e sovranismi*, in *Liber amicorum Guido Alpa*, Padova, 2019, 109 ss.; S. AMOROSINO, *Note sulle dicotomie delle regolazioni economiche nell'attuale contingenza*, in R. LENER, G. LUCHENA e C. ROBUSTELLA (a cura di), *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, cit., 53 ss.

⁹⁴ Sulla co-regolazione come risposta strutturale alla velocità dell'innovazione tecnologica e sulle sue applicazioni nel settore digitale, v. G. LUCHENA, *Nuove tecnologie e regolazione del mercato*, cit., 258 ss., il quale evidenzia come la co-regolazione consenta di coniugare la flessibilità dell'autoregolazione con la necessaria supervisione istituzionale, garantendo aderenza alle normative senza ostacolare l'innovazione. Cfr. anche F. BASSAN, *Le piattaforme digitali tra co-regolazione, concorrenza e codificazione di diritto uniforme*, in R. LENER, G. LUCHENA e C. ROBUSTELLA (a cura di), *Mercati regolati e nuove filiere di valore*, cit., 172 ss.; G. DE GREGORIO e P. DUNN, *Online Platforms as Private Regulators*, in F. CASAROSA e M. GROCHOWSKI (a cura di), *Enforcing Private Regulation in the Platform Economy*, Tübingen, 2025, 35 ss.

⁹⁵ L'espressione richiama quella di "shadow contract law", usata da M. GROCHOWSKI, *Shadow Contract Law in the Platform Economy*, in F. CASAROSA e M. GROCHOWSKI (a cura di), *Enforcing Private Regulation in the Platform Economy*, cit., 100 ss. Per una sensibile lettura critica del ruolo dei 'poteri privati', particolarmente con riguardo alla sfera digitale e al ruolo del principio di effettività, v. G. VETTORI, *Sui poteri privati. Interazioni e contaminazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2022, 829 ss.

⁹⁶ G. LUCHENA, *Nuove tecnologie e regolazione del mercato*, cit., 247 s.

NOTE CRITICHE AI NUOVI ARRESTI IN TEMA DI INTERPRETAZIONE E MERITEVOLEZZA DEL CONTRATTO DI SWAP

| 585

Di Elisabetta Errigo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I casi e le questioni. La meritevolezza della scommessa razionale di swap e la trasparenza dell'alea per un cliente consapevole. – 3. Cenni sull'impiego pretorio del controllo di meritevolezza: questioni aperte e non risolte dalle Sezioni unite. – 4. Perplessità e contraddizioni nelle recenti Ordinanze: la razionalità dell'alea quale presupposto di meritevolezza dell'IRS; l'incerta sistemazione degli elementi essenziali del contratto; la (ir)rilevanza dei doveri informativi. – 5. Critica alla sussunzione della vicenda negoziale nell'alveo della scommessa e valorizzazione delle funzioni in concreto perseguite. Il fisiologico conflitto di interessi tra intermediario e cliente. – 6. Dalla causa variabile dell'IRS alla concreta incidenza del rischio sul programma negoziale. Causa, oggetto e accordo dello swap. – 7. La misurabilità del rischio e l'agire negoziale tra regole di validità e regole di condotta. La complessità dei rapporti di swap e l'essenzialità degli elementi dell'alea (Mtm e scenari probabilistici). – 8. L'incidenza delle informazioni sul profilo causale del rapporto e l'insufficiente requisito della trasparenza per la validità del contratto tra ragionevolezza e adeguatezza dell'operazione.

ABSTRACT. Due recenti e coeve ordinanze della Suprema Corte riaprono il dibattito in tema di interest rate swap rinnovando la riflessione giuridica sulla sistemazione strutturale e funzionale del contratto. La ricostruzione ermeneutica offerta e l'impiego del controllo di meritevolezza sugli interessi perseguiti concedono la strada a soluzioni alternative attente alle peculiarità delle singole operazioni e alla valutazione di adeguatezza del contratto alle concrete esigenze del cliente, alla luce delle quali determinare la conformità del regolamento ai valori del sistema.

Recent Supreme Court rulings reopen the debate on interest rate swaps and prompt legal reflection on the contract's structure and function. Hermeneutic reconstruction and the worthiness of interest offer alternative solutions that are attentive to the individual operations and to contract's appropriateness for the client's specific needs, through which to determine the regulation's compliance with the system's values.

Note critiche ai nuovi arresti in tema di interpretazione e meritevolezza del contratto di swap (Elisabetta Errigo)



1. Premessa.

Con due recenti e coeve ordinanze¹ la Corte di cassazione è tornata ad occuparsi di contratti derivati, e segnatamente di *Interest rate swap* (c.d. IRS)².

I nuovi pronunciati offrono occasione per una riflessione in tema di interpretazione del contratto e controllo di meritevolezza, quale strumento atto a verificare la coerenza dell'assetto negoziale con i valori del sistema³.

Tra i molti motivi di gravame quelli (comuni ad entrambi i ricorsi, e) che più qui interessano attengono alla asserita violazione degli artt. 1322, 1325, 1346, 1366, 1418 c.c., nonché degli artt. 21 e 23 TUF, per avere le Corti di merito: a) ritenuto non necessaria, ai fini della validità dei contratti,

(*) Assegnista di ricerca in Diritto privato, Università di Catanzaro.

¹ Cass., sez. I, (ord.), 3.2.2026, n. 2262 e Cass., sez. I, (ord.), 4.2.2026, n. 2358, entrambe in *Foro it.*, 4, 2026, I, annotate da A. TUCCI, *Interest rate swap: le scommesse razionali e il cappello di Susanna*, 1033; A. DALMARTELLO, *Alea razionale (trasparenza sul rischio) e interest rate swap di copertura: un problema regolatorio o di diritto civile?*, 1039; D. MAFFEIS, *Interest rate swap: sezioni unite, prima sezione e copertura razionale*, 1046.

² Senza alcuna pretesa di esaustività si segnalano soltanto alcuni contributi sul tema: D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014; ID., *Contratti derivati*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 604; ID., *Le stagioni dell'orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 280; G. GABRIELLI, *Operazioni in derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. impr.*, 2009, 1136; L. CALZOLARI, *I contratti di interest rate swap*, in *Società*, 2013, 12, 1371; A. MALOMO, *Interest rate swap: sproporzione e immeritevolezza nel caso concreto*, in *Corti salernitane*, 3, 2015, 485; M.R. NUCCIO, *Finanza derivata e meritevolezza. Il problema degli interest rate swap con funzione di copertura*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2019, 952. Per contributi meno recenti si rinvia a B. INZITARI, *Swap (contratto di)*, in *Contratto e impresa*, 1988, 597; R. AGOSTINELLI, *Swap contract: struttura e profili civilistici di una nuova tecnica finanziaria*, in *Quadrimestre*, 1991, 10; G. ALPA, *Nuovi strumenti finanziari: problemi di qualificazione*, in *Economia e diritto del terziario*, 1992, 2, 321; L. CAPALDO, *La disciplina contrattuale delle operazioni di swap tra intermediari finanziari*, in *Bancaria*, 1993, 2, 49; G. CAPALDO, *Contratto di swap e gioco*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 587.

³ I due profili, quello della interpretazione contrattuale e della meritevolezza degli interessi parrebbero inscindibili se si muove dall'idea per cui i singoli centri di interesse assurgono a componenti strutturali del rapporto giuridico e le singole situazioni giuridiche sono portatrici di interessi insuscettibili di essere valutati astrattamente e autonomamente: così V. DONATO, *La dottrina e la giurisprudenza italiana in tema di interpretazione evolutiva dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 1985, 666; P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino-Napoli, 1979, 166 e 262. L'ampia letteratura su questi temi ne consente soltanto alcuni riferimenti per nulla esaustivi. In vario senso, si veda G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1983; F. CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub artt. 1362-1371, Bologna-Roma, 1992; V. PESCATORE, *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, a cura di N. IRTI, Padova, 2000. Tra gli scritti più recenti v. perlomeno A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015; M. GRONDONA, *Ermeneutica del diritto dispositivo e interpretazione del contratto*, in *Studium iuris*, 2015, 1, 33 ss.; M. ORLANDI (a cura di), *Del significare. Saggi sulla interpretazione giuridica*, Torino, 2020; R. CALVO, *Interpretazione del contratto*, Bologna, 2021; M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2021. Per una disamina attenta alla struttura del contratto in ragione degli interessi concreti degli stipulanti v. E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000.



l'indicazione del valore dello *swap* al momento della negoziazione (c.d. *Mark to market* o Mtm), della metodologia di calcolo e degli scenari probabilistici sull'andamento dei tassi di interesse, escludendo quindi che tali elementi costituissero oggetto ovvero causa del contratto; *b*) escluso, per le stesse ragioni, la nullità della causa concreta⁴ e, quindi, della "irrazionalità" della scommessa e della mancata correlazione tra strumento finanziario e mutuo sottostante; *c*) escluso l'inadempimento degli obblighi informativi da parte degli istituti di credito⁵.

Con la prima Ordinanza, la Corte ha accolto il ricorso aderendo ai principi resi dalle note Sezioni unite del 2020 in base ai quali, per la validità di un IRS, è necessario accertare la presenza di un accordo tra intermediario e cliente sulla misura qualitativa e quantitativa dall'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti e oggettivamente condivisi e, quindi, sull'indicazione del Mtm e degli scenari probabilistici in considerazione dei costi impliciti⁶.

Con la seconda Ordinanza, la Corte ha, al contrario, rigettato il gravame sul presupposto che il minor grado di complessità del derivato negasse rilevanza alla mancata informazione sugli scenari probabilistici (utili ai fini della più corretta rappresentazione del rischio assunto); e che, in ogni caso, le informazioni taciute erano pacificamente reperibili, giacché di largo impiego nella prassi bancaria e finanziaria⁷.

Sebbene dichiarino apertamente di aderire ai principi espressi dalle menzionate Sezioni unite, le due Ordinanze hanno preferito argomentazioni, e promosso conclusioni, in parte differenti da quelle che l'adesione a quei principi avrebbe, in verità, suggerito.

⁴ Sugli impieghi in giurisprudenza della causa in concreto v., diffusamente, F. ROSSI, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 2, 569-578; A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, in O. CLARIZIA, A. FACHECHI, A. LEPORE, *La giurisprudenza del foro napoletano e gli ordinamenti nazionali ed europei in tema di obbligazioni e contratti*, Napoli, 2015, 25 ss.; G. VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, *Pers. merc.*, 2017, 2, 73 ss.; G. LENER, *Il nuovo «corso» giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, in *Foro it.*, 2018, 5, 221 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 3, 588-605; F. SBORDONE, *Illiceità e immeritevolezza della causa nel recente orientamento della Cassazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 3-4, 849; N. CIPRIANI, *Apunti sul giudizio di meritevolezza del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2021, 4, 487 ss. E nel contesto che ci occupa v. I. MARTONE, *La clausola di doppia indicizzazione al vaglio della meritevolezza nel composito mosaico della finanza derivata*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, 4, 1523.

⁵ In particolare, Cass., 3.2.2026, n. 2262 cit., cassa la pronuncia d'appello la quale ha dichiarato la validità del lodo arbitrale di rigetto della domanda di nullità di cinque contratti derivati, sul presupposto che la mancata indicazione del Mtm e degli scenari probabilistici, collocandosi fuori dall'area della causa del derivato, non incida sulla struttura del contratto.

⁶ Per alcuni commenti alla pronuncia delle Sezioni unite v. R. LENER, C. CIPRIANI, *I derivati, le Sezioni unite e l'Europa*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2021, 6, p. 768-786; S. PAGLIANTINI, *Dopo le S.U. 8770/2020: i derivati (della A.?) ed il paradosso di San Pietroburgo*, in *Riv. dir. banc.*, 3, 2020, 123; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Causa variabile e causa meritevole dei derivati*, in *dirittobancario.it*, giugno 2020; nella stessa rivista R. NATOLI, *Tutto ciò che è reale, se non è razionale, è nullo: ma quanto è reale la razionalità pretesa dalle Sezioni unite?* e F. SARTORI, *Contratti derivati e sezioni unite: tutela dell'efficienza e dell'integrità del mercato*.

⁷ Cass., 4.2.2026, n. 2358, cit.



È ben vero che l'arresto del 2020 ha offerto una ricostruzione dei profili strutturali e funzionali del contratto non proprio incontrovertibile, concedendo spazio a sistemazioni alternative. E tuttavia, non si può non osservare che le motivazioni rese dalle due Ordinanze espongono profili di intrinseca contraddittorietà, specialmente in ordine alla portata della c.d. alea razionale e ai doveri informativi dell'intermediario.

Le motivazioni dei pronunciati, quasi interamente coincidenti, giustificano, pertanto, una riflessione congiunta sull'(in)opportunità di ripensare le tradizionali categorie del contratto⁸ in un settore, qual è quello dell'intermediazione finanziaria che, forse a cagione della prassi del mercato dei derivati e della difficoltà per gli interpreti di qualificare i relativi contratti, rischia una discesa nell'autoreferenzialità in spregio dell'unitarietà del sistema ordinamentale⁹.

2. I casi e le questioni. La meritevolezza della scommessa razionale di swap e la trasparenza dell'alea per un cliente consapevole.

Al fine di verificare la tenuta dell'argomentazione seguita dalle Ordinanze, giova riassumerne i tratti essenziali.

Nel dichiarato intento di «sviluppare, precisare e puntualizzare le affermazioni contenute nella pronuncia delle Sezioni unite del 2020», la Corte ribadisce che ai fini della validità dell'IRS occorre verificare se si sia in presenza di un accordo tra intermediario e investitore sulla misura dell'alea, e che tale accordo non si possa limitare al Mtm ma debba investire altresì gli scenari probabilistici e i costi impliciti, specialmente nelle operazioni complicate da clausole *funzionalmente ambigue*¹⁰; secondo conclusioni certamente condivisibili.

Sennonché, ricondotto l'IRS nell'alveo dei negozi aleatori - e segnatamente alle scommesse (legalmente autorizzate, e dunque) sottratte all'art. 1935 c.c. e alla regola della *soluti retentio* - la Corte ritiene che lo stesso debba essere assistito da un'alea razionale, intesa quale rischio assunto dal contraente in modo consapevole, per essere questi a conoscenza della misura del rischio e in grado di determinarsi alla conclusione del contratto.

La Corte «colloca sul versante della meritevolezza» l'indicazione del Mtm e degli scenari probabilistici, quali elementi che concorrono a rendere razionale l'alea, sì che l'indeterminatezza di tali elementi inciderebbe sulla causa in concreto, rendendo il contratto immeritevole per contrasto con il canone dell'ordine pubblico che non tollera scommesse aventi ad oggetto uno scambio di flussi «al buio»¹¹.

⁸ Sulla capacità della finanza derivata di condizionare e alterare la portata delle tradizionali categorie giuridiche, le quali, però, non possono arretrare rispetto al tentativo di fornire risposte alle questioni problematiche che tali contratti sollevano v. G. DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv dir. priv.*, 2009, 16.

⁹ P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali*, cit., 17 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, t. II, Napoli, 2020, 333.

¹⁰ Cfr. E. ERRIGO, *Interest rate swap e categorie del contratto*, Milano, 2024, 127.

¹¹ Cass. 3.2.2026, n. 2262, cit., par. 3.1.6.; Cass., 4.2.2026, n. 2358, cit., par. 6.16.

Prosegue, tuttavia, affermando che, qualora la struttura del contratto sia semplice (IRS c.d. *plain vanilla*) l'alea sarebbe comunque razionale, anche qualora i criteri di determinazione del Mtm e degli scenari non siano indicati ma comunque desumibili dall'insieme delle previsioni contrattuali, giacché l'oggetto del contratto (inteso quale prestazione pecuniaria a cui le parti sono tenute) sarebbe comunque sufficientemente determinato¹².

Ritiene, infatti, che la rilevanza delle informazioni sulla misura del rischio sarebbe direttamente proporzionale alla complessità del contratto: e così se l'IRS sia *plain vanilla* (come nel caso di specie) non vi sarebbe bisogno di informazioni dettagliate, né con riferimento al Mtm né alla formula di sua determinazione, potendosi individuare tali elementi sulla base di regole diffuse nel mercato finanziario¹³: sì da riconoscere, in definitiva, sufficiente una *deminutio* delle informazioni contrattuali ai fini della consapevolezza della misura dell'alea da parte del cliente.

Ad avviso della Corte, il dovere informativo non sarebbe identico per tutti i tipi di IRS ma variabile in ragione del grado di complessità del singolo contratto¹⁴: di guisa che, nei casi di ridotta complessità dell'operazione, l'indicazione del Mtm e degli scenari probabilistici non esigerebbe una «profonda analiticità».

Conclude affermando che soltanto a seguito del positivo giudizio di meritevolezza (condizionato dalla trasparenza dell'operazione e dalla consapevolezza del rischio assunto dall'investitore) si ponga il problema di valutare la validità del contratto, in relazione alla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c.¹⁵: individuando nella causa la congruenza tra il regolamento negoziale adottato e la finalità (variabile) perseguita; e nell'oggetto, le obbligazioni reciproche di pagamento «determinate» nonostante la carenza degli elementi che consentano la comprensione del rischio assunto¹⁶.

3. Cenni sull'impiego pretorio del controllo di meritevolezza: questioni aperte e non risolte dalle Sezioni unite.

Le questioni affrontate si inseriscono nel solco della tradizione, la quale ha ampiamente adoperato il giudizio di meritevolezza al fine di vagliare la validità del contratto di *swap*¹⁷.

¹² Cass., 3.2.2026, n. 2262, cit., par. 3.1.11.

¹³ Cass., 3.2.2026, n. 2262, cit., par. 3.1.11; Cass., 4.2.2026, n. 2358, cit., par. 6.31.

¹⁴ Cass., 4.2.2026, n. 2358, par. 6.27.

¹⁵ Cass., 3.2.2026, n. 2262, cit., par. 3.1.6.; Cass., 4.2.2026, n. 2358, par. 6.16.

¹⁶ Sostiene la Corte che la nullità di un IRS per indeterminabilità dell'oggetto potrebbe configurarsi soltanto quando manchino uno o più elementi necessari per l'individuazione del contenuto delle reciproche prestazioni, ma non quando difettano altri elementi finalizzati a consentire alle parti una più esatta comprensione del rischio assunto: Cass., 3.2.2026, n. 2262, cit., par. 3.1.7.

¹⁷ Talora è stato ritenuto immeritevole lo *swap* costruito in modo tale da renderlo inidoneo rispetto al conseguimento della funzione di protezione, sì da predicare un difetto della causa in concreto: Trib. Monza, 17.7.2012, in *DeJure*. In altre occasioni, l'immeritevolezza ha trovato giustificazione nell'unilateralità dell'alea la quale, facendo gravare l'intero rischio soltanto sul cliente, impatta sulla meritevolezza della causa che lo sorregge: Trib. Brindisi, 8.7.2008; Trib. Salerno, 2.5.2013; Trib. Ravenna, 7.9.2011 tutte in *Il caso.it*. In generale



In questo ambito, superato il “dogma” della immeritevolezza dei derivati speculativi¹⁸, gli indirizzi pretori consegnano ricostruzioni variegiate del profilo strutturale del contratto.

Tra queste, quella più diffusa (che ha condizionato in modo pressoché costante il contenzioso, ed infine suggellata dalle citate Sezioni unite), ha decretato la nullità (appunto per immeritevolezza degli interessi) dell’IRS ogniquale volta il programma dei flussi finanziari costruito dall’intermediario non rispecchi l’interesse del cliente (art. 21 TUF).

L’immeritevolezza del contratto è, in questa prospettiva, derivante dall’impossibilità di calcolare l’alea, a causa dell’omessa enunciazione, nel testo negoziale, degli elementi costitutivi del rischio.

L’orientamento riflette una nota intuizione, la quale esige la necessaria *disclosure* degli elementi che definiscono quantità e qualità dell’alea, calcolata secondo criteri riconosciuti e condivisibili (misura del *Mark to market*, in ordine ai possibili scenari probabilistici e in considerazione di eventuali costi impliciti)¹⁹ intesa alla stregua di requisito di validità del contratto connotato come «scommessa razionale»²⁰ legalmente autorizzata ex art. 1935 c.c.

sull’impiego del giudizio di meritevolezza degli interessi nello *swap* v. Trib. Milano, 24.11.1993 e 26.5.1994. In senso contrario Trib. Milano, 20.2.1997; Trib. Torino, 10.4.1998 e Trib. Torino, 27.1.2000, tutte reperibili in *onelegale*. Per una efficace ricognizione dell’evoluzione giurisprudenziale v. G. SARDO, *Natura e causa del contratto di interest rate swap*, in *Corr. giur.*, 1, 2015, 30 s. e di recente M. LI POMI, *Giudizio di meritevolezza e derivati finanziari*, Napoli, 2025.

¹⁸ Cfr. da ultimo Cass., 6.9.2021, n. 24014, in *Dejure online*.

¹⁹ Cfr. App. Milano, 30.9.2013, n. 3459, anche in *Contratti*, 2014, 3, 213, con nota di M. INDOLFI, *Recenti evoluzioni dell’aleatorietà convenzionale: i contratti derivati OTC come scommesse razionali*, ove si è dichiarata la nullità di IRS stipulati a fini di copertura per la mancanza dell’accordo sulla quantità e qualità dell’alea oggetto dei contatti. Conf. App. Bologna, sez. III, 11.3.2014, n. 734, con nota di D. MAFFEIS, *Swap: anche la Corte d’Appello di Bologna aderisce all’indirizzo della Corte d’Appello di Milano sulla rilevanza decisiva dell’indicazione, al momento della conclusione dello swap, del mark to market*, in *Riv. dir. banc.*, 2014 e Trib. Milano, 28.1.2014, n. 798, con nota di ID., *Swap: il Tribunale di Milano statuisce che la causa del contratto risiede nello scambio dei flussi e che il contratto di swap è invalido anche se difetta del tutto la bilateralità dell’alea, cioè se l’alea è tutta, e soltanto, a carico dell’investitore*, in *Riv. dir. banc.*, 2014.

²⁰ L’elaborazione dell’alea razionale si deve, dapprima, al Quaderno di finanza n. 63 Consob sugli approcci quantitativi per la trasparenza dei prodotti d’investimento *non equity* e, di poi, alla ricostruzione di D. MAFFEIS, *La causa del contratto di interest rate swap e i costi impliciti*, in *Riv. dir. banc.*, 2013, 3-4 a cui è seguito App. Milano, 18.9.2013, n. 3459, cit., poi consolidatosi in, *ex multis*, App. Milano, 13.2.2014; App. Bologna, 11.3.2014; Trib. Milano, 16.6.2015; App. Torino, 22.4.2016. Tale lettura del fenomeno, sottolineando la rilevanza funzionale dell’alea nei derivati *OTC*, individua la causa astrattamente tipizzante nella pura aleatorietà e presuppone una specifica connotazione soggettiva del rapporto negoziale, ovvero che il derivato sia concluso fra investitore ed intermediario e che quest’ultimo agisca non esclusivamente per conto del cliente, quale suo consulente e gestore, ma anche quale controparte negoziale, ovvero quale portatore di un proprio contro interesse a costruire un prodotto che possa risultare per sé vantaggioso; ID., *L’ufficio di diritto privato dell’intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in ID. (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., 3 ss. e ID., *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 4, 1096 ss.

In questa prospettiva, posto che le *funzioni* del derivato sarebbero relegate a *motivi* psicologici dell'investitore, come tali irrilevanti²¹, il criterio di giudizio sulla validità dei contratti dipende, essenzialmente, dalla consapevolezza dei contraenti in ordine alla distribuzione qualitativa e quantitativa dell'alea, la quale assurge ad elemento essenziale dell'accordo²².

Sì che, soltanto un'alea misurabile e "trasparente" attribuirebbe all'operazione quella razionalità che *autorizza* la scommessa finanziaria. Diversamente, lo *swap* sarebbe nullo giacché l'operazione convertirebbe una cieca scommessa²³, esclusa dalla tutela di cui agli artt. 1 e 21 TUF.

Nel tentativo di tracciare le linee essenziali di una sorta di teoria generale dello *swap*²⁴, le citate Sezioni unite ne hanno proposto una qualificazione come «scommessa finanziaria differenziale»²⁵ a causa variabile²⁶ ammettendone la finalità ora di copertura ora speculativa, la cui meritevolezza dipenderebbe, appunto, dalla razionalità dell'alea.

È stato così sancito un collegamento funzionale tra i parametri di calcolo (che forniscono la misura razionale dell'alea) e la gestione del rischio; sì che l'assenza di tali parametri renderebbe irrazionale l'operazione, illecita la causa e, dunque, nullo il contratto.

²¹ Rilevanti, secondo tale ricostruzione, sotto il profilo della regola di condotta a carico dell'intermediario: D. MAFFEIS, *La scommessa razionale di swap e lo scopo di copertura*, in *Per. merc.*, 2022, 191.

²² Per la validità del contratto in virtù dell'accordo sulla misura dell'alea v. Cass., 10.8.2022, n. 24654, in *Giust. civ. Mass.*, 2022.

²³ Assai critica rispetto alla tesi menzionata appare la prospettiva di chi intravede in siffatta ricostruzione una sovrapposizione tra il controllo procedimentale sulla formazione del consenso e il controllo causale che deriverebbe dalla incalcolabilità dell'alea: M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Torino, 2015, 503.

²⁴ Sebbene le Sezioni unite siano state sollecitate da orientamenti contrastanti in tema di qualificazione della clausola *upfront* e rinegoziazione del contratto derivato stipulato da Enti locali (per un commento alla ordinanza di rimessione sia consentito rinviare a E. ERRIGO, *La clausola upfront nella rimodulazione del contratto di interest rate swap. Funzioni, disfunzioni e possibili soluzioni*, in *Giustiziavivibile.com*, 2020), la pronuncia ha indubbiamente condizionato il successivo contenzioso anche su aspetti in parte differenti da quelli specificamente trattati: U. PATRONI GRIFFI, *Noterelle a margine di Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770: asimmetrie informative e meritevolezza dei contratti IRS*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 1, 2021, 60. Tant'è che l'orientamento immediatamente successivo (spec. Cass., 29.7.2021, n. 21830 richiamata da ultimo da App. Milano, 25.2.2026, N.R.G. 450/2025 e 473/2025, inedita) ha esteso il principio di diritto anche ai soggetti privati. Per il testo di quest'ultima pronuncia e i primi commenti v. *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2022 con note di M. ROSSI, *Swap (di copertura) con soggetti privati, alea razionale e nullità: le insoddisfazioni del "mezzo giurista"*, 274; M. BARCELLONA, *La Cassazione e i derivati: tra pessime argomentazioni e condivisibili soluzioni*, 451 ss.; A.A. DOLMETTA, L.S. LENTINI, *Tra «prestazione» e «valore» del mark to market: a margine del derivato prodotto d'impresa*, 462 ss.; A.M. GAROFALO, *Un anno dopo le Sezioni Unite*, 472 ss.; S. PAGLIANTINI, *Irs e nullità: divagazioni su di un diritto "terribile" da trasformare in "mite"*, 484 ss.

²⁵ Cass., Sez. un., 125.2020, n. 8770, cit., § 6.7.

²⁶ In dottrina U. MINNECI, *L'operatività in Irs: tra causa tipica, causa concreta e obbligo di servire al meglio l'interesse del cliente*, in D. MAFFEIS (a cura di) *Swap tra banche e clienti*, cit., 155 e A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Causa variabile e causa meritevole dei derivati*, cit., *passim*.



Siffatta ricostruzione ha, però, suscitato talune incertezze²⁷, esaltate da ulteriori e successivi arresti, i quali sembrano aver oggi stimolato, nelle due Ordinanze, conclusioni in parte differenti da quelle fatte proprie dalle Sezioni unite²⁸.

E tuttavia, a fondamento di tali diverse conclusioni, le due Pronunce hanno seguito ragionamenti che mostrano anch'essi profili di debolezza²⁹, connessi, in primo luogo, al requisito della razionalità dell'alea condizionante la meritevolezza del contratto; e, al contempo, al contenuto dei doveri informativi dell'istituto di credito relativamente alla misura del *Mark to market* e degli scenari probabilistici, capaci di misurare l'alea assunta dalle parti.

4. Perplexità e contraddizioni nelle recenti Ordinanze: la razionalità dell'alea quale presupposto di meritevolezza dell'IRS; l'incerta sistemazione degli elementi essenziali del contratto; la (ir)rilevanza dei doveri informativi.

Del ragionamento consumato stupisce, innanzitutto, l'idea che la meritevolezza degli interessi sia strumento di giudizio del contratto temporalmente e logicamente disgiunto rispetto alla verifica degli elementi essenziali, tra cui soprattutto la causa³⁰.

Prima da evidenziare è, infatti, l'affermazione per cui l'indicazione di Mtm e scenari probabilistici (misura dell'alea razionale) si collochi sul ver-

²⁷ *Ex multis v. S. PAGLIANTINI, Dopo le S.U. 8770/2020: i derivati (della PA?) ed il paradosso di San Pietroburgo*, cit., 128; A. TUCCI, *I contratti derivati degli enti locali dopo le Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 11, 2020, 2387; M. MAGGIOLO, *Nullità irrazionale e conversione del derivato nullo*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 193.

²⁸ Per la verità neppure hanno convinto le successive decisioni rese, sia in ossequio al *dictum* delle Sezioni unite che in disaccordo con esso, con riferimento ai derivati stipulati da soggetti privati: cfr. Cass., 29.7.2021, n. 21830, cit.; Cass., 6.9.2021, n. 24014; Cass., 16.3.2022, n. 8603, in *onelegale*. In particolare, da una parte v'è chi ha negato che per la validità del contratto debba farsi riferimento alla convenienza o alla aleatorietà (Cass., Sez. un., 23.2.2023, n. 5657 in *Foro it.*, 2023, 4, I, c. 1070 e Cass., 18.10.2023, n. 28998 in *Dejure online*); dall'altra, grande incertezza ha suscitato la sistemazione degli elementi dell'alea misurabile ricondotti ora all'oggetto del contratto (Cass., 29.7.2021, n. 21830, cit., in dottrina e in vario senso M. ROSSI, *Swap (di copertura) con soggetti privati, alea razionale e nullità*, cit., *passim* e S. PAGLIANTINI, *Irs e nullità: divagazioni*, cit., 487; Cass., 8.1.2025, n. 417, reperibile in *dirittobancario.it*); ora all'accordo (Cass. 17.2.2025, n. 4076 in *Giust. civ. mass.* 2025), ora alla causa (Cass., 10.8.2022, n. 24654 in *Dejure online*).

²⁹ Lo rilevano, di recente, anche A. TUCCI, *Interest rate swap: le scommesse razionali e il cappello di Susanna*, cit., 1035 s. e A. DALMARTELLO, *Alea razionale (trasparenza sul rischio) e interest rate swap di copertura*, cit., 1039 s.

³⁰ Qualsiasi atto di autonomia, infatti, non può avere valore in sé, ma soltanto se e in quanto risponda ad un interesse meritevole di tutela, da apprezzarsi caso per caso in relazione ai singoli rapporti, al loro oggetto, al soggetto titolare delle situazioni giuridiche e all'ambiente nel quale si svolgono: P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali*, cit., 70. Per questa ragione, l'attenzione va riservata agli aspetti teleologici e assiologici degli atti di autonomia, nella loro meritevolezza secondo l'ordinamento giuridico: ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 337. Pertanto, determinante è la preliminare analisi dei fondamenti, dei poteri e dei limiti dell'autonomia negoziale la quale può essere meritevole di tutela soltanto se risponde non soltanto ai principi presenti a livello ordinario ma a quelli gerarchicamente superiori che operano nel sistema italo-comunitario delle fonti.

sante della meritevolezza (secondo la Corte da accertare *ex ante* rispetto agli elementi essenziali) salvo poi ritenere che la meritevolezza sia connessa alla valutazione della causa in concreto del negozio, “variabile” in funzione degli interessi perseguiti.

Ammesso e non concesso che la meritevolezza sia riconducibile, al contempo, alla misura del rischio e alla causa in concreto, tale assunto parrebbe smentito alla luce delle successive argomentazioni seguite nelle Ordinanze.

Ed invero, per la Corte, gli scenari probabilistici avrebbero una valenza soggettiva connessa alla consapevolezza – appunto - soggettiva del cliente circa la misura dell’alea³¹, dalla quale discenderebbe l’irrelevanza di tali elementi nei derivati c.d. semplici, i quali sarebbero meritevoli anche in assenza della misura del rischio, potendo in tali casi il cliente reperire “altrove” le relative informazioni, sulla base del principio di autoresponsabilità³².

Così facendo la Corte sovrappone, però, il requisito (a suo dire di meritevolezza) dell’alea razionale ai doveri informativi in capo alla banca, ritenendo che l’inadempimento di tali doveri incida sulla validità del contratto soltanto negli schemi negoziali maggiormente complessi.

A voler ragionare come fa la Corte ne deriverebbe una soltanto delle due possibili alternative: o la razionalità dell’alea (quale misura del rischio assunto dal contraente consapevole) è un requisito essenziale capace di condizionare, dapprima, il giudizio di liceità dell’operazione e, di poi, la meritevolezza di tutti i contratti (ma, in tal caso, a meno di voler teorizzare un elemento essenziale ultroneo rispetto a quelli conchiusi nell’art. 1325 c.c., occorrerebbe verificare in quale elemento strutturale - se causa, oggetto oppure accordo - collocare correttamente la misurabilità del rischio); oppure la razionalità dell’alea sta fuori dalla struttura del contratto giacché investe essenzialmente il contenuto dei doveri informativi posti in capo all’intermediario, esclusi o mitigati qualora il derivato sia semplice.

Sennonché, la rilevanza delle informazioni sulla struttura è dalla stessa Corte rimarcata, là dove precisa che il contenuto di tali doveri informativi non possa essere identico per tutti i tipi di IRS ma debba variare in funzione del grado di complessità del singolo contratto e delle variabilità che ne condizionano l’esecuzione.

Se questo è vero, non può esserlo però l’irragionevole e successiva affermazione a tenor della quale anche nei derivati complicati da clausole *floor*, *cap*, o *upfront*, l’individuazione dell’oggetto dell’operazione non possa in alcun modo condurre all’affermazione della necessità di inserire elementi valutativi probabilistici e matematico-finanziari eccessivamente dettagliati, giacché «un coacervo di informazioni complesse renderebbe difficile per il cliente comprendere la mole di informazioni fornite, sì da negare l’esistenza di un’alea razionale», e dunque, la presenza di «informazioni ipertrofiche allontanerebbe dal giudizio di meritevolezza essendo le medesime controproducenti»³³.

³¹ Rendendo elastico e soggettivo un requisito della struttura: così A. DALMARTELLO, *op. cit.*, 1041.

³² Cass., 3.2.2026, n. 2262, cit., par. 3.1.6; Cass., 4.2.2026, n. 2358, cit., par. 6.14 e 6.28.

³³ Cass., 3.2.2026, n. 2262, par. 3.1.11 ove il virgolettato.



Parrebbe, allora, che nei derivati semplici l'indeterminatezza della misura del rischio non sarebbe capace di rilevare né sul piano delle condotte, né su quello della validità del rapporto³⁴, poiché in tali casi la meritevolezza sarebbe connessa alla consapevolezza del cliente sulla misura del rischio le cui informazioni sarebbero reperibili "altrove"³⁵.

Nei derivati complessi, invece, l'indeterminatezza della misura del rischio inciderebbe sulla struttura - ma non già sui doveri informativi - soltanto se il cliente non riesca a cogliere, dalla pattuizione, le sole indicazioni indispensabili alla realizzazione del suo interesse concreto³⁶.

La Corte propone, insomma, una soluzione che complica oltremodo la sistemazione fisiologica e patologica del rapporto restituendo un assetto ambiguo degli elementi essenziali del contratto e svilendo il controllo di conformità del negozio all'ordinamento.

Essa, infatti, pretende di esprimere un giudizio di meritevolezza *a priori* di una categoria contrattuale (l'IRS *plain vanilla*) a prescindere dal grado di informazione sulla misura dell'alea, là dove tale giudizio non possa che condursi caso per caso, rispetto alle singole operazioni economiche, espressione di un diverso assetto di interessi e di una diversa *costruzione* del regolamento, dalle quali evidentemente dipende il giudizio di meritevolezza³⁷.

5. Critica alla sussunzione della vicenda negoziale nell'alveo della scommessa e valorizzazione delle funzioni in concreto perseguite. Il fisiologico conflitto di interessi tra intermediario e cliente.

³⁴ V. perlomeno G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 9.

³⁵ Ritiene la precisazione sibillina, A. TUCCI, *op. cit.*, 1035.

³⁶ In tali casi, dunque, la meritevolezza si apprezzerrebbe in ragione della sola indicazione di elementi indispensabili allo scopo e senza che vengano in rilievo gli obblighi informativi: così Cass. 3.2.2026, n. 2262, cit.

³⁷ Sul presupposto che la portata dell'art. 1322 c.c. non possa esaurirsi nel giudizio di liceità, il controllo di meritevolezza, inteso come canone di giudizio di interessi e funzioni cui tendono necessariamente gli atti di autonomia — rispondenti non soltanto ai principi presenti a livello ordinario, ma a quelli gerarchicamente superiori che operano nel sistema italo-comunitario delle fonti — si rende sempre indispensabile, da parte del giudice, attese le particolarità della fattispecie, capaci di incidere sulla funzione e sull'interesse contrattuale, non potendosi assumere come postulato il dogma dell'autonomia privata, che «non è un valore in sé»: cfr. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 346. Per un inquadramento, anche a fini peculiari, sul canone in commento v. G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Foro nap.*, 2014, 54 ss. Estende la valutazione di meritevolezza a tutti i contratti, tipici e atipici, salvaguardandone l'autonomia concettuale dal controllo di liceità S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale. Spunti ricostruttivi, profili applicativi*, in *Annali Società italiana degli studiosi del diritto civile*, 2017, 1, 173 s. In argomento M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 1, 5; F. DI MARZIO, *Appunti sul contratto immeritevole*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 2, 305 ss.; E. MINERVINI, *Profili di meritevolezza del contratto*, cit., *passim*. Per una applicazione nel contesto dell'intermediazione finanziaria v. I. MARTONE, *La clausola di doppia indicizzazione*, cit., 1523 e M.R. NUCCIO, *Finanza derivata e meritevolezza*, cit., 954 e, in particolare, per la relatività del giudizio di meritevolezza rispetto alle operazioni puramente speculative v. E. ERRIGO, *Interest rate swap*, cit., 86.

Nel tentativo di offrire una ricostruzione più aderente al sistema è essenziale, innanzitutto, procedere ad una qualificazione del contratto tramite tutti gli elementi che compongono il regolamento - capaci di incidere sul rapporto³⁸ secondo i tradizionali canoni eletti alla distinzione dei tramandati concetti della causa, dell'accordo e dell'oggetto³⁹ - e senza trascurare il contesto della negoziazione, la qualità dei contraenti e gli interessi che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare⁴⁰.

In forza dell'IRS le parti convengono in ordine ad un criterio di calcolo delle future attribuzioni, tramite l'individuazione di un differenziale tra due valori dipendenti dall'applicazione di due tassi di interesse differenti allo stesso capitale: tal sì da determinare, alla scadenza, una sola obbligazione per compensazione, di una parte nei confronti dell'altra⁴¹. Siffatto sunteggiato programma negoziale assolve generalmente la funzione di copertura dal rischio di aumento del tasso di interesse (applicato al mutuo sottostante al derivato) ma non esclude la eventuale funzione di speculare sull'andamento dell'indice finanziario.

Ciò, consente, innanzitutto, di escludere che sussista un qualche «scambio di flussi finanziari», come invece affermato dalle Sezioni unite e ribadito dalle due Ordinanze, che peraltro parrebbe mettere in dubbio persino la riconduzione del contratto alla categoria dei contratti aleatori⁴² che invece nelle medesime pronunce costituisce la premessa del ragionamento.

Ed invero, l'oggetto del contratto è il criterio di calcolo utile ad organizzare le prestazioni future⁴³; ad incidere sul consenso è, invece, l'incertezza

³⁸ La ricerca dell'«ordinamento del caso concreto» passa, del resto, per la completezza del regolamento: V. DONATO, *La dottrina e la giurisprudenza italiana*, cit., 650.

³⁹ In tal guisa, la ragione pratica del contratto, quale fondamento della sua rilevanza giuridica deve essere tenuta distinta sia dal contenuto sostanziale programmato dalle stesse (*id est*, l'oggetto: C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1987, rist. 2000, 320 - 448 s.) sia dal programma negoziale sul quale si è formato il reciproco consenso delle parti: V. ROPPO, *Contratto. Formazione del contratto, Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, IX; G.B. FERRI, *Considerazioni in tema di formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, 187. Sul problema della configurabilità dell'accordo quale categoria generale di atto giuridico M. TRIMARCHI, *Accordo*, in *Enc. dir.*, I, 297.

⁴⁰ In linea con l'idea per cui interpretazione e qualificazione non costituiscano due momenti logici e cronologici distinti ma confluiscono in un unitario procedimento ermeneutico in senso ampio (P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, 826), sottolinea la necessità che tale procedimento venga condotto per il tramite di un'analisi funzionale oltre che strutturale V. DONATO, *op. cit.*, 646.

⁴¹ E. GIRINO, *I contratti derivati*, II ed., Milano, 2010, 109 ss. Per la giurisprudenza impegnata nel tentativo di descrivere il fenomeno cfr. soprattutto Cass., 6.4.2001, n. 2185, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2187 e C. Cost., 18.2.2010, n. 52, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 11.

⁴² Risalente dottrina ha tentato di predicare, per i contratti aleatori, al pari di quelli commutativi, la riconduzione ai contratti di scambio, sul presupposto che la funzione del contratto sia lo scambio dei rischi: A. BOSELLI, *Rischio, alea e alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 780 ss. La tesi sembra essere superata dalla considerazione per cui altro è la prestazione, altro il rischio: R. SCOGNAMIGLIO, *Risoluzione del contratto di rendita vitalizia per svalutazione monetaria*, in *Foro pad.*, 1951, III, 151; A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, 65.

⁴³ L'oggetto è il «valore» rappresentato dal contratto medesimo o, meglio, dal criterio di calcolo sul quale le parti si accordano che non spiega alcun effetto di attribuzione, ma solo un effetto compensativo. In questo senso il contratto è oggetto di sé stesso: P. FERRO-

dell'evento dedotto nel rapporto (*id est*, l'oscillazione dei tassi, il rischio), il quale condiziona la determinazione dell'*an* e del *quantum* della (unica) prestazione dovuta e, per questo, è attratto nel regolamento alla stregua di necessario completamento dell'oggetto complessivo dell'operazione negoziale⁴⁴.

La sistemazione dell'oggetto impatta, all'evidenza, sul profilo funzionale nella misura in cui nell'IRS l'alea assume rilevanza causale⁴⁵, al pari che nei classici contratti aleatori⁴⁶.

Sì che, a condizionare il fondamento dell'operazione è, innanzitutto, l'esistenza del rischio, giacché in sua assenza la stessa sarebbe priva di *giustificazione*⁴⁷.

LUZZI, *Attività e prodotti finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 13 e R. DI RAIMO, *Dopo le Sezioni Unite: ancora sulla qualificazione e sulla disciplina degli interest rate swap*, in *Nuovo dir. civ.*, 1, 2021, 228.

⁴⁴ F. VITELLI, *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, Torino, 2013, 239.

⁴⁵ Sulla nozione di alea e l'agire a proprio rischio v., perlomeno, R. NICOLÒ, voce «Alea», in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1024 e G. SCALFI, *Considerazione sui contratti aleatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, 135 s. La discussione giuridica sull'alea si inserisce nel solco tracciato dalla distinzione tra alea normale e alea giuridica, ove l'«alea normale» del contratto è intesa alla stregua di criterio qualitativo oltre il quale l'aggravio comporta una deviazione della funzione e rileva come limite di consapevolezza e di rischio assunto: M. ZACCHEO, *Risoluzione e revisione*, Milano, 2000, 259. L'alea giuridica, invece, dipende dal regolamento contrattuale e, specialmente, dal nesso tra l'entità della prestazione e il verificarsi di un evento. Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 240, sui limiti della convenzionale misura dell'alea. Sulla rilevanza causale dell'alea v. E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997; V. FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001. In tema di alea come elemento essenziale del contratto C. BOTTA, *Alea e causa del contratto di mantenimento*, in *Notariato*, 1999, 3, 220. In argomento G. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità dei negozi: i c.dd. «vitalizi impropri»*, in *Studi senesi*, 2020, 1, 141 ss. ove si affronta l'inquadramento dei vitalizi impropri nella distinzione tra contratti tipici e atipici e ove, muovendo dalla aleatorietà necessaria della resa vitale si pone l'accento sul necessario controllo di meritevolezza degli interessi delle parti. V. anche ID., *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 529 s. Nella stessa linea argomentativa sembra porsi la prospettiva di chi impiega, tra gli altri, il concetto di aleatorietà come parametro contrattuale che concorre al giudizio di meritevolezza: E. MINERVINI, *Profili di meritevolezza del contratto*, in *Giur. it.*, 2023, 8-9, 1795 ss. Sull'idoneità dell'alea a condizionare i concreti interessi contrattuali v. anche T. ROSSI, *La funzione dell'alea alla luce della causa concreta nei vitalizi alimentari*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2016, 3, 20 ss.

⁴⁶ T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, I, 435 e spec. 439, secondo il quale, l'alea, che qualifica morfologicamente il contratto, concerne la verifica di un evento che sfugge al controllo delle parti e, soprattutto che le prestazioni delle parti sono determinate nella misura e in funzione di un evento futuro e incerto, definito nel contratto e considerato indipendente dal comportamento delle parti.

⁴⁷ Nei contratti aleatori, dei quali probabilmente il contratto di assicurazione esprime il paradigma più significativo [R. CALVO, *Il contratto di assicurazione (Fattispecie ed effetti)*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Milano, 2012, 32 ss.], la ricostruzione della disciplina è affidata in misura assai significativa alla diretta incidenza dell'ordine pubblico economico (F. DELFINI, *Causa ed autonomia privata nella giurisprudenza di legittimità e di merito: dai contratti di viaggio ai derivati su rischio di credito*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 6, 1365) e dei principi che concorrono a definirlo, tra i quali si annoverano quello indennitario, di collaborazione e di necessaria esistenza del rischio capace di travolgere la validità delle operazioni connotate dalla sua assenza: così G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXVI, t.1, Milano, 1973, 68. Per un

Tale qualificazione ratifica la tenuta degli indirizzi pretori in ordine alla soluzione del problema dell'alea unilaterale nell'ambito della intermediazione finanziaria e della necessità che, da un punto di vista qualitativo, soltanto l'alea reciproca e bilaterale è capace di giustificare l'attribuzione patrimoniale⁴⁸.

La riconduzione ai contratti aleatori non giustifica, però, l'assimilazione dell'IRS alla scommessa, ancorché razionale, come affermato (ancora una volta) dalla Corte. Sebbene, infatti, tratti di prossimità tra scommessa e contratti di borsa siano stati colti da risalenti costruzioni pretorie e dottrinali relative ai contratti differenziali⁴⁹, il tentativo di sussumere la concreta vicenda finanziaria entro le maglie di uno schema aleatorio che condivide uno soltanto degli elementi essenziali, quali l'oggettivazione del rischio, non ap-

approfondimento sulle principali figure ascrivibili nell'alveo delle assicurazioni, con una particolare attenzione ai contratti della finanza, M. FRANZONI, *Diritto delle assicurazioni*, Bologna, 2016, 336. Sull'efficacia diretta dei principi nei rapporti interindividuali, derivante dal rifiuto di una concezione esclusivamente limitativa della norma costituzionale, rivolta soltanto al legislatore e avente esclusivamente rilevanza interpretativa, ampiamente: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, t. II, cit., 195 ss.

⁴⁸ Sul tema U. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2005, 155 ss. La predisposizione di un regolamento capace di conformare in direzione soltanto unilaterale il rischio contrattuale, si da condurre la banca a non corrispondere mai alcunché alla sua controparte, determina una nullità del contratto per difetto di causa: Trib. Brindisi, 8.7.2008, n. 489, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 353 ss. e Trib. Salerno, 12.4.2007, in *Giur. it.*, 2008, 134 ss. In presenza di alea unilaterale, la causa del contratto è illecita (art. 1343 c.c. e 1418 comma 2 c.c.) fin dalle ricostruzioni risalenti a Cass., 18.2.1983, n. 1224. In dottrina: U. BRECCIA, *Causa e "consideration"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 575 ss.; M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio assicurato e causa contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2011, I, 200 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, in *Contratti*, 2009, 961 ss.; G. SICCHIERO, *Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2011, 2044 ss. F. DELFINI, *Causa ed autonomia privata nella giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., 1355 ss. L'affermazione si è consolidata specialmente con riferimento alle note vicende delle operazioni c.dd. *For you* e *My Way*, le quali, a fronte di un finanziamento, vincolavano il cliente ad acquistare strumenti finanziari emessi dal medesimo istituto di credito finanziante con una intrinseca situazione di incertezza a carico del solo risparmiatore circa la redditività dell'investimento rispetto alle spese sostenute: Trib. Napoli, 22.1.2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, 55. In dottrina V. VELLUZZI, «4 you»: c'è «spazio» per il contratto immeritevole di tutela?. Nota a Trib. Brindisi, 21.6.2005, in *Contratti*, 2006, 884; I. PRISCO, *Disequilibrio e immeritevolezza: i contratti Myway e 4you al vaglio della giurisprudenza*, in *Corti salernitane*, 2014, 472; P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., 205.

⁴⁹ In questo ambito, l'applicabilità dell'eccezione di gioco è stata affermata o negata sulla scorta del differente intendimento del funzionamento del contratto. Sul tema, diffusamente B. INZITARI, *Swap (contratto)*, in *Contr. impr.*, 1988, 621 ss. anche per la distinzione tra contratto di copertura e di speculazione e del loro rapporto con la scommessa e G. BELLI, *L'alea nei contratti differenziali*, in *Obb. contr.*, 2012, 61 ss. A siffatti contratti era generalmente ascritta sia una funzione di scambio che una funzione meramente speculativa. A fronte degli indirizzi giurisprudenziali tesi a muovere giudizi di sfavore verso le attività speculative, la dottrina ne escludeva l'eccezione di gioco sul presupposto che il contratto soggiace comunque al mercato e alla logica del prezzo (Cass., 21.7.1924 e Cass., 31.5.1924 in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, 183 ss., annotate da M. ROTONDI, *Contratti a termine e differenziali su cambi*).



pare convincente⁵⁰ in ragione della diversa considerazione del rischio nel regolamento⁵¹ e, in generale, nel sistema normativo e assiologico⁵².

⁵⁰ Al netto delle criticità - già sotto il profilo semantico - che solleva la riconduzione alla scommessa, la ricostruzione parrebbe evocare il metodo della precomprensione, impiegato dall'interprete per risolvere problemi muovendo da ipotesi che egli stesso formula e che, però, andrebbe ostacolato nella misura in cui finisce per rappresentare un pregiudizio alla comprensione del testo: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, t. II, cit., 570. Nel solco dell'insegnamento attento alla valutazione complessiva del caso concreto, occorre rifuggire, infatti, dalla astratta sussunzione della vicenda in concetti di valenza generale, trascurando i concreti profili funzionali del fatto, gli unici in grado di cogliere la sintesi complessiva degli effetti che concorre alla qualificazione del fatto, inteso come procedimento che dalla determinazione della funzione giunge all'individuazione della disciplina: ID., *op. cit.*, 612. Del resto, nell'attività valutativa dell'interprete, soltanto il bilanciamento di valori ed interessi — da non considerarsi monadi inconciliabili — consente di valorizzare le peculiarità del caso concreto, rifuggendo dai pericoli della mera sussunzione. Per un approfondimento G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 123 ss.

⁵¹ La tradizionale distinzione tra contratti ove il rischio è immanente alla sfera giuridica dei contraenti (come avviene nell'assicurazione, nella rendita e nell'*emptio spei*) e contratti ove è creato artificialmente (come nel gioco e nella scommessa) cede il passo ad una distinzione fondata sulla differente inclusione dell'alea nell'ambito del regolamento negoziale. L'opinione, risalente a C. MANENTI, *Del giuoco e della scommessa dal punto di vista del diritto romano e moderno*, in appendice a F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XI, Milano, 1903, 637-638, ha subito delle censure giacché la creazione artificiale del rischio non costituirebbe lo scopo del contratto ma solo il mezzo per conseguire il fine diverso, tipicamente ludico, che esso si propone: così M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003, 52. L'artificialità, invero, non esaurisce l'alea del gioco e della scommessa; essa è comune pressoché a tutti i contratti aleatori, giacché in tutti i contratti aleatori sussiste l'artificio di trasformare il rischio in una merce: M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., 430. La differenza sostanziale rispetto al gioco e alla scommessa sarebbe che in questi ultimi il rischio, inteso come l'influenza negativa di un evento futuro e incerto, è estraneo ad entrambi i contraenti, là dove gli altri contratti aleatori non assumono ad oggetto un rischio artificiale ma producono un'artificiale allocazione del rischio. Sul tema, *ex multis*, G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947; C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961; E. VALSECCHI, *Giuoco e scommessa*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXXVII, t. 2, Milano, 1954, *passim*; L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa. Art. 1933-1935*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1959, 18 ss. In questa prospettiva, soltanto in alcuni contratti aleatori l'alea è suscettibile di essere «prezzata» sulla base coefficienti che presiedono al funzionamento del mercato e alla formazione dei prezzi. Così avviene, ad esempio, nell'assicurazione (A. DE FRANCESCHI, *Contratto di assicurazione e regolazione del premio*, in *Studium iuris*, 2007, 7-8, 907 ss.; M. FRANZONI, *L'assicurazione fra i contratti aleatori*, in *Contr. impr.*, 2, 2011, 417 ss.; V. FERRARI, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 721). In altri schemi contrattuali l'alea viene in rilievo non già come merce, bensì come parametro di incertezza che determinerà a quale dei due contraenti spetterà la ricchezza «in gioco», sì da escludere qualsivoglia riferimento ad un prezzo, o ad uno scambio, quanto piuttosto ritenere sussistente una vera e propria aggiudicazione della posta, non mediata dal mercato: M. BARCELLONA, *op. cit.*, 443; E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., 149.

⁵² Rispetto alla categoria dei giochi e delle scommesse, la diversa rilevanza in concreto assunta dall'alea concede una ulteriore distinzione tra *tipi* contrattuali, delineati dagli artt. 1933 ss. c.c. Ciò si è tradotto nello sforzo dogmatico di individuare il fondamento della *soluti retentio*, nel solco della tradizione divisa tra i fautori del principio c.d. *in pari causa turpitudinis* e della conseguenziale riconduzione del gioco al novero delle fattispecie regolate dall'art. 2035 c.c. (F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*,

In questa direzione militano le funzioni in concreto perseguite dello strumento finanziario oltreché l'adeguatezza all'impianto negoziale costruito per le esigenze specifiche dell'investitore⁵³, assenti nelle scommesse⁵⁴.

Ancora. Se si ritiene che una *valida* scommessa sia tale in quanto cieca o irrazionale, aggettivarla come razionale nega in radice la stessa qualificazione del contratto aleatorio di cui agli artt. 1933 e ss. c.c.

Peraltro, ammettendo che la scommessa cieca (*rectius* il rischio oggetto della scommessa) possa essere «misurabile», è vero che tale misura (o prezzo) è sganciata dal bisogno e dalle logiche mercantili⁵⁵; non così per lo *swap*, il cui «prezzo» è sempre calcolato sulla base dei rendimenti che il mercato offre⁵⁶ in virtù di un indice determinato connesso al profilo finan-

Milano, 1914, 135 ss.; ID., *Il pagamento* “ob tupem causam”, in *Studi senesi*, 1913, 6 ss.) e i sostenitori della liceità dell'azzardo e della conseguente riconduzione del pagamento all'adempimento dell'obbligazione naturale (in questo senso C. MANENTI, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 788 ss.; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 93 ss.; R. DE RUGGIERO, *Pagamento di debito di gioco e deposito preventivo della posta*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, 524 ss.; C. GANCI, *Casi ed effetti delle obbligazioni naturali*, in ID., *Scritti giuridici vari*, Padova, 1933, 90 ss. Nel senso che il gioco sia addirittura spesso incoraggiato e protetto v. C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, cit., 3 ss. e E. VALSECCHI, *Giuoco e scommessa*, cit., 52 ss.). Su entrambe le tesi v. L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, cit., 30 ss. È prevalsa, infine, la considerazione che gioco e scommessa siano portatori di una spiccata neutralità giuridica (specialmente, G.B. FERRI, *La neutralità del gioco*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 54 ss. il quale argomenta dall'inevitabilità del debito di gioco a generare una doverosità prossima alla superiore moralità presidiata dall'istituto dell'obbligazione naturale; ma nel medesimo senso anche M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, cit., 11 ss.) la quale converte un atteggiamento di generale indifferenza da parte dell'ordinamento rispetto all'azzardo. Per una rilettura degli artt. 1933-1935 c.c. alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza propedeutica alla riflessione del rapporto tra derivati e scommessa L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, in *Comm. cod. civ.*, Milano, 2018. Diretta conseguenza è che tutte le volte in cui ci si trovi dinanzi ad una figura contrattuale le cui dinamiche evocano il regime dell'azzardo, occorre domandarsi se le vicende considerate si ascrivano o meno nell'alveo di quella neutralità tramite una valutazione dell'elemento funzionale del rapporto, comprensivo dei ruoli assunti dai rispettivi contraenti e del contesto nel quale è calato il contratto. In argomento S. GIOVA, *I giochi e le scommesse al tempo di Internet*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1, 2016, 89 ss.; ID., *I giochi d'azzardo online*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2016, 447 ss. F.M. D'ETTORE, *Trading online: la qualificazione giuridica del rapporto tra l'investitore e l'intermediario. L'interazione con terzi e l'iniziativa individuale dell'investitore*, in *Economia e diritto del terziario*, 3, 2002, 813 ss.

⁵³ Cfr. Comunicazione Consob, 9019104, 2.3.2009 e n. DI/99013791 del 26.2.1999 e n. DEM/1026875 dell'11.4.2001 ad avviso della quale gli strumenti finanziari devono essere adeguati alle concrete esigenze del cliente, sì da ridurre la rischiosità di posizioni sottostanti, e identificare «*misure di controllo per assicurare che le predette condizioni ricorrano effettivamente*».

⁵⁴ Conferma ne sia la scelta del legislatore di escludere esplicitamente dalla relativa disciplina, il regime riservato al giuoco e alla scommessa di cui all'art. 1933 c.c., ai sensi dell'art. 23 comma 5 TUF. Giova rammentare che l'esclusione della disciplina contenuta nell'art. 1933 c.c. era già stata sostenuta in sede di giurisdizione arbitrale: v. *Contratti di swap*, lodo arbitrale Casella, Costi, Schlesinger, 19.7.1996, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 559 e ss., con nota di G. CAPALDO, *Contratto di swap e gioco*. Cfr., anche A. TUCCI, *op. cit.*, 1036.

⁵⁵ E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, cit., *passim*.

⁵⁶ Pur considerato che il contenzioso originato dalla negoziazione di strumenti derivati *Otc* non riguarda mai «scommesse astratte» (A. TUCCI, *I contratti derivati degli Enti locali do-*



ziario del cliente, giacché l'operazione è sempre *collegata* a un diverso e preesistente rapporto giuridico, o comunque alla specifica capacità finanziaria di *quell'*investitore⁵⁷.

Infine, l'assimilazione alla scommessa stride con le disposizioni contenute nelle direttive di matrice comunitaria e nella disciplina del TUF, e trova smentita nelle prospettive adottate dalla Corte sovranazionale le quali hanno valorizzato la necessaria serietà e adeguatezza dell'operazione alle esigenze del cliente, sì da ritenere imprescindibile la consulenza tecnica⁵⁸.

In questo contesto, infatti, il fisiologico conflitto di interessi tra intermediario e cliente, dato dal fatto che in tali operazioni il cliente agisce in contropartita diretta⁵⁹, rende oltremodo indispensabile il servizio di consulenza in materia di investimenti⁶⁰ che permette di offrire al cliente consigli personalizzati sulla base del suo profilo finanziario e della preventiva valutazione di adeguatezza, in ossequio alle discipline MIFID II ed EMIR. Quello dell'intermediario è, infatti, un agire procedimentalizzato e predeterminato sulla base della cura dell'interesse del cliente, il quale impone una valutazione del profilo di adeguatezza dell'operazione e di conformità al suo interesse a prescindere dalla difficile comprensibilità, del tutto soggettiva, della misura del rischio⁶¹.

po le Sezioni unite, cit., 2397, v. spec. nota 19), il prezzo è inteso come il *risultato complessivo e collettivo del mercato medesimo*: così C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, Milano, 2016, 167 il quale nega l'accezione astratta del rapporto sulla base della quotazione individuale del rischio (174 e spec. 176). Si ragionando, il «presupposto causale» del rapporto può ben essere riferito alla situazione patrimoniale complessiva del soggetto e, soprattutto alla sua posizione nel mercato (179) anche al fine si giustificare derivati puramente speculativi.

⁵⁷ A ben vedere, persino Cass., Sez. un., 12.5.2020, n. 8770, cit., § 5.2 nega una sovrapposizione tra lo *swap* e la scommessa nella parte in cui pone l'accento sulla complessità della vicenda finanziaria, sulla professionalità dei soggetti coinvolti e sull'esistenza di un mercato finanziario retto da precise regole di funzionamento. E già la giurisprudenza di merito fautrice della tesi della scommessa razionale aveva, a suo tempo, mostrato talune riserve nell'assimilare lo *swap* alla scommessa, giacché l'alea non sarebbe prodotta artificialmente poiché l'evento dedotto e condizionato dal rischio inciderebbe sulla situazione patrimoniale delle parti, aggravandone le passività, riducendo la redditività degli investimenti o determinando uno squilibrio fra le poste in bilancio: App. Milano, 18.9.2013, n. 3459, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 3, 2014, 291, con nota di A. TUCCI, Interest rate swap: "causa tipica" e "causa concreta".

⁵⁸ C. Giust. UE, 30.5.2013, causa C-604/11, *Genil 48 SL e Comercial Hosteleria de Grandes Vinos SL c. Bankinter SA e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA* in applicazione dell'art. 4, § 1, punto 4, della direttiva n. 2004/39/CE relativa al mercato degli strumenti finanziari.

⁵⁹ Sull'assommarsi nell'intermediario della qualità di consulente e offerente del prodotto D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi, nella prestazione di servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita ai risparmiatori di obbligazioni argentine*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2004, 2, *passim* e, in giurisprudenza, Trib. Milano, 19.4.2011 e Trib. Milano, 23.3.2012, in *Ilcaso.it*

⁶⁰ P. PERLINGIERI, *Mifid II. Innovazione finanziaria e rapporti con la clientela*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 1, 2019, 2. In argomento v. E. GIORGINI, *Consulenza finanziaria e sua adeguatezza*, Napoli, 2017 e M. RABITTI, *Prodotti finanziari tra regole di condotta e di organizzazione. I limiti di Mifid II*, in *Riv. dir. banc.*, 1, 2020, 145 ss.

⁶¹ Sull'attività dell'intermediario R. DI RAIMO, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, in *Giust. civ.*, 4, 2014, 1095. Per la rilevanza della percepibilità e comprensibilità del dato oggetto dell'informazione e per la necessità di una semplificazione del linguaggio richiesta dalle

In altri termini, l'attività degli intermediari, i quali devono improntare il loro operato alla sana e prudente gestione⁶² (artt. 5 e 127 TUB e 21 TUF), implica la necessità di operare, di volta in volta, un controllo sulla struttura del contratto, e quindi sull'adeguatezza dell'operazione economica alla luce degli interessi concreti del negozio: valutazione dalla quale, ovviamente, non sono esenti i derivati c.d. *plain vanilla*, in linea con gli insegnamenti respingenti il dogma dell'autonomia negoziale⁶³.

6. Dalla causa variabile dell'IRS alla concreta incidenza del rischio sul programma negoziale. Causa, oggetto e accordo dello *swap*.

Una più attenta considerazione della concreta dinamica del rapporto avrebbe suggerito una alternativa sistemazione degli elementi essenziali del contratto nella direzione di negare, innanzitutto, la "variabilità" della sua causa.

Sostenere, come ha fatto la Corte, che la causa sia variabile significa infatti negare alla causa il compito suo proprio di apprezzare l'effettiva composizione degli interessi capace di esprimere un differente costruito contrattuale, più o meno composito, e quindi di esprimere un giudizio di meritevolezza rispetto alle varie costruzioni negoziali⁶⁴.

È la causa in concreto⁶⁵ che assume il ruolo di strumento di controllo dell'operazione, capace di individuare la ragione che sorregge le reciproche

nuove regole in tema di trasparenza v., per tutti, U. MORENA, *Sul concetto di "chiarezza" nei rapporti bancari*, in *Dir. banca merc. finan.*, 3, 2012, 430.

⁶² A.A. DOLMETTA, *Introduzione, speculazione, prudenza*, in D. MAFFEIS (a cura di) *Swap tra banche e clienti*, cit., *passim*. G.L. GRECO, *L'equilibrio delle regole nei mercati dinamici. Metodo e prassi della proporzionalità nell'ordinamento bancario*, Bari, 2023, 145 ss. e spec. 147.

⁶³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, t. IV, cit., 1 ss. In giurisprudenza Cass., 31.7.2017, n. 19013, in *Giur. comm.*, 2018, 6, II, 962 per la quale «nel valutare, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto derivato *Interest Rate Swap*, il giudice non può prescindere dalle prescrizioni normative di cui all'art. 21 TUF e all'art. 26 Regolamento Consob n. 11522/98, nonché, per i contratti derivati con funzione di copertura, dalla verifica dell'effettivo rispetto delle condizioni stabilite dalla Consob con la Determinazione del 26.2.1999, n. 99013791».

⁶⁴ U. GRASSI, *Una disciplina per la causa del contratto. Riflessioni in memoria di una nozione al tramonto*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, 838-874 e spec. 870; R. DI RAIMO, *Dopo le Sezioni Unite: ancora sulla qualificazione*, cit., 239. Ciò consente di ritenere che soltanto una attenta considerazione del profilo formale e sostanziale del singolo rapporto giuridico è capace di fondare una diversa valutazione in ordine al particolare atteggiarsi degli interessi, sì che, nella logica del giudizio di meritevolezza, potrebbero richiedersi valutazioni connesse alle concrete e specifiche applicazioni che del regolamento devono operarsi: così V. DONATO, *La dottrina e la giurisprudenza italiana*, cit., 668. Sul ruolo della causa in concreto al fine di individuare le conseguenze della violazione di regole di comportamento già G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., 31 ss.

⁶⁵ L'elaborazione della causa in concreto si inserisce nella tradizione di studi che, in materia di causa del contratto, intesa tradizionalmente come la funzione economico sociale (per tutti, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. Camerino, Napoli, 2002; cfr. S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, 75 ss., il quale discorre di sintesi degli effetti essenziali) giunge ad attribuire



attribuzioni⁶⁶ e di verificare l'adeguatezza dell'impianto negoziale alle esigenze del cliente.

In altri termini, è l'esigenza di copertura del rischio⁶⁷ connessa al preesistente rapporto giuridico o, più in generale, alla sottostante situazione soggettiva⁶⁸ in capo al cliente che riflette un elemento essenziale della struttura del rapporto dato dalla ragione economico individuale che ha indotto il cliente alla stipulazione⁶⁹, espressa dalla conformità dell'operazione al suo specifico interesse.

La causa del contratto di *swap* è, dunque, la gestione⁷⁰ o il governo del rischio in funzione di una copertura o, anche se più raramente nella prassi, in funzione lucrativa.

Quanto all'oggetto, ritenere che lo *swap* dia vita ad uno «scambio di obbligazioni pecuniarie future»⁷¹ conduce la Corte ad intendere l'oggetto come i flussi scambiati, dimenticando la distinzione tra oggetto della prestazione (l'importo che, alle scadenze prefissate, la parte il cui *payoff* risulta negativo è tenuta a corrispondere, secondo i criteri determinanti il differenziale, in

alla nozione di «causa in concreto» la funzione economico individuale [G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 355. In argomento V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss. e G. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, 212 ss.] e la sintesi degli effetti essenziali, colorati dai rispetti interessi delle parti (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, t. IV, cit., *passim*). Siffatta ricostruzione ha comportato un avvicinamento tra causa del contratto e motivi, in ragione del fatto che lo scopo psicologico che ha indotto le parti ad agire è capace di individuare in concreto la ragione giustificatrice dell'intera operazione economica. Sulla distinzione tra le due nozioni G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato italiano*, Torino, 1939, 18 ss.

⁶⁶ F. SARTORI, *Prodotti finanziari illiquidi (O.T.C.): il fattore giurisprudenziale e l'evoluzione normativa degli obblighi informativi*, in F. CORTESE, F. SARTORI (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, Pisa, 2010, 161 s.

⁶⁷ C. ANGELICI, *Appunti in tema di derivati*, in A. GENTILI, R. DI RAIMO (a cura di), *Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie dei rapporti e profili di sistema*, Napoli, 2016, 27.

⁶⁸ V. DONATO, *op. cit.*, 666. Nello *swap*, dunque, l'adeguatezza del regolamento si apprezza in ragione della coerenza tra *swap* e mutuo sottostante, nella copertura, o tra *swap* e situazione finanziaria dell'investitore rispetto alle ambizioni di guadagno e alla capacità di sostenere eventuali perdite, nella speculazione.

⁶⁹ G. DEIANA, *ibidem*. L'oggettivazione degli interessi e dello scopo utile, mediante il procedimento di interpretazione del contratto, alla ricostruzione dell'operazione complessivamente intesa emerge in C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 225, 225, 300 ss. e G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 286 ss. Per una rilettura della distinzione tra causa e motivi nel contesto che ci occupa sia consentito rinvio a E. ERRIGO, *Rilevanza e irrilevanza dei motivi nel pensiero di Giommaria Deiana: per una riflessione sugli scopi dell'investitore nei contratti derivati*, in G. PERLINGIERI (a cura di) *Rileggere i «classici» del diritto civile italiano (1935-1940)*, Napoli, 2025, 633

⁷⁰ G. CAPALDO, *Swap e gioco: venticinque anni di capitalismo finanziario e regolazione del mercato*, in *Nuovo dir. civ.*, 1, 2021, 215 ss.

⁷¹ Così testualmente già Cass., Sez. un., 12.5.2020, n. 8770, cit., § 4.2 a cui le Ordinanze aderiscono: Cass. 3.2.2026, n. 2262, par. 3.1.8.; Cass. 4.2.2026, n. 2358, cit., par. 6.19.

ragione del regolamento) e oggetto del contratto (la determinazione dell'entità del rischio che le parti programmano di assumere e di gestire)⁷².

Il valore delle future attribuzioni patrimoniali, dato dai criteri di calcolo, sembra allora accreditarsi quale oggetto immediato del contratto, là dove, invece, il valore del differenziale dovuto, inteso come il *quantum* che effettivamente la parte a debito è tenuta a corrispondere, è destinato a costituire l'oggetto mediato che esprime l'incertezza, l'alea o, più correttamente, il rischio di tasso⁷³.

Pertanto, la misurabilità del rischio (*rectius* la razionalità dell'alea) è tutta dell'oggetto in quanto è l'intero programma contrattuale, inteso come la convenzionale determinabilità dell'alea (art. 1346 c.c.) nel suo divenire⁷⁴, a dover essere oggetto del contratto e quindi a costituire un elemento indispensabile dell'accordo.

In tal guisa, l'assenza degli elementi essenziali alla misurabilità del rischio oggetto del contratto pone - non tanto un problema di intrasparenza o irrazionalità dell'alea - quanto di programma negoziale certamente condiviso ma, più propriamente, oggettivamente determinabile⁷⁵.

7. La misurabilità del rischio e l'agire negoziale tra regole di validità e regole di condotta. La complessità dei rapporti di swap e

⁷² Nell'identificare l'oggetto del contratto come il contenuto in senso sostanziale del medesimo, ossia ciò che le parti hanno programmato in ordine al loro rapporto, esso si riferisce all'*id* sul quale si manifesta la volontà e si forma il consenso e si sostanzia nella rappresentazione della realtà attuata mediante segni convenzionali. Nell'ambito che ci occupa, il segno convenzionale che rappresenta la *realtà* sulla quale si forma il consenso è espresso dalla determinazione dell'entità del rischio: P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2022, 500. Sulla distinzione tra oggetto della prestazione e del contratto nello swap R. DI RAIMO, *La finanza derivata e lo spirito delle discipline recenti: dalla patologia dei rapporti alle frontiere del rischio sistemico accettabile*, in A. GENTILI, ID. (a cura di), *Le negoziazioni*, cit., 351.

⁷³ Sia consentito rinviare, ancora, a E. ERRIGO, *Interest rate swap e categorie del contratto*, cit., 39. In senso analogo cfr. il recente commento di D. MAFFEIS, *Interest rate swap: sezioni unite, prima sezione e copertura razionale*, cit., 1053.

⁷⁴ In sede di interpretazione del contratto, e in specie di interpretazione evolutiva, il rinvio al rapporto giuridico, quale momento cronologico idoneo a specificare la capacità dell'ordinamento del caso concreto, appare elemento capace di cogliere la portata storica della composita entità oggetto di sistematica valutazione: V. DONATO, *op. cit.*, 668. Per tale via l'interpretazione assumerebbe natura valutativa, e non già intellettuale o meramente ricognitiva, come parrebbe essere quelle proposte dalle Ordinanze.

⁷⁵ Per tale via, a rilevare sotto il profilo dell'accordo è, piuttosto, la corrispondenza tra gli intenti perseguiti dal cliente e il corredo effettuale del programma negoziale costruito dall'intermediario. Riguardo al profilo causale del contratto, se è vero che lo *swap* è capace di assolvere funzioni differenti, ciò non implica l'affermazione del concetto di causa variabile. Infatti, non diversamente da altri negozi, lo *swap* conosce una causa astratta, data dal governo di un rischio, ed una concreta — generalmente di copertura, ma potenzialmente anche speculativa — alternativamente apprezzabile in base alle esigenze dell'investitore e alla valutazione del profilo di adeguatezza dell'operazione ai suoi concreti interessi. Tale sistemazione degli elementi strutturali del contratto incide, evidentemente, sullo statuto normativo delle invalidità negoziali, e si traduce nella selezione di regole differenti a seconda che il vizio attenga alle clausole che determinano la gestione del rischio; a quelle che incidono sul consenso in ordine al programma negoziale; a quelle che compongono l'alea misurabile.



L'essenzialità degli elementi dell'alea (Mtm e scenari probabilistici).

604

Ricondotta all'oggetto e non alla causa del contratto, la razionalità dell'alea⁷⁶ se, per un verso, condiziona la (in)validità del contratto (appunto per indeterminatezza dell'oggetto), per l'altro, non è da sola sufficiente a garantire la conformità dell'operazione né all'interesse del cliente né ai valori del sistema, dalla quale dipende il positivo riscontro di meritevolezza del regolamento.

Del resto, la difficoltà di misurare il rischio, e quindi l'incalcolabilità dell'alea, può dipendere da una impossibilità del tutto soggettiva e relativa ad uno soltanto dei contraenti (specialmente l'investitore) il quale può essere privo di competenze e di capacità necessarie a comprendere la misura del rischio⁷⁷.

Il problema della misurabilità del rischio si immette, allora, sul terreno che interessa più propriamente la costruzione del regolamento contrattuale e specialmente l'adempimento degli obblighi informativi in capo alla parte (l'intermediario) che confeziona l'operazione e la propone all'altra (il cliente).

Se, infatti, è certamente vero che l'esistenza di una complessità dei rapporti di *swap* irriducibili ad unità giustifica una differente rilevanza dei doveri informativi⁷⁸ - in quanto ogni *tipo* contrattuale può esprimere un differente modello di distribuzione del rischio correlato a clausole capaci di incidere sul profilo funzionale⁷⁹ e, per tale via, sul relativo statuto

⁷⁶ La misurabilità dell'alea è un problema squisitamente tecnico giacché lambisce aspetti spiccatamente analitico-finanziari; e tuttavia, essa parrebbe essere connessa a una serie di parametri dai quali dipende la determinazione dell'ammontare del pagamento in via differenziale; parametri variabili ed incerti che, però, l'esperienza giuridica ha confermato essere suscettibili di previsioni e di calcolo: G. SARDO *Natura e causa del contratto di interest rate swap*, cit., 40. In particolare, le probabilità sono non soltanto misurabili ma in concreto misurate dall'intermediario, a conferma dell'autonoma rilevanza che ha, in finanza, la stima scientifica delle probabilità come dato fattuale, serio ed attendibile: così D. MAFFEIS, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata*, cit., 1096 ss.

⁷⁷ Detto altrimenti, l'alea, potenzialmente calcolabile sempre dalla banca, può rimanere oscura al cliente, il quale può non essere in grado di calcolarla a causa di insufficienze delle proprie risorse: M. BARCELONA, *Della causa*, cit., 504 ss.

⁷⁸ L'impostazione preferita è quella di individuare "l'ordinamento del caso concreto" capace di cogliere le peculiarità di ogni conflitto e la contrapposizione di valori e interessi, quale composita ma unitaria realtà: così V. DONATO, *op. cit.*, 674; P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali*, cit., 262.

⁷⁹ Applicazioni analoghe riguardano le clausole c.dd. *claims made* e i contratti di assicurazione, sulle quali v. M. FRANZONI, *Clausole claims made*, in M. CONFORTINI, *Clausole negoziali, Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Milano, 2019, 688; G. VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, cit., 81 ss.; S. MONTICELLI, *La clausola "claims made" tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e res*, 2013, 7, 701 ss.; M. D'AURIA, *Polizze "claims made": ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, in *Corr. giur.*, 2019, 28 ss.; T. FEBBRAJO, *Clausole claims made e controllo di meritevolezza* Napoli, 2019; I. MARTONE, *Il travagliato itinerario delle clausole claims made*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 1, 2019, 53 e spec. 116; C. PERNICE, *La meritevolezza delle clausole claims made*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2019, 1343; A.C. NAZZARO, *Equilibrio economico, meritevolezza del contratto e claims made (nota a Cass., 25 febbraio 2021, n. 5259)*, in *Dir. merc. assicur. finanz.*, 2, 2021, 471 ss.



dell'invalidità⁸⁰ - tuttavia, non è facile comprendere perché la trasparenza dell'alea possa essere valutata in concreto trascurando del tutto il ruolo dei doveri informativi, come ritiene la Corte quando esclude nei derivati semplici la rilevanza degli obblighi informativi relativi al Mtm e agli scenari probabilistici, i quali possono essere – a suo dire – reperibili sulla base dei modelli diffusi e di largo impiego nella prassi dei derivati⁸¹.

Sono proprio le molteplici « costruzioni » dell'operazione che amplificano la complessità dello strumento finanziario⁸² a confermare come il differente modo con cui le varie componenti strutturali del contratto impattano sulle sfere patrimoniali delle parti consente di individuare la disciplina più adeguata a ricomporre gli interessi pre-valenti⁸³, sul postulato per cui il rapporto di IRS, programmato sulla base della determinazione qualitativa e quantitativa dell'alea (che ne costituisce l'oggetto) e orientato in funzione della gestione di un rischio (la causa) è frutto di una attività procedimentalizzata dell'intermediario, espressione di un agire funzionale.

Rispetto allora alle varie costruzioni, semplici, complesse, stratificate, la selezione dei rimedi in concreto praticabili è condizionata dalla necessità di selezionare quali, tra gli elementi che compongono lo schema negoziale, siano effettivamente strutturali al rapporto e quali, invece, possono essere considerati non essenziali alla validità del contratto, rientranti tra gli obblighi informativi preposti alla corretta formazione della volontà⁸⁴.

⁸⁰ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., 93 s. La diversa costruzione, del profilo qualitativo e quantitativo delle alee, consente di apprezzare diversamente l'affare in ragione del differente assetto di interessi, di volta in volta, sotteso, si da aprire alla considerazione di rimedi adeguati in relazione alle singole ipotesi: P. PERLINGIERI, *Regole del mercato e tutela dell'investitore: riflessioni a margine della MiFID*, in S. Adamo, E. Capobianco e Cucurachi (a cura di), *Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori*, Napoli, 2010, 315. In tal guisa, anche rispetto all'attività di intermediazione finanziaria, «risultano inappropriate soluzioni dirette a cristallizzare le forme di reazione in un solo strumento rimediale»: ID., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, cit., 5.

⁸¹ Cass., 3.2.2026, n. 2262, cit., par. 3.1.11; Cass., 4.2.2026, n. 2358, cit., par. 6.28.

⁸² La sovrapposizione tra i differenti servizi offerti dalle banche agevola la conclusione di contratti c.dd. ibridi, derivati impliciti, polizze linked. Su questi temi v. A.C. NAZZARO, *I rischi dell'assicurazione sulla vita e le polizze unit linked*, in *Dir. merc. assicur. finan.*, 2019, 215-237; ID., *Contratti united e index linked*, in AA.VV., *Causa del contratto. Evoluzione interpretativa e indagini applicative*, Milano, 2016, 167-193; M.F. CAMPAGNA, *Strutture delle clausole e strutture contrattuali nell'individuazione dei derivati impliciti*, in *Contratti*, 2021, 386 s.; F. GRECO, *La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso floor ed il problema della scommessa razionale nel derivato implicito*, in *Res civ. prev.*, 1, 2015, 0025b per i problemi relativi alla trasparenza; A. CARRISI, *I contratti ibridi nei mercati finanziari*, Napoli, 2023.

⁸³ P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali*, cit., 166 e 262 e V. DONATO, *La dottrina e la giurisprudenza italiana*, cit., 666.

⁸⁴ La selezione dei rimedi parrebbe condizionata però dall'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità con Cass., Sez. un., 19.12.2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, 785 ss., sebbene la decisione non abbia riscosso unanimità di consensi. V., in vario senso A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni unite*, in *Contratti*, 2008, 393 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 2, 104 ss.; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, ivi, 2008, 403 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., 18 s. Tra le



In questa direzione, sebbene la disciplina dei derivati sia modellata da un insieme di regole sull'attività cui è tenuto l'intermediario⁸⁵ - sì da legittimare, in apparenza, la ripetibilità delle regole espresse dalle note Sezioni unite c.d. Rordoff - l'eterogeneità delle funzioni in concreto perseguibili dal contratto suggerisce di rimeditare l'incidenza della violazione degli obblighi di informazione sul profilo, appunto, funzionale del negozio⁸⁶, là dove la violazione degli obblighi informativi imposti all'intermediario sia suscettibile di celare l'effettivo piano causale del rapporto, e, per tale via, negare aderenza alla distinzione tra regole di validità e regole di condotta⁸⁷.

Nei derivati semplici, perfettamente correlati al mutuo, la clausola di compensazione degli importi dovrebbe soltanto invertire il tasso di interesse, eliminando l'incertezza connessa all'oscillazione dell'alea. Non così nei derivati complessi, ove l'alea assume un ruolo più significativo⁸⁸.

critiche più significative si annoverano le argomentazioni in ordine alla mancata ottemperanza all'obbligo di astensione al compimento dell'atto, nonché alla mancata informazione circa la sussistenza di un interesse in conflitto e al, conseguente, mancato consenso del cliente allo svolgimento dell'operazione di investimento, capaci di incidere sul regolamento negoziale: F. MAZZINI, *L'ambito applicativo della nullità virtuale e gli obblighi di astensione dell'intermediario nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2008, 4, 717. Sul tema dell'obbligo precontrattuale di informazione preordinato all'espressione di un consenso consapevole v. F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, 97. In argomento anche L. DI DONNA, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nella direttiva sul credito al consumo*, in *Giur. it.*, 2010, 1, p. 241-248. Per un approfondimento sugli obblighi di informazione in ogni fase del contratto e sulle sanzioni applicabili in caso di non ottemperanza agli obblighi statuiti per l'informazione precontrattuale, anche nel diritto comunitario, già G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 248 ss.

⁸⁵ D. MAFFEIS, *Le stagioni dell'orrore*, cit., *passim* e M. MAGGIOLO, *Nessun derivato è un'isola (Il servizio di consulenza nella negoziazione di un derivato Otc)*, in D. MAFFEIS (a cura di) *Swap tra banche e clienti*, cit., 266.

⁸⁶ A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 400. La violazione delle regole di condotta può, infatti, ripercuotersi «sulla funzione concreta del negozio generando un disvalore della causa, anche sotto forma di squilibrio significativo del regolamento di interessi o di non meritevolezza dell'operazione»: così G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., 60.

⁸⁷ F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, cit., 100. La riconduzione della razionalità dell'alea — non all'informazione, bensì — al piano dell'accordo, lungi dal giustificare una mera tutela risarcitoria ha consentito di superare la distinzione tra regole di validità e di condotta già in Cass., 28.7.2017, n. 18781 e Trib. Bologna 5.1.2021, in *Società*, 2021, 709. In dottrina S. PAGLIANTINI, *IRS e nullità: divagazioni su di un diritto "terribile" da trasformare in "mite"*, cit., 484. L'espedito ha trovato nuovi afflati nelle decisioni che, muovendo dalla clausola generale — la quale impone all'intermediario di operare nell'interesse dell'investitore (art. 21 TUF) come criterio per la valutazione di meritevolezza degli interessi perseguiti —, hanno individuato nella nullità ex art. 1322, co. 2 c.c. il rimedio al conflitto di interessi strutturale che incide sul contenuto dell'atto reso da parte del c.d. fedele cooperatore (Cass., 31.7.2017, n. 19013, cit., la quale ha espressamente ritenuto l'art. 21 TUF norma di carattere inderogabile. In argomento, D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, Torino, 2011, 17 ss.).

⁸⁸ In realtà, nell'ipotesi elementare di IRS *plain vanilla* perfettamente collegato al mutuo, la correlazione degli elementi contrattuali e la conseguente compensazione degli importi dovuti consentono di eliminare l'incertezza connessa all'andamento dell'indice, giacché

Se, però, nei derivati semplici, come in quelli complessi, l'andamento del differenziale non consentisse la semplice inversione del tasso, e quindi la realizzazione della funzione di copertura, ma esponesse il cliente a investimenti ulteriori o impieghi di capitale non richiesto dalla copertura (con conseguente maggiori compensi per l'intermediario) è evidente che la struttura non riflette la funzione (e ciò spiega il contenzioso avente ad oggetto i derivati *plain vanilla*).

In tali casi, il rimedio praticabile è condizionato dalla collocazione, sul piano strutturale o informativo del rapporto, della misura degli scenari probabilistici e del Mtm⁸⁹, secondo una valutazione di essenzialità delle singole clausole, ai sensi dell'art. 1419, co. 1 c.c. per cui il contratto privato di quella parte non sia in grado di assolvere la funzione originaria.

Una interpretazione sistematica e assiologica della disposizione⁹⁰, condotta alla luce degli artt. 21 TUF e 47 Cost. e del dovere dell'intermediario di offrire un prodotto correlato a determinate caratteristiche previa consulenza personalizzata, suggerisce di considerare che il contenuto del contratto debba, per il migliore interesse del cliente e per la tutela del risparmio, essere innanzitutto diretto ad assicurare la realizzazione del bisogno concreto⁹¹ che ha condotto il cliente a stipulare il negozio.

Ed invero, l'art. 21 TUF consegna una serie di regole di condotta per clausole generali⁹² dirette a realizzare interessi al contempo micro e macroe-

l'operazione inverte semplicemente la posizione da tasso variabile in fisso, costituendo, quest'ultimo, la (unica) prestazione dovuta. In tali casi, quando l'IRS si innesta perfettamente sul mutuo, il contratto assurge propriamente a criterio per determinare la controprestazione dovuta in ragione dell'attività dell'istituto di credito (*id est* il compenso), tal sì da ridurre significativamente il ruolo che il rischio contrattuale spiega nella dinamica dell'operazione negoziale complessiva. Mentre, nel caso di IRS costruiti in modo da rendere più complessa la funzione la variabilità degli indici altera la semplice inversione del tasso di interesse, complicando la funzione di gestione del rischio e condizionando il programma delle future attribuzioni.

⁸⁹ È ben vero che nella prassi la divergenza tra il significato del contratto e ciò che il cliente gli attribuisce può indifferentemente dipendere ora da un vizio nella formazione della volontà ora da raccomandazioni inadeguate, sì da attrarre in astratto rimedi differenti, tra i quali quelli preposti alla tutela della corretta formazione della volontà. Il problema è però più apparente che reale, giacché l'art. 19 del Reg. dei consulenti finanziari di cui alla delibera Consob n. 17130 del 2010 prevede che i consulenti valutino che la specifica operazione consigliata corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente e che il medesimo sia in grado di sopportare i relativi rischi dei quali abbia esperienza e conoscenza. Ciò spiega perché rientra sempre negli obblighi connessi alla consulenza quello di accertare la capacità di comprensione del testo contrattuale da parte degli investitori, al fine di evitare che possano incorrere in errore e chiarisce, altresì, perché i rimedi preposti alla corretta formazione della volontà si debbano ritenere residuali rispetto a quelli connessi all'inadempimento contrattuale: cfr. D. MAFFEIS, *Disciplina degli obblighi meramente informativi dell'intermediario finanziario*, in *Società*, 2020, 1387; M. MAGGIOLO, *Nullità irrazionale e conversione del derivato nullo*, cit., 199 e ID., *Servizi e attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 347.

⁹⁰ Sul metodo, ampiamente, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, t. I, cit., *passim*.

⁹¹ E. GIORGINI, *Meritevolezza e conformazione degli strumenti finanziari derivati all'interesse dell'investitore ex artt. 47 Cost. e 21 t.u.f.*, in *Foro nap.*, 2, 2018, 548-558.

⁹² Sul significato semantico indeterminato e ampio delle clausole generali v. A. GUARNIERI, voce *Clausola generale*, in *Dig. IV, Disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, 403 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja* -



conomici la cui *ratio* parrebbe essere quella di tenere l'investitore indenne da conseguenze pregiudizievoli⁹³, al fine di salvaguardare la stabilità delle successive contrattazioni e, quindi, la tenuta del mercato finanziario⁹⁴.

E allora, sul postulato per cui l'alea costituisce l'oggetto del contratto, la relativa determinabilità è affidata alla misura delle oscillazioni della variabile di riferimento, misurata tramite Mtm e scenari probabilistici, i quali esprimono l'andamento e la diversa distribuzione delle probabilità (di perdita o di guadagno)⁹⁵.

Una conferma di tale assunto si rinviene nell'analisi dei costi del contratto⁹⁶ i quali, com'è agevole osservare dalla lettura di un IRS, sono solitamente rapportati proprio agli scenari di *performance*⁹⁷. E dunque, se è proprio la comparazione tra scenari e costi che consente di verificare quanto i costi riducano il rendimento di anno in anno, significa che l'inespressa indicazione degli scenari condizioni la formazione dell'accordo sul programma in divenire del rapporto di investimento⁹⁸.

Branca, Bologna, 1993, 284 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1 ss. Per contributi più recenti: S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 263 ss. La vaghezza che tradizionalmente caratterizza le clausole generali può essere superata tramite il ricorso ai principi che fondano l'ordinamento, sì che esse non hanno una autonoma valenza assiologica, dovendosi riempire, di volta in volta, con il riferimento a valori *altri*: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 224-225. In questa prospettiva, la tecnica legislativa per clausole generali, pur lasciando al giudice ampia discrezionalità, consente di modellare il significato da attribuire alla clausola in ragione del contesto storico di riferimento, al fine ultimo di adeguare la norma alle situazioni concrete: ID., *op. loc. ult. cit.* Sulla tecnica di formazione giudiziale della regola e l'indeterminatezza intenzionale delle clausole v. rispettivamente L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 10 e S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, 728.

⁹³ D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi*, cit., 454 ss.

⁹⁴ Tanto può dirsi, innanzitutto, alla luce del ruolo dell'intermediario il cui agire è proceduralizzato e funzionale alla realizzazione di interessi che trascendono il singolo rapporto per spiegare effetti sul sistema finanziario complessivamente inteso. A.A. DOLMETTA, L. S. LENTINI, *Tra «prestazione» e «valore» del mark to market*, cit., 470.

⁹⁵ La determinazione del pagamento in via differenziale dipende da parametri variabili e quindi incerti, suscettibili però di essere previsti da parte degli analisti finanziari: D. MAFFEIS, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata*, cit., 1096 ss.; E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., *passim*; F. GRECO, *La violazione della regola della trasparenza nel mutuo con tasso "floor"*, cit., *passim*.

⁹⁶ U. MINNECI, *L'operatività in Irs: tra causa tipica, causa concreta e obbligo di servire al meglio l'interesse del cliente*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., 153 ss. e, nella stessa opera S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa*, 211 ss., secondo il quale, se si muove dalla considerazione che i costi impliciti attengano alla remunerazione dell'intermediario, essi devono essere autonomi, e quindi separati dalla commissione, trasparenti e descritti analiticamente: pertanto non possono non includersi nel contenuto del regolamento.

⁹⁷ La comparazione tra costi e scenari esprime il rendimento del contratto e il modo in cui i costi impattano sul rendimento medesimo, in ragione della durata dell'investimento. Sì che, l'incorporazione dei costi nel valore iniziale e il rapporto tra costi e scenari di *performance* rende evidente come i costi riducano (o aumentino) ogni anno il rendimento nel corso del periodo di detenzione. In altri termini, sarebbero proprio gli scenari i fattori capaci di manifestare l'effettivo costo complessivo del derivato. Sul tema cfr. S. PAGLIANTINI, *Dopo le S.U. 8770/2020*, cit., 126.

⁹⁸ In altri termini, il differente andamento del differenziale, sulla base degli scenari di *performance*, e la diversa distribuzione di probabilità da uno scenario c.d. di stress ad uno fa-

Tale ricostruzione confuta, dunque, l'affermazione della Corte per cui gli scenari sarebbero irrilevanti⁹⁹, giacché «dati storici e non previsioni certe relative all'andamento del prodotto» essendo, invece, rilevanti al fine di individuare determinate scelte di azione, non diversamente da come avviene nella misurazione dell'alea nelle assicurazioni¹⁰⁰.

Del pari, il *Mark to market*¹⁰¹ - il quale esprime il valore finanziario dell'andamento dei flussi attualizzati che il contratto è idoneo a generare in futuro e, quindi, il valore (ipotetico) del differenziale futuro e la sintesi della distribuzione qualitativa e quantitativa delle probabilità¹⁰², in qualsiasi momento dell'esecuzione¹⁰³ - consente, da un lato, di verificare il persistere della coerenza del prodotto rispetto all'interesse del cliente¹⁰⁴; dall'altro, di determinare l'applicazione di regole — ad esempio, la disciplina dell'usura

vorevole (nel ricomprendere tutti i costi del prodotto oltreché i rimborsi, i rendimenti e le perdite) impattano sul sinallagma contrattuale, giacché assolvono la funzione di individuare un parametro quantitativo di rilevanza sostanziale del rischio. Esso sarebbe, dunque, capace di determinare una proporzione tra le prestazioni; o, in alternativa, un difetto di equivalenza delle stesse, secondo argomenti impiegati al fine di valutare l'esiguità della prestazione e quindi l'equilibrio contrattuale: P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, cit., 208.

⁹⁹ Sul presupposto per cui modelli predittivi nulla direbbero circa "l'andamento" del contratto v. M. ROSSI, *Swap (di copertura) con soggetti privati, alea razionale e nullità: le insoddisfazioni del "mezzo giurista"*, cit., 276. Già F. CAPUTO NASSETTI, *L'insostenibile leggerezza dell'essere "contratti derivati"*, in *Giustiziaviva.com*, 2016, 79 riteneva l'accordo sui criteri ed il metodo di calcolo «una inutile formalità», atteso che sono, tutto al contrario, numerosi e rilevanti i momenti destinati a esser disciplinati esattamente sulla base dei calcoli condotti con questi metodi e criteri.

¹⁰⁰ F. GRECO, *ibidem*; M. FRANZONI, *La causalità nella responsabilità civile*, in AA. VV., *Il nesso di causalità nel diritto civile e nel diritto penale*, Roma, 2023, 73-88.

¹⁰¹ Sebbene la definizione sia ormai acquisita (F. CAPUTO NASSETTI, *Funzione di copertura parziale di uno swap di pagamenti e mancanza della formula di calcolo del mark to market: la babele continua*, nota a Trib. Milano 13.9.2016, n. 10049, in *Giur. comm.*, 2017, 2, 443 ss.), in giurisprudenza si registra una notevole incertezza sulla qualificazione del Mtm quale elemento del contratto sia pure ritenuto indispensabile per valutarne la razionalità. Cfr. Trib. Torino, 21.10.2021, reperibile in *DeJure*; App. Milano, 25.9.2018, n. 4242, cit., 546 e Trib. Frosinone, 28.2.2023, n. 248 lo riconducono all'oggetto; non così per Trib. Reggio Emilia, 23.2.2023, n. 227; per App. Milano, 27.12.2018, n. 5788, in *ilsocietario.it*, 2019 è irrilevante; mentre per Cass., 29.7.2021, n. 21830, cit. l'omessa enunciazione di tale elemento si traduce nella mancata formazione del consenso.

¹⁰² D. MAFFEIS, *Alea giuridica e calcolo del rischio*, cit., 1099.

¹⁰³ F. CAPUTO NASSETTI, *Causa, alea, mark to market e upfront nei contratti di swap di pagamenti e opzioni sui tassi di interesse*, nota a Collegio arbitrale, 10.2.2015, in *Giur. comm.*, 2016, 2, 299 ss. Tanto ciò vero che il Mtm può assumere un valore negativo o positivo a carico dell'investitore, a seconda dalla diversa distribuzione delle probabilità: e così esprimere una misura squilibrata delle alea, sia al momento della stipula (quindi al tempo zero), sia nel corso dell'esecuzione.

¹⁰⁴ Tale valore è, infatti, determinante al fine i) dell'eventuale chiusura anticipata dello swap, giacché rappresenta la posizione (*rectius* l'esposizione debitoria) assunta da una parte, in un dato momento dell'esecuzione; ii) di verificare la presenza di costi, i quali, ancorché fisiologici, sono inseriti nel valore di partenza negativo del derivato; iii) di valutare la convenienza della rinegoziazione dello swap in perdita effettiva. In tema di essenzialità della clausola di MtM la quale tende a riflettersi sul terreno della causa v. A.A. DOLMETTA, L. S. LENTINI, *Tra «prestazione» e «valore» del mark to market*, cit., 466.



— nel caso in cui i criteri di calcolo delle obbligazioni dovute conducano ad un aumento del costo del finanziamento sottostante¹⁰⁵.

Peraltro, l'indicazione del Mtm appare determinante sia per stabilire il valore del contratto ai fini della legge fallimentare¹⁰⁶ sia per determinare la stima del prodotto derivato ai fini delle scelte di investimento¹⁰⁷, secondo le indicazioni provenienti dalla Consob.

In definitiva, e diversamente da quanto affermato nell'attuale indirizzo pretorio, sono i criteri di calcolo e le stime probabilistiche del rischio a rappresentare elemento caratterizzante la struttura del contratto, giacché rilevanti non (sol)tanto per far conseguire all'investitore la consapevolezza del livello di rischio assunto¹⁰⁸, ma soprattutto per verificare l'adeguatezza del prodotto finanziario al profilo di rischio del cliente.

8. L'incidenza delle informazioni sul profilo causale del rapporto e l'insufficiente requisito della trasparenza per la validità del contratto tra ragionevolezza e adeguatezza dell'operazione.

Qualche notazione critica merita, infine, l'enfasi che accompagna, nelle decisioni, l'impiego del principio di autoresponsabilità del cliente.

È senz'altro vero che educare l'investitore a compiere scelte razionali, tramite informazioni trasparenti, è un imprescindibile presupposto dell'agire nel mercato finanziario con coscienza e razionalità e che, dunque, le informazioni sul profilo di rischio dello strumento consentono all'investitore di formulare un giudizio di convenienza economica del derivato.

E tuttavia, l'inscindibile legame tra conoscenza e volontà¹⁰⁹ non deve portare a ritenere che l'informazione assuma un ruolo prevalente capace, da sola, di indirizzare l'investitore verso scelte "razionali".

Certamente l'intermediario deve assicurare all'investitore, in modo trasparente, che il derivato rispecchi il suo interesse¹¹⁰; nondimeno, la traspa-

¹⁰⁵ A.A. DOLMETTA, L.S. LENTINI, *op. cit.*, 468 (spec. nota 27), confermandone la rilevanza anche nei derivati di copertura.

¹⁰⁶ L'art. 203 TUF prevede l'applicabilità dell'art. 76 l. fall., ove, in mancanza di elementi precisi di determinazione del valore dei contratti, può farsi ricorso al costo di sostituzione (o costo per l'*exit* dall'operazione) il quale può essere, sebbene impropriamente, inteso come il prezzo di mercato dello *swap*.

¹⁰⁷ Cfr. Consob, *Allegato tecnico all'indagine conoscitiva sulle problematiche relative alla diffusione di strumenti finanziari derivati*, VI Commissione Finanza della Camera dei deputati, 12.1.2005. In dottrina F. SARTORI, *Prodotti finanziari illiquidi*, cit., 143. In giurisprudenza cfr. C. Stat., 27.11.2012, n. 5962, in *Giur. comm.*, 2013, 3, II, 357 con nota di F. CAPUTO NASSETTI, *Finalmente un po' di luce in tema di valutazione dei contratti derivati*, ha rilevato che il CTU aveva evidenziato «la difficoltà di un osservatore esterno nel valutare contratti della specie in assenza di complete informazioni sul processo valutativo seguito dall'intermediario stesso» e C. Cost., 18.2.2010, n. 52, in *Contratti*, 2010, 1109. In dottrina G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010, 18-19.

¹⁰⁸ D. MAFFEIS, *Interest rate swap: sezioni unite, prima sezione e copertura razionale*, cit., 1050.

¹⁰⁹ Tra conoscenza e volontà deve esservi un legame radicale, una reciproca implicazione, una «unità sintetica»: S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, 114.

renza, intesa come enunciazione degli elementi del contratto, è condizione necessaria ma non sufficiente a riequilibrare la posizione di debolezza contrattuale dell'investitore¹¹¹. Motivo per il quale il consenso non è un criterio di validità¹¹² del contratto, giacché l'onere di trattare al meglio l'interesse del cliente è spostato tutto sulla banca¹¹³.

Proprio in ragione della consulenza personalizzata, è evidente, infatti, che nella costruzione del regolamento, la componente fiduciaria assuma un carattere prevalente rispetto all'informazione, giacché fonda l'affidamento del cliente sulle capacità professionali dell'intermediario che propone l'investimento, in virtù dei concreti obiettivi finanziari dell'investitore e alla luce del suo profilo di rischio: dati che soltanto l'intermediario può porre al centro di una analisi specifica e personalizzata¹¹⁴.

Supporta tale considerazione il canone della ragionevolezza, là dove sarebbe del tutto irragionevole¹¹⁵ ritenere che, in tale contesto, il cliente possa valutare, proteggere e perseguire da sé i propri interessi¹¹⁶ (giova rammentare che in una delle due Ordinanze il cliente era l'amministratore di una società agricola verosimilmente privo di competenze finanziarie), specie alla

¹¹⁰ D. MAFFEIS, *Trasparenza e spessore del mercato dei derivati over the counter*, in A. GENTILI, R. DI RAIMO (a cura di), cit., 164; ID., *Il cliente deve essere consapevole delle variabili che conformano la rischiosità dello specifico investimento*, in *Società*, 2021, 1417.

¹¹¹ S. PAGLIANTINI, *Dopo le S.U. 8770/2020*, cit., 139. Una condivisibile ricostruzione muove da una intrinseca debolezza dell'informazione finanziaria che condurrebbe ad un approccio rimediabile sempre fallimentare e necessariamente da sostituire tramite regole che impongano l'appropriatezza e l'adeguatezza dello strumento alle esigenze del cliente: così A.M. GAROFALO, *Un anno dopo le Sezioni Unite*, cit., 472 ss. Il ragionamento, muovendo da tali premesse condivisibili, sembra giungere però a soluzioni non del tutto convincenti nella misura in cui torna a dare prevalenza alla trasparenza informativa come attività diretta a semplificare la conoscenza da parte del cliente; sicché la disciplina dell'informazione precontrattuale sarebbe in sé sufficiente a sanare la patologia del contratto (481). Di diverso avviso quella dottrina la quale ritiene fuorviante discorrere di misurabilità del rischio e di razionalità dell'alea giacché siffatto approccio sarebbe utile a ritenere conveniente o meno l'affare nell'ottica del cliente: così A. TUCCI, *I contratti derivati degli enti locali*, cit., *passim*.

¹¹² Neanche se formato a mezzo di informazioni ampie ed esaustive: M. SEMERARO, *Copertura e speculazione: funzioni e disfunzioni dell'interest rate swap*, in *Riv. dir. banc.*, 2013, 27 s.

¹¹³ Al fine di neutralizzare il conflitto, l'intermediario è tenuto, dunque, ad una serie di regole di condotta tese ad illustrare al cliente i rischi relativi allo specifico prodotto; a scomporre il prodotto nelle componenti giustificative degli esborsi connessi al prodotto; a produrre le risultanze di analisi di scenario dei rendimenti tramite simulazioni; ad esplicitare il valore del derivato: cfr. Trib. Milano, 13.2.2014, cit. In dottrina F. SARTORI, *Prodotti finanziari illiquidi*, cit., 168. Sul punto, precisa che l'autoresponsabilità non ha nulla a che fare con le caratteristiche finanziarie dello strumento finanziario D. MAFFEIS, *Interest rate swap: sezioni unite, prima sezione e copertura razionale*, cit., 1052.

¹¹⁴ E. CAPOBIANCO, F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr. impr.*, 2011, 1142 ss.

¹¹⁵ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., *passim*; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2018, 716 s.

¹¹⁶ G. LA ROCCA, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 5.



luce del fisiologico conflitto di interessi insito nella contrattazione *over the counter*¹¹⁷.

Dunque, è proprio la componente fiduciaria del rapporto di intermediazione a suggerire una soluzione differente rispetto a quella che ascrive gli elementi che concorrono a misurare l'alea (Mtm e scenari probabilistici) nell'alveo del profilo informativo cui è tenuto l'intermediario che costruisce ed offre lo strumento di investimento.

Se è vero che tali elementi consentono all'investitore di attuare una scelta «razionale» nel senso di consentire di esprimere un giudizio di apprezzabilità dell'affare¹¹⁸, essi sono innanzitutto clausole essenziali¹¹⁹ dello schema negoziale perché strutturalmente – o, per così dire, fisiologicamente – concorrono a determinare e perfezionare il programma negoziale voluto dalle parti o, meglio, raccomandato da una parte all'altra che lo accetta, sulla base della fiducia nel corretto esercizio della funzione.

Sì che, l'assenza di Mtm e di scenari e modelli di calcolo implica uno statuto dell'invalidità, per indeterminatezza dell'oggetto, capace di assorbire il profilo di responsabilità dell'intermediario per il mancato adempimento degli obblighi informativi ad essi connessi¹²⁰.

Per tale via, la conformità dell'assetto negoziale ai valori del sistema è data - non già dalla mera trasparenza dell'alea quanto - dal giudizio di adeguatezza della struttura¹²¹ alle concrete esigenze del cliente, condotto tramite la verifica degli elementi del rischio nel corso di tutta la durata

¹¹⁷ Cfr. A. GENTILI, *Regolare i contratti finanziari: una questione di approccio*, in *Riv. dir. banc.*, 2025, 206 testo e note.

¹¹⁸ U. MINNECI, *L'operatività in Irs: tra causa tipica, causa concreta e obbligo di servire al meglio l'interesse del cliente*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., 164.

¹¹⁹ S. PAGLIANTINI, *Dopo le S.U. 8770/2020*, cit., 128.

¹²⁰ Così espressamente App. Milano, 25.2.2026, cit. la quale, pur pronunciandosi a breve distanza dalle due Ordinanze, parrebbe prenderne le distanze là dove ritiene che, anche nei derivati di minor complessità, è necessaria l'indicazione degli scenari probabilistici, oltretutto del Mtm.

¹²¹ Il superamento del modello di tutela del cliente basato sugli obblighi informativi derivanti dal canone della trasparenza a favore di un modello basato, invece, sulla obiettiva adeguatezza del prodotto alle esigenze finanziarie del cliente è proposto da A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Tutela del cliente bancario e crisi del paradigma di mera trasparenza*, in A. LUMINOSO (a cura di) *Diritto e crisi*, Milano, 2016, 215. Per una lettura evolutiva del concetto di trasparenza nei mercati finanziari che dall'accezione formale giunge ad una valutazione sostanziale v. L. MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, 2, 80-194. Per una disamina sul tema della trasparenza e dei rapporti tra la regola dell'adeguatezza e la regola dell'appropriatezza condizionanti l'individuazione dei rimedi esperibili per la tutela del cliente e la salvaguardia dell'integrità dei mercati: F. ROMEO, *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3, 2010, 647. In argomento F. DELFINI, *Valutazione di adeguatezza ex art. 40 Reg. intermed., obbligazioni strutturate e derivati di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 3, 296-312. Sull'evoluzione del principio di trasparenza G. BERTI DE MARINIS, *Regolamentazione del mercato finanziario e principio di trasparenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 991 s. Per una recente applicazione del canone in commento dinanzi alla violazione dei doveri informativi e di profilatura v. M. LI POMI, *L'adeguatezza quale parametro integrativo del giudizio di meritevolezza: note a margine di una recente decisione dell'Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Pers. merc.*, 4, 2025, 1307.

dell'investimento e, dunque, alla luce dell'evoluzione del valore, dei costi e degli scenari di *performance* del contratto¹²².

In questa prospettiva, il giudizio di adeguatezza è destinato a svolgere un ruolo essenziale nel controllo di meritevolezza¹²³ - concorrendo¹²⁴ a valutare la misura della protezione giuridica del singolo interesse in comparazione e bilanciamento con quella di altri interessi¹²⁵ - e, al contempo, consente di individuare il rimedio più adeguato a preservare la certezza dei traffici finanziari e la stabilità delle contrattazioni¹²⁶.

L'inadeguatezza dell'operazione alle concrete esigenze del cliente – *id est* la copertura da un rischio e la capacità di tolleranza al rischio¹²⁷ – esclude, infatti, in radice l'operatività del principio di autoresponsabilità¹²⁸ e piut-

¹²² E così, qualora, esemplificando, lo strumento offerto al cliente conduca ad una esposizione debitoria eccessiva e sproporzionata rispetto al suo profilo di rischio - tale da renderlo incapace di far fronte alle perdite generate dall'esecuzione contrattuale e lontano dalla capacità finanziaria del cliente – la violazione della regola di condotta traduce una evidente violazione dei valori che orientano il funzionamento del mercato. Sì che, in tali casi, il programma negoziale confezionato dall'intermediario non può che essere immeritevole. Tale lettura è in linea con l'idea che la disposizione costituisca un limite alla libertà delle parti e che l'intermediario sia un guardiano dell'integrità dei mercati. In argomento D. MAFFEIS, *Dopo le Sezioni Unite: l'intermediario che non si astiene restituisce al cliente il denaro investito*, in *Contratti*, 2008, 558. Nella stessa linea di pensiero si pone l'argomentazione che, nel caso di mancata tutela dell'interesse del cliente e dell'integrità dei mercati da parte dell'intermediario, «l'accesso del risparmiatore al mercato finanziario avviene senza il rispetto delle condizioni pregiudiziali ed imprescindibili richieste dall'ordinamento»: G. LA ROCCA, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche (prime riflessioni)*, cit., 15.

¹²³ Il giudizio di meritevolezza va, infatti, espresso sull'iniziativa concreta, verificando tra l'altro l'adeguatezza dell'atto e degli strumenti adoperati per raggiungere il risultato: P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali*, cit., 73.

¹²⁴ Per i dovuti approfondimenti relativi al collegamento rispetto ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e al fondamento di quest'ultimo v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, IV, cit., 121 ss. Per l'applicazione di tali criteri intesi quali criteri guida per l'interprete v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., 114.

¹²⁵ G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, cit., 717 s.; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., 123 e spec. 142 secondo il quale il bilanciamento di interessi e valori e l'interpretazione degli enunciati non sono attività separabili.

¹²⁶ La correlazione tra le specifiche condizioni di investimento e il profilo di rischio del cliente consente di invocare uno statuto rimediabile prossimo alla inefficacia dell'operazione o all'esclusione del compenso dell'intermediario a seconda che, nella costruzione del regolamento, non si persegua concretamente l'interesse del cliente. La soluzione traduce un'applicazione del principio di proporzionalità quale criterio di controllo degli atti di autonomia, teso a rimediare ad una sproporzione eccessiva e ingiustificata che pregiudica l'equilibrio contrattuale e non già (o non soltanto) l'equilibrio delle prestazioni. Sul rilievo sistematico e interpretativo del principio in discorso e per le sue applicazioni v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2001, 335 s. In argomento A. LEPORE, *Ragionevolezza e proporzionalità delle alee nel contratto non commutativo: gli swap*, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, 603 e ss.

¹²⁷ Cfr. art. 25, co. 2, Dir. 2014/65/UE; art. 54 Reg. n. 2017/565/UE; artt. 40 e ss.; Reg. Intermediari n. 20307 del 2018.

¹²⁸ F. SARTORI, *Prodotti finanziari illiquidi*, cit., 157.



tosto implica l'esperibilità di rimedi caducatori¹²⁹ in favore del cliente, per comporre adeguatamente¹³⁰ l'interesse del singolo con l'integrità dei mercati finanziari.

¹²⁹ A.A. DOLMETTA, L. S. LENTINI, *op. cit.*, 470 e spec. 471. Propone dubbi, in generale, rispetto alla individuata soluzione G. D'AMICO, *La tutela dell'investitore in strumenti finanziari tra regole di validità e regole di responsabilità*, in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali: il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, 59 s. Il rimedio menzionato costituirebbe, invece, il migliore deterrente contro il ripetersi di future condotte abusive da parte dell'operatore professionale per F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S. u.) 19.12.2007, n. 26725*, in *Dir. fall.*, 2008, 1, 31.

¹³⁰ G. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*

AUTONOMOUS VEHICLES AND THE DUTY OF DAMAGE COMPENSATION: HOW LIABILITY REGULATIONS MAY INFLUENCE SELF-DRIVING CARS DEVELOPMENT

| 615

Di Federico Gasparinetti

SUMMARY: 1. *Introduction: Searching for the Legal Regime of Autonomous Vehicles.* – 2. *The Indissoluble Relationship between Liability Rules and Technology Development.* – 2.1. *Focus on Self-Driving Vehicles: How the Regulation of Liability May Affect Their Deployment.* – 2.2. *The Need for an Update: Why Will the Current Liability Rules Not Be Adequate for Accidents Caused by Autonomous Vehicles?* – 3. *The Content and Structure of Directive (EU) 2024/2853 Liability for Defective Products.* – 3.1. *The Relationship between Directive (EU) 2024/2853 and the Artificial Intelligence Act.* – 4. *The Content and Structure of the Directive proposal on AI Liability.* – 5. *Autonomous Vehicles in the current EU Liability Framework: Immediate Effects and Future Developments.* – 6. *An Effectiveness Simulation: Analysis of a Possible Application of Directive (EU) 2024/2853 to Actual Accidents Involving Self-Driving Vehicles.* – 6.1. *The Collision between a Car Operating with Automated Vehicle Control Systems and a Tractor-Semitrailer Truck of 7th May 2016.* – 6.1.1. *Accident Reconstruction.* – 6.1.2. *The Causes of the Crash.* – 6.1.3. *Application Simulation of Directive 2024/2853 to This Incident.* – 6.2. *The Collision between a Vehicle Controlled by a Developmental Automated Driving System and a Pedestrian of 18th March 2018.* – 6.2.1. *Accident Reconstruction.* – 6.2.2. *The Causes of the Crash.* – 6.2.3. *Application Simulation of Directive 2024/2853 to This Incident.* – 6.3. *The Collision between a Sport Utility Vehicle Operating with Partial Driving Automation and a Crash Attenuator of 23rd March 2018.* – 6.3.1. *Accident Reconstruction.* – 6.3.2. *The Causes of the Crash.* – 6.3.3. *Application Simulation of Directive 2024/2853 to This Incident.* – 6.4. *More Recent Cases: Brief Simulations of Directive 2024/2853 Application to Two Accidents That Took Place in 2023.* – 6.4.1. *The Robotaxi Crash with a Fire Truck in San Francisco of 17th August 2023.* – 6.4.2. *The Accident between a Robotaxi and a Woman in San Francisco of 2nd October 2023.* – 7. *Final Remarks.*

ABSTRACT. Il 28 settembre 2022 la Commissione europea ha pubblicato due proposte di direttiva potenzialmente destinate ad incidere sulla disciplina dei veicoli a guida autonoma. La prima, relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi, è stata definitivamente approvata e adottata nell'ottobre 2024 quale Direttiva (UE) 2024/2853. La seconda mirava invece ad armonizzare e adattare le norme sulla responsabilità extracontrattuale alle caratteristiche peculiari delle tecnologie di intelligenza artificiale, ma è stata ritirata dalla Commissione europea all'inizio del 2025. Entrambe le iniziative legislative avrebbero pertanto potuto avere un impatto significativo sui veicoli a guida autonoma, soprattutto se si considera che la ripartizione della responsabilità tra i soggetti coinvolti nella progettazione, produzione, commercializzazione, utilizzo e supervisione di tali veicoli rappresenta ancora oggi una delle principali criticità connesse a queste tecnologie. Si tratta di una questione che deve essere affrontata in modo efficace e in tempi relativamente brevi, affinché venga evitato il rischio di compromettere la futura



diffusione dei veicoli autonomi. Ciò è ancor più vero se si considera che una disciplina della responsabilità civile chiara ed efficace può contribuire ad accrescere la fiducia degli utenti nella tecnologia interessata e, più in generale, nel relativo mercato. Per tali ragioni, l'esame sia della Direttiva (UE) 2024/2853, sia della proposta di direttiva, successivamente ritirata, in materia di responsabilità extracontrattuale appare particolarmente attuale e rilevante nell'ambito degli approfondimenti giuridici concernenti le driverless cars, specie in considerazione della circostanza che – con riferimento a tale seconda iniziativa legislativa – interventi legislativi aventi natura analoga sono estremamente rari e che è ragionevole ritenere che eventuali future iniziative dell'Unione Europea volte a disciplinare la responsabilità civile nel settore dell'intelligenza artificiale saranno verosimilmente ispirate, almeno in parte, ai medesimi principi e alla medesima struttura normativa. Nella seconda parte del presente contributo si tenterà di simulare l'applicazione della Direttiva (UE) 2024/2853 ad incidenti che coinvolgono veicoli parzialmente o totalmente autonomi.

On 28th September 2022 the European Commission published two new Directive proposals potentially impacting autonomous vehicles. The first one, concerning the liability for defective products, was formally approved and adopted in October 2024 as Directive (EU) 2024/2853. The second one had the goal to harmonize and adapt non-contractual civil liability rules to the specific features of such technologies, but was withdrawn at the beginning of 2025 by the European Commission. Both proposed sources of law could therefore have had a great impact on driverless cars, especially if we consider how the division of liability among the subjects involved in driverless car production, trade, use and supervision is, as of today, one of the biggest issues related to such technologies. This is a problem that must be solved in an efficient manner and in a relatively short period of time lest the future deployment of autonomous vehicles be jeopardized. This is particularly true if we duly take into account how a proper liability regulation of a particular technology increases users' trust in the latter as well as in the relevant market. For these reasons, an examination of both Directive 2024/2853 and of withdrawn Directive proposal on non-contractual civil liability in relation to driverless vehicle technologies seems to be especially timely and important for legal analyses of autonomous cars, also considering, with specific regard to the latter, that comparable legislative initiatives are rare and that it is reasonable to assume that any future European initiatives aimed at regulating civil liability in the field of artificial intelligence will likely be based, at least in part, on similar principles and structures. In the second part of this article an attempt is made to simulate the application of Directive 2024/2853 to accidents involving partially or fully automated vehicles.

1. Introduction: Searching for the Legal Regime of Autonomous Vehicles.

A future full of driverless cars is much closer than one might think. In fact, technology and scientific research are advancing expeditiously, supported also by a great deal of interest from industry, which sees this new form of transport as a revolutionary business opportunity¹.

As the legal literature has been highlighting for some years now, the legal issues related to autonomous vehicles are many and varied, not least in relation to liability for damage caused by such technologies.

Consequently, it is necessary to (quickly) provide a clear legal scenario that foresees who is liable for damage caused by an autonomous vehicle².

On 28th September 2022, the European Commission published the following two Directive proposals: the Directive on liability for defective products³ and the Directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (so called AI Liability Directive)⁴.

¹ Several studies have attempted to forecast the timeframe for the introduction and widespread diffusion of fully autonomous vehicles (*i.e.*, vehicles capable of operating without any need for human intervention), however, as of today, no definitive dates can be established. This uncertainty is mainly due to a number of different factors that must be carefully considered: outstanding scientific and technological challenges, the necessity to ensure coexistence with conventional vehicles, still unresolved legal, regulatory, but also ethical issues, cultural peculiarities, as well as the still ongoing definition of universally accepted safety standards. Particularly, these latter two aspects may lead to considerable disparities in the timing and modalities of the introduction of driverless vehicles across different jurisdictions. For instance, in the United States – as will also be observed later in this article – autonomous taxis operating without a human driver are already in use, whereas their commercial deployment is currently not permitted within the European Union.

Research in this field is vast and growing, and the forecasts on the timeline for mass adoption of autonomous vehicles often vary considerably from one study to another. Some examples of such analyses are, *e.g.*, reported below: according to D. MILAKIS/M. SNELDER/B. VAN AREM/B. VAN WEE/G. HOMEM DE ALMEIDA CORREIA, *Development and transport implications of automated vehicles in the Netherlands: Scenarios for 2030 and 2050*, in *European Journal of Transport and Infrastructure Research*, 2017, vol. 17, no. 1, 63-85, fully automated vehicles should be commercially available between 2025 and 2045, instead according to C.-Y. CHAN., *Advancements, prospects, and impacts of automated driving systems*, in *International Journal of Transportation Science and Technology*, 2017, vol. 6, 208-216, the current decade shall be characterized by very meaningful developments in automated driving system technology. Interesting is also the analysis on the perspectives of the future development of SAE Level 4 automation public on the SAE International website: B. VISNIC, *Hopeful but closer scrutiny for SAE Level 4 automation*, 25.10.2022, < <https://www.sae.org/news/2022/10/the-autonomous-level-4-horizon> > (27.11.2024). See also K. WEIGL/D. EISELE/ A. RIENER, *Estimated years until the acceptance and adoption of automated vehicles and the willingness to pay for them in Germany: Focus on age and gender*, in *International Journal of Transportation Science and Technology*, 2022, vol. 11, no. 2, 216-228.

² Correctly, S. BORGES, *Liability for Autonomous Systems*, in G. BORGES/ C. SORGE (eds.), *Law and Technology in a Global Digital Society*, Cham-Switzerland, 2022, 52, points out that this subject is “due to its immense practical relevance, justifiably at the centre of current legal discussion.”.

³ COM (2022) 495.

⁴ COM (2022) 496.



As this brief article will show in more detail, these two Directive proposals reflected the desire of the European legislator to support the spread of new technologies equipped with artificial intelligence systems (AI systems) through the enactment of rules aimed at regulating the various aspects of their use, related liability, and other legal aspects linked to these new tools.

Nevertheless, since the time of their issuing, the two Directive proposals have experienced different fates: the Directive proposal concerning the liability for defective products has been formally approved and adopted in October 2024 as Directive (EU) 2024/2853⁵, whereas the Directive proposal on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence was withdrawn by the European Commission at the beginning of 2025.

By means of Directive (EU) 2024/2853, Directive 85/374/EEC⁶ has been repealed⁷. Such replacement is made necessary by the fact that, since the adoption of the 1985 Directive, there have been significant changes in the way products are produced, distributed and operated.

Particularly, the 1985 Directive was inspired and related to products and technologies of the 1970s and 1980s. Moreover, when the 1985 Directive was adopted, the manufacturer-product relationship was significantly different than that between the producer of an autonomous vehicle – and of any product equipped with an AI system – and this technology⁸.

With the spread of AI systems, the type of control that the manufacturer can have over the use of the “smart” product has changed, there is new potential for external elements to influence it and, in addition, new parties are involved, such as software developers and operators⁹.

Manufacturers may probably have the control on the products not only when they put them on the market, but also later when they have already been used by the customers, thus creating a new user-product-producer relationship¹⁰. On the other hand, the product may now “behave” in a way that the manufacturer could not foresee.

Furthermore, subjects involved are not only the manufacturer and the user anymore, but also operators who shall control the general vehicle use¹¹. Moreover, there may also be public authorities and private bodies who manage the infrastructure and the data exchange between the latter and the sin-

⁵ dir. 2024/2853/EU of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on liability for defective products and repealing Council Directive 85/374/EEC, published on 18th November 2024 (OJ L, 2024/2853, 18.11.2024) and that according to its art. 22 shall transposed by the Member States within 9th December 2026.

⁶ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, OJ L 210, 7.8.1985, 29-33. In some documents also referred to as “PLD”.

⁷ art. 21, dir. 2024/2853/EU.

⁸ See more in detail in the following sections.

⁹ S. LI/M. FAURE/K. HAVU, *Liability Rules for AI-Related Harm: Law and Economics Lessons for a European Approach*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2022, vol. 13, no. 4, 618.

¹⁰ L. MACHNIKOWSKI, *Producers’ Liability in the EC Expert Group Repot on Liability for AI*, in *Journal of European Tort Law*, 2020, vol. 11, no. 2, 139-140.

¹¹ S. BORGES, *op. cit.*, 54.

gle car¹². This leads to the emergence of more complex and intersecting relationships. Distributing proportionate liability between the different parties involved in designing and manufacturing driverless cars' physical and digital elements as well as in controlling the relevant services and infrastructures will be a particularly hard task¹³. Therefore, there is the need to modernise the rules concerning the manufacturers' liability for defective products.

The Artificial Intelligence (AI) Liability Directive proposal was instead based on the assumption that products and technologies need to be provided with a specific discipline on liability and that it is necessary to harmonise as quickly and comprehensively as possible national AI liability norms.

By means of these two Directives the European Commission aimed to: (i) modernise liability rules for circular economy business models by creating clear and fair liability rules; (ii) modernise liability rules for products in the digital age; (iii) create a more level playing field between EU and non-EU manufacturers and (iv) grant that consumers stay on an equal footing with manufacturers¹⁴.

More in general, the Commission adopted the abovementioned proposals aiming to adapt liability rules to the digital age, circular economy and the impact of global value chains. At the same time, it is clear that in order to reach those goals and to support the spread of AI technologies it is necessary to grant to those who were damaged by the same technologies an easy and sure access to redress¹⁵.

This article will be structured as follows. After this introduction, section 2 will have as its object an analysis of the relationship between technology development – and particularly automotive development – and liability regulations, aiming at understanding how the latter may influence scientific progress and if a certain product will or will not succeed on the market and in society. After that, an investigation on the *status quo* takes place. The purpose is to understand if current norms are already suitable for autonomous vehicles and to examine the reasons why a regulatory update may or may not be necessary.

Sections 3 and 4 represent this article's heart and focus on the analysis of the content, respectively of the Directive (EU) 2024/2853 on liability for defective products and of the withdrawn Directive proposal on AI liability.

Subsequently there will be a description of the possible influence of the two regulations (the adopted one and the withdrawn one) on autonomous

¹² A. F. SCALES, *Not So Fast: A Brief Plea for Muddling Through the Problems of Autonomous Vehicle Liability*, in *J. Tort Law*, 2020, vol. 13, no. 2, 192. See also J.-A. PATTINSON/H. CHEN/S. BASU, *Legal issues in automated vehicles: critically considering the potential role of consent and interactive digital interfaces*, in *Humanit. Soc. Sci. Commun.*, 2020, vol. 7., no. 153, 2.

¹³ K. NOUSSIA, *Autonomous Vehicles: Legal Considerations and Dilemmas*, in P. MARANO e K. NOUSSIA (eds.), *InsurTech: A Legal and Regulatory View*, Cham-Switzerland, 2020, 256.

¹⁴ European Commission press release “New liability rules on products and AI to protect consumers and foster innovation”, 28th September 2022, available at the following link: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5807> (20.01.2023).

¹⁵ See the European Commission press release, *op. ult. cit.*



vehicles deployment as well as a consideration of the other possible legal developments in this field (section 5).

As will be stated more specifically later, the decision to offer an analysis also of the withdrawn Directive proposal on non-contractual civil liability is due to the following consideration: first of all it seems that legislative initiatives are rare and therefore in any case the Directive proposal represents an important source for legal reflection; secondly, it is reasonable to assume that any future European initiatives aimed at regulating civil liability in the field of artificial intelligence will likely be based, at least in part, on similar principles and structures.

In section 6, the application of Directive (EU) 2024/2853 will be hypothesised in relation to accidents involving partially autonomous vehicles that actually occurred in the United States. Section 7 proposes some final remarks.

The central thesis of this article is that the legal regulation of civil liability is not merely a mechanism for allocating the economic consequences of accidents, but one of the decisive factors influencing the development, public acceptance and market deployment of autonomous vehicles. In other words, liability rules should not be regarded solely as *ex post* instruments of compensation, but also as *ex ante* regulatory tools capable of shaping technological innovation, consumer confidence and industrial investment. From this perspective, Directive (EU) 2024/2853 should represent an important step towards the modernization of European product liability law and contribute to creating a more favorable legal environment also for autonomous driving technologies. Nevertheless, this article argues that the Directive alone cannot provide a complete and coherent legal framework for autonomous vehicles. The withdrawal of the proposed AI Liability Directive, together with the risk of divergent national implementations and the emergence of fragmented domestic regulations, leaves significant legal uncertainty. For these reasons, it is submitted that, once autonomous vehicles reach sufficient technological maturity, the European Union should move beyond the current legislative framework and adopt a dedicated and directly applicable regulation specifically governing autonomous driving technologies. Such an instrument would not only enhance legal certainty and ensure a more consistent allocation of liability across Member States, but would also strengthen public trust, stimulate investment and research, and ultimately facilitate the safe and effective deployment of autonomous vehicles throughout the European Union.

What this article will not cover, instead, is the possible division of liability between manufacturer and user (or owner) of an autonomous vehicle in case of damage to third parties, *i.e.* what the consequences in terms of damage compensation for an accident involving a driverless car are. In this case specifically the question is how the current discipline, that provides for a strict liability of the owner and will regulate the user's responsibility, will be applied.

The widespread inquiry among legal scholars is in particular whether a liability of the user of the vehicle will still remain in the case he or she did

not regain control of the vehicle or in any case could have avoided a specific accident.

This legal problem is certainly one of the greatest challenges for the legislator, but it is a topic that will be only partially examined in this article with reference to those aspects that are relevant to the main issue under investigation here.

2. The Indissoluble Relationship between Liability Rules and Technology Development.

The two Directive proposals and their explanatory memorandums proved that the Commission is perfectly aware of the central importance of a clear and specific liability regulation for the AI technologies, and therefore also for autonomous vehicles, to be successful.

More in detail, users need to be previously informed about their possibilities to be compensated if they suffer certain damage because of a product, otherwise such a product will have very poor possibilities to succeed on the market.

This is particularly true for AI technologies and driverless cars in light of the fact that the machine-human relationship is drastically changing and the decision-making power of the user is exponentially reduced. For AI technologies to be successful, people have to trust them¹⁶.

By way of example, we can find a confirmation of this idea in a survey conducted by the European Commission in 2020 and according to which liability for damage is one of the most relevant obstacles for companies interested in AI technologies that have not adopted them yet¹⁷.

The process to achieve this trust is much more complex than it may seem, but the European legislator has certainly taken some steps in the right direction with the regulatory measures under comment here.

Studying the various normative and analytical texts proposed by the European institutions, one perceives the existence of a chain of logically connected and mutually dependent concepts: to make a certain technology or

¹⁶ This idea has been expressly confirmed also by the European Commission in the person of Vice-President for Values and Transparency, Mrs. Věra Jourová, according to which: “We want the AI technologies to thrive in the EU. For this to happen, people need to trust digital innovations. With today’s proposal on AI civil liability we give customers tools for remedies in case of damage caused by AI so that they have the same level of protection as with traditional technologies and we ensure legal certainty for our internal market.” European Commission press release, *op. cit.*

See also J. STILGOE, *Can driverless vehicles prove themselves safe?*, in *Issues in Science and Technology*, 2020, vol. 37, no. 1, 12-14. The same Author, together with D.H. GUSTON, carries out a valuable exploration of the relationship between public engagement, scientific innovation and regulation in Responsible Research and Innovation, in U. FELT/ R. FOUCHÉ/ C.A. MILLER/ L. SMITH-DOERR (eds.), *The Handbook of Science and Technology Studies*, IV ed., The MIT Press, Cambridge-USA, 2016, 868-896.

¹⁷ European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, *European enterprise survey on the use of technologies based on artificial intelligence: final report*, Publications Office, 2020, <<https://data.europa.eu/doi/10.2759/759368>> (23.01.2023), 58-60.



product successful, it is essential to ensure its potential users have confidence in it; to ensure that they have confidence in it, it is essential to give them the guarantee of the existence of clear rules on its manufacturing and use, and reliable means of compensation in the event of damage. No one will use a self-driving car if he or she believes they may not be compensated in the event of an accident due to a technological malfunctioning.

The importance of a European regulation with a clear and comprehensive structure in this field has also important economic and competitive implications. In fact, it is crucial to create a functioning legal ecosystem so as to incentivise the deployment of self-driving vehicles in Europe and thus the related scientific research and European companies active in this field.

This is even more true at a time like the present when a key competitor such as the United States does not have a definitive and unified legal framework; on the contrary, in the U.S. there is currently an overlapping system of state and federal regulations¹⁸ which may stand in the way of the evolution of these technologies.

Another aspect that needs to be taken into consideration when analysing civil liability lies in the question of the actual applicability to AI systems of the current liability rules.

Simplifying the principles behind the current legislation as much as possible, if a machine, due to malfunctioning, injures the user or a third party, liability falls on the person who manufactured it, unless specific exceptions apply¹⁹.

Such principles cannot be simply applied to artificial intelligence systems as well. On the contrary, it should be considered how such principles should be adapted to the characteristics of the abovementioned systems that can “behave” also independently and differently from the instructions initially provided²⁰.

In fact, AI algorithms may have a certain degree of autonomy from their initial programming and can improve or in any case change their functioning through the data they collect and process²¹. In this way AI systems,

¹⁸ M.L. KUBICA, *Autonomous Vehicles and Liability Law*, in *Am. J. Comp. Law*, 2022, vol. 70, no. supplement 1, 43-47; BURD J.T.J., *Regulatory Sandboxes for Safety Assurance of Autonomous Vehicles*, in *U. Pa. J. L. & Pub. Affairs*, 2021, vol. 7, no. 1, 196.

¹⁹ See also A. BERTOLINI e M. RICCABONI, *Grounding the case for a European approach to the regulation of automated driving: the technology-selection effect of liability rules*, in *European Journal of Law and Economics*, 2021, vol. 51, 249-250.

²⁰ E. MARCHISIO, *In support of “no-fault” civil liability rules for artificial intelligence*, in *SN Soc Sci*, 2021, vol. 1, no. 54, 2.

²¹ See, among others, the *Artificial Intelligence definition provided by the Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence set up by the European Commission*, in *A Definition of AI: Main Capabilities and Disciplines*, 8 April 2019, 6: “Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal. AI systems can either use symbolic rules or learn a numeric model, and they can also adapt their behaviour by analysing how the environment is affected by their previous actions. As a scientific discipline, AI includes several approaches and techniques, such as machine learning (of which deep learning and reinforcement learning are specific examples), machine reasoning (which includes

thanks to their high degree of autonomy, may also learn, adjust and take decisions they were initially not expressly programmed for²². This can result in constant improvement of the technology itself, but also – at least potentially – in errors that can cause material and non-material harm²³ and that could not have been foreseen when the product was placed on the market.

Based on the above, it should be assessed whether an increase of producer responsibility also increases investments in safer products and services that use AI systems²⁴.

Such question has no easy answers. In fact, this may not be the case since it is possible that the use of the traditional civil liability paradigm may not cause safety and quality improvements, but only less tendency to invest and develop these technologies²⁵.

Current civil liability rules assume that the producer can or could have used normal diligence foreseeing the harmful event. Such prediction by the producer may instead not be possible with AI systems which may develop unpredictable and different actions from the initial settings.

Consequently, the risk is that the application of the abovementioned rules to this kind of new technologies may “expose producers and programmers to unpredictable and potentially unlimited claims for civil liability, with no possibility of reducing the risks by increasing investments in safety”²⁶, resulting in a disincentive to investment and thus to research and development in this field and consequently the loss of all its benefits for the community.

At the same time, there are practical difficulties in identifying a responsible subject with respect to certain damage due to the simultaneous presence of numerous (and autonomous) parties in the procedures that bring an AI system to the market. Moreover, there is the circumstance – as mentioned above – that the process that brings an AI system to make a certain decision may be (at least partially) unpredictable at the time of its initial settings and opaque at the time of an *ex-post* control.

Based on the above, we can agree that risk allocation for autonomous vehicles and other AI systems represents a particularly difficult challenge²⁷.

Another possible problem is represented by the current absence of a uniform definition of Artificial Intelligence²⁸, which at the moment can take a

planning, scheduling, knowledge representation and reasoning, search, and optimization), and robotics (which includes control, perception, sensors and actuators, as well as the integration of all other techniques into cyber-physical systems).”

See also J. BURRELL, *How the machine “thinks”: Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, vol. 3, no. 1, 5.

²² E. MARCHISIO, *op. cit.*, 6-8; S. LI/M. FAURE/K. HAVU, *op. cit.*, 619; NOUSSIA K., *op. cit.*, 256.

²³ S. LI/M. FAURE/K. HAVU, *op. cit.*, 619.

²⁴ See, e.g., M. WANSLEY, *The End of Accidents*, in *UC Davis Law Review*, 2021, vol. 55, issue 1, 272, according to which “liability rules will influence how much AV companies invest in developing safer technology”.

²⁵ E. MARCHISIO, *op. cit.*, 5-8.

²⁶ E. MARCHISIO *op. cit.*, 9.

²⁷ S. LI/M. FAURE/K. HAVU, *op. cit.*, 620.

²⁸ A first attempt at this was made by the European Union by means of the Reg. EU 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13th June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations EC 300/2008, EU



growing variety of forms²⁹, thus makes it even harder to create an adequate legal framework. Liability regulation has indeed to take into account such variety and the legislator has the difficult task of providing regulations both generally applicable in a uniform way and simultaneously able to provide for different applications on a case-by-case approach.

Finally, I agree with that scholarship³⁰ that has correctly observed how the definition – already very complex – according to which rules that balance the different interests at stake (such as consumer safety on the one hand, avoiding investment disincentivizing on the other) have to also consider elements outside the strictly legal world.

In determining the actual effectiveness of certain legal provisions, it is necessary to consider, much more today than in the past, the competitive relationship that may exist with other markets and legal orders.

Consequently, while no economic choice can justify compromising the safety of users, legislators cannot disregard the need to protect businesses and the relevant market under their jurisdiction.

Accordingly, the rules governing the liability of AI system manufacturers and programmers will also have to take into account the need to prevent the creation of a competitive disadvantage in favour of other jurisdictions more responsive to companies' and developers' needs.

2.1. Focus on Self-Driving Vehicles: How the Regulation of Liability May Affect Their Deployment.

The obstacles to the deployment of self-driving vehicles can be far more numerous on the legal, social and ethical levels³¹ than on the scientific and technical ones.

Such difficulties have already been studied by several scholars from various points of view³². The result is that, as of today, an important part of the population unwilling to use an autonomous vehicle, essentially due to fear³³.

167/2013, EU 168/2013, EU 2018/858, EU 2018/1139 and EU 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, 2016/797/EU and 2020/1828/EU (Artificial Intelligence Act), of 12th July 2024 (OJ L, 2024/1689, 12.7.2024) and that shall apply from 2nd August 2026. In this Regulation is it foreseen at art. 3, nr. 1, that an "AI system" "means a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptive-ness after deployment, and that, for explicit or implicit objectives, infers from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments".

²⁹ J. LEE, *Artificial Intelligence and International Law*, Singapore, 2022, 7.

³⁰ E. MARCHISIO, *op. cit.*, 9.

³¹ See, e.g., the analysis carried out by B. LUNDGREN, in *Safety requirements vs. crashing ethically: what matters most for policies on autonomous vehicles*, in *AI & Society*, 2021, vol. 36, 405-415, and by J. LEE, *op. cit.*, 63-72. See also K. NOUSSIA, *op. cit.*, 260; S. LANDINI, *Ethical Issues, Cybersecurity and Automated Vehicles*, in P. MARANO/K. NOUSSIA (eds.), *InsurTech: A Legal and Regulatory View*, Cham-Switzerland, 2020, 301-305.

³² T. GILL, *Blame It on the Self-Driving Car: How Autonomous Vehicles Can Alter Consumer Morality*, in *Journal of Consumer Research*, 2020, vol. 47, issue 2, 272 and 286; A. SHARIFF/ J.-F. BONNEFON/I. RAHWAN, *Psychological roadblocks to the adoption of self-driving vehicles*, in *Nature Human Behaviour*, 2017, vol. 1, 694.

From a first, cursory reading this reluctance to adopt the abovementioned technologies may sound inconsistent. In fact, from a statistical point of view the number of accidents caused by a malfunction of artificial intelligence systems will probably be very low and for sure much lower than those caused by human mistakes³⁴.

However, we have to observe this phenomenon considering not only the scientific and statistical data, but also emotional and psychological issues, which have a great influence on customers' decisions.

This is especially true if we consider the risks naturally connected with driving and the fact that with autonomous cars the user accepts to grant – at least theoretically – a “heavy robot travelling at speed in an uncertain, uncontrolled environment”³⁵ the power to decide on his or her life or his or her loved ones’.

A preliminary clarification is warranted in this context: the concerns addressed in these pages do not primarily pertain to partially autonomous vehicles³⁶ – which are already in operation and can, at any moment, be brought back under human control – but rather to fully autonomous vehicles. It is with respect to the latter that the “reluctance to use” discussed herein is expected to be markedly more pronounced.

Driverless vehicles probably represent the first case of a mass-distributed technology that will require a transfer of decisional power from a human driver to an autonomous agent and this causes anxiety and fear³⁷ that need to be overcome in order to support the deployment of the technology itself. As pointed out, “autonomous vehicles are a disruptive technology that have the potential to change what is now our conventional understandings of a product, mobility, ownership and security. In other words, rollout and mass

³³ A. SHARIFF/ J.-F. BONNEFON /I. RAHWAN, *op. cit.*, 694, point out that “the biggest road-blocks standing in the path of mass adoption may be psychological not technological”.

³⁴ See *infra*. M. WANSLEY, *op. cit.*, 271-272 and 279; K. NOUSSIA, *op. cit.*, 253; S. LANDINI, *op. cit.*, 300-301.

³⁵ J. STILGOE, *How can we know a self-driving car is safe?*, in *Ethics and Information Technology*, 2021, vol. 23, 640; ID., *Can driverless vehicles prove themselves safe?*, *op. cit.*, 12.

³⁶ It is recalled that partially autonomous vehicles have already been on the market for a number of years and that they assist the driver (not substitute him or her) allowing longitudinal and lateral control. With regard to partially autonomous vehicles spread, users' attitude towards them and their influence on human behaviour there have already been multiple studies, see, among them, R. LIN/L. MA/W. ZHANG, *An interview study exploring Tesla drivers' behavioural adaptation*, in *Applied Ergonomics*, 2018, vol. 72, 37-47; T. VOGELPOHL/M. KÜHN/T. HUMMEL/M. VOLLRATH, *Asleep at the automated wheel – Sleepiness and fatigue during highly automated driving*, in *Accident Analysis & Prevention*, 2019, vol. 126, 70-84; N. DU/X.J. YANG /F. ZHOU, *Psychophysiological responses to takeover requests in conditionally automated driving*, in *Accident Analysis & Prevention*, 2020, vol. 148; S. YANG/J. KUO/M.G. LENNÉ, *Effects of Distraction in On-Road Level 2 Automated Driving: Impacts on Glance Behavior and Takeover Performance*, in *Human Factors*, 2021, vol. 63, no. 8, 1485-1497; S. NORDHOFF/J.D. LEE/C.C. CALVERT/ S. BERGE/M. HAGENZIEKER/R. HAPPEE, *(Mis-)use of standard Autopilot and Full Self-Driving (FSD) Beta: Results from interviews with users of Tesla's FSD Beta*, in *Frontiers in Psychology*, 2023, vol. 14, and J. STILGOE, *Self-driving cars will take a while to get right*, in *Nature Machine Intelligence*, 2019, vol. 1, no. 5, 202-203.

³⁷ T. GILL, *op. cit.*, 286.



adoption of autonomous vehicles are not another upgrade or improvement of the traditional product of the automotive industry, a vehicle, but rather a qualitatively new product”³⁸.

For this reason, it is necessary people trust vehicles equipped with AI systems and therefore capable of taking decision on their own, being trust crucial for the adoption of automated driving technologies. In other words: “[a]chieving the bright future promised by autonomous vehicles will require overcoming the psychological barriers to trust”³⁹.

Building trust in new technologies is not an easy and quick task: it is first of all necessary to understand which are the requirements to reassure people on the technology’s safety and how it can be granted, proved and improved, considering also that sooner or later autonomous vehicles will have to be brought to the market, and the more they spread, the more data will be available making it possible to detect the vehicles’ defects so that they can be solved to increase vehicle safety.

In fact, even if rigorous pre-market testing rules certainly have to be issued⁴⁰, with the initiation of driverless cars’ use not all road risks will be immediately eliminated⁴¹, Companies and vehicle developers have and will have to select a hierarchical scale of risks that they want to avoid or at least reduce⁴² but safety in the use of autonomous vehicles will only increase as their use grows.

Consequently, while it cannot be assumed that a riskless technology will be offered on the market, at the same time for said technology (and its benefits) to be successful it is necessary both that these risks be minimized and that the relevant users be induced to trust it. This second element represents a particularly insidious obstacle if we take into account that in the first phase of driverless car use it will be hard to know how safe autonomous vehicles will effectively be because of the fact that people usually are less willing to accept risks from modes of transport they cannot control⁴³. Consider for ex-

³⁸ K. NOUSSIA, *op. cit.*, 258.

³⁹ A. SHARIFF/J.-F. BONNEFON/I. RAHWAN, *op. cit.*, 694. This “passage” is by no means simple; the survey and analysis conducted by K. WEIGL/D. EISELE /A. RIENER, *op. cit.*, 216-228, are interesting in this regard. In such article the authors observed that their “first statistical analyses revealed that Avs at SAE level L3 (conditional automation) are estimated to be accepted and adopted by people in Germany in about 10 years and Avs at SAE level L5 (full automation) in about 20 years”.

See also K. WEIGL/C. SCHARTMÜLLER/A. RIENER/M. STEINHAUSER, *Development of the Questionnaire on the Acceptance of Automated Driving (QAAD): Data-driven models for Level 3 and Level 5 automated driving*, in *Transportation Research Part F: Traffic Psychology and Behaviour*, 2021, vol. 83, 42-59; P. PENMETS/A. KOFI ADANU/D. WOOD/T. WANG/L.J. STEVEN, *Perceptions and expectations of autonomous vehicles – A snapshot of vulnerable road user opinion*, in *Technological Forecasting and Social Change*, 2019, vol. 143, 9-13, and P. PENMETS/P. SHEINIDASHTEGOL/A. MUSAEV/E. KOFI ADANU/M. HUDNALL, *Effects of the autonomous vehicle crashes on public perception of the technology*, in *IATSS Research*, 2021, vol. 45, no. 4, 485-492.

⁴⁰ J.T.J. BURD, *op. cit.*, 205.

⁴¹ K. NOUSSIA, *op. cit.*, 253.

⁴² J.T.J. BURD, *op. cit.*, 198.

⁴³ J. STILGOE, *op. cit.*, 636. This is a problem felt by scholars of all different legal systems, as also proved, *ex multis*, by S. PETTIGREW, in *Why public health should embrace the autonomous car*, in *Australian and New Zealand Journal of Public Health*, 2017, vol. 41, no.

ample – *mutatis mutandis* – the fear of flying: it is common in a significant proportion of the population even though statistics show that air travel is significantly less dangerous than car travel.

Moreover, trust should not only be referred to driverless cars, but to the whole system that governs them, being it necessary that users' trust "go beyond" the simple mechanic and electronic performance of the vehicle⁴⁴. Otherwise, the rollout and success of autonomous vehicles (and of their unquestionable benefits for safety, traffic management, facilitating mobility for individuals otherwise deprived of transportation means and the environment)⁴⁵ will be endangered, regardless of the AI system's quality and efficiency.

Only after gaining the public's trust in autonomous vehicles, will it be possible for the companies active in the field to optimize their features⁴⁶ and thus also make vehicles more affordable for consumers.

One of the key elements necessary to build trust is a clear liability regulation, the sole instrument, that, if well-structured, is able to ensure compensation⁴⁷. And if a subject knows that one will be compensated if one suffers harm because of a certain product, one will be more likely to feel comfortable using it (*e.g.*, the knowledge that there are solvent entities such as insurance companies that will indemnify the victims of vehicle damage fosters citizens to use them despite a statistically well-founded fear of a possible accident).

Moreover, driverless cars will not eliminate traffic accidents and the resulting personal injuries and property damage. Errors by such technologies have to be taken into account, considering that a technology as complex as driverless vehicles in all likelihood will never be zero-risk⁴⁸.

1, 5-7. In this article, at p. 5, the author states that: "The disruptive technological advances associated with the advent of Avs vehicles may be overshadowed by the enormous social changes that will accompany a transition to a world in which humans relinquish control of their vehicles to artificial intelligence."

⁴⁴ J. STILGOE, *op. cit.*, 645. With regard to the crucial importance of establishing trust see also N. ADNAN, *Exploring the future: A meta-analysis of autonomous vehicle adoption and its impact on urban life and the healthcare sector*, in *Transportation Research Interdisciplinary Perspectives*, 2024, vol. 26.

⁴⁵ N. ADNAN, *op. cit.*, 16, observes that: "Autonomous vehicles (Avs) represent a seismic shift in transportation that promises to reshape urban life, revolutionize mobility, and set new safety standards. Beyond mere transportation, their transformative potential extends to industries as diverse as healthcare and shipping services. These vehicles operate autonomously, free from direct human control, marking a pivotal milestone in the evolution of transportation." See also S. PETTIGREW, *op. cit.*, 5-7 and C.-Y. CHAN, *op. cit.*, 208-216.

⁴⁶ J.T.J. BURD, *op. cit.*, 225.

⁴⁷ A. BERTOLINI/M. RICCABONI, *op. cit.*, 244 and 280.

⁴⁸ J.T.J. BURD, *op. cit.*, 199; J. LEE, *op. cit.*, 39; W. BIEVER/L. ANGELL/S. SEAMAN, *Automated Driving System Collisions: Early Lessons*, in *Human Factors*, 2020, vol. 62, no. 2, 249-259.

Accidents involving partially or fully autonomous vehicles have indeed occurred, particularly in areas where such technologies are more widely deployed, such as the United States of America. A short selection of these incidents will be examined in greater detail in the final section of this article.



This is particularly true if we observe that autonomous driving systems will physiologically need some years to be improved, during which some accidents due to the systems' failures will take place.

Furthermore, the higher the level of technology (and thus when autonomous driving systems are left more room and human intervention less), the greater the consequences of any errors by the driving system itself. Therefore, the need for safety will increase as the automation level of driverless vehicles grows⁴⁹.

Autonomous vehicles' failures can theoretically affect many aspects of AI driving systems: there could, for instance, be perception and communication errors, as well as AI system decision and action errors which could cause damage to the vehicle's user or to other people⁵⁰.

Considering that it is practically impossible to introduce a perfect driving technology (neither the "classic" vehicles currently in use are so) to the market, it is important to guarantee people's safety and when this is not possible, to ensure their right to be compensated, by identifying the liable subjects and proving clear norms to claim the damage compensation.

As seen above, safety is a central element in contemporary society, especially in the context of using a tool that by its nature is at least potentially dangerous⁵¹. Guaranteeing safety is one of the key factors for autonomous vehicles development⁵² and in cases where safety cannot be ensured there must be certainty that there is liability of the subject who caused the damage.

If the goal of building users' confidence in autonomous driving technologies will not be achieved, it will be much more difficult to disseminate them and for community members to then enjoy all of their benefits in terms of first and foremost safety, but also, *inter alia*, pollution, better traffic management, spread of transport options for those unable to drive.

In light of the above, it is in fact undeniable that the possibility that the abovementioned driverless cars benefits and advantages be effective is "in-

⁴⁹ J. WANG/L. ZHANG/ Y. HUANG/J. ZHAO, *Safety of Autonomous Vehicles*, in *Journal of Advanced Transportation*, 2020, 3-4.

⁵⁰ J. WANG/ L. ZHANG/ Y. HUANG/ J. ZHAO *op. ult. cit.*, 4-6.

⁵¹ G. CALABRESI/E. AL MUREDEN, *Driverless cars*, Bologna, 2021, 29-31 and 56-74.

⁵² J. LEE/D. LEE/Y. PARK/ S. LEE/T. HA, *Autonomous vehicles can be shared, but a feeling of ownership is important: Examination of the influential factors for intention to use autonomous vehicles*, in *Transportation Research Part C: Emerging Technologies*, Vol. 107, 2019, 414, 419-420. See also S. SOHRABI/A. KHODADADI/S.M. MOUSAVI/B. DADASHOVA/D. LORD, *Quantifying the automated vehicle safety performance: A scoping review of the literature, evaluation of methods, and directions for future research*, in *Accident Analysis & Prevention*, 2021, Vol. 152.

Furthermore, see, *inter alia* also, the research conducted by M. KÖNIG/L. NEUMAYR, *Users' resistance towards radical innovations: The case of the self-driving car*, *Transportation Research Part F: Traffic Psychology and Behaviour*, Vol. 44, 2017, 42-52, where, at p. 51, they point out that: "First evidence derived from obtained results points to the conclusion that the hypothesized psychological barrier of car drivers towards self-driving cars does indeed exist. People were found to be reluctant to hand over control over their cars to technology, the most distinct objections stemming from safety concerns caused by the fear of potential attacks by hackers and system malfunction."

fluenced by the speed and efficiency of regulatory action to aid the technology adoption process”⁵³.

2.2. The Need for an Update: Why Will the Current Liability Rules Not Be Adequate for Accidents Caused by Autonomous Vehicles?

| 629

Notwithstanding the above, arguably both national and European legislations regulating liability for damage and in detail for those caused by products already exists. The European legislator could therefore be presented with the argument that both self-driving vehicles and other AI systems do not entail the need for new *ad hoc* rules, but merely the interpretation of existing rules.

However, such an approach would not give due consideration to the inherent characteristics of AI systems, which instead require a rethinking of liability for damage and related compensation procedures.

Such need has been clearly explained and motivated, *inter alia*, by the European Parliament in its Resolution of 3rd May 2022⁵⁴. Particularly, point 143 clearly states that the European Parliament recognises “the legal challenges caused by AI systems, and that there is a need to consider a revision of specific parts of the existing liability rules; looks forward, in this regard, to the presentation of the Commission’s legislative proposal on AI liability; stresses that the Product Liability Directive and the national fault-based liability regimes can, in principle, remain the centrepiece legislation for countering most harm caused by AI; underlines that in some cases there could be inappropriate outcomes, but warns that any revision should take the existing product safety legislation into account and should be based on clearly identified gaps, while being future-proof and capable of being effectively implemented and of ensuring the protection of individuals in the EU”⁵⁵.

Similarly, point 146 highlights that “due to the characteristics of AI systems, such as their complexity, connectivity, opacity, vulnerability, capacity of being modified through updates, capacity for self-learning and potential autonomy, as well as the multitude of actors involved in their development, deployment and use, there are significant challenges to the effectiveness of Union and national liability framework provisions” and therefore the Parliament considers that “although there is no need for a complete revision of well-functioning liability regimes, specific and coordinated adjustments to European and national liability regimes are necessary to avoid a situation in which persons who suffer harm or whose property is damaged end up without compensation”. Consequently, on that occasion, the European Parliament had already proposed that “while high-risk AI systems should fall under strict liability laws, combined with mandatory insurance cover, any other activities, devices or processes driven by AI systems that cause harm or damage should remain subject to fault-based liability” and that “the affected

⁵³ J.T.J. BURD, *op. cit.*, 225.

⁵⁴ European Parliament Resolution of 3 May 2022 on artificial intelligence in a digital age - 2020/2266 (INI).

⁵⁵ European Parliament Resolution of 3 May 2022, *op. ult. cit.*, point 143.



person should nevertheless benefit from a presumption of fault on the part of the operator, unless the latter is able to prove that it has abided by its duty of care”⁵⁶.

Regulating compensation for damages stemming from the use of autonomous vehicles is probably the most complex and disputable legal problem currently in need of a solution. Either way, a decision must be made, and this, unfortunately, at a stage when technological development has not yet been completed and not all the characteristics of driverless cars can be contemplated.

The limits of the responsibility of the parties involved must be immediately clarified: users, manufacturers and the other abovementioned subjects. Otherwise, as has been noted, there remains a degree of “[u]ncertainty on the apportionment of liability among such parties would provide negative incentives to the adoption of CADs⁵⁷ with increasing levels of automation, delaying their diffusion, and further extending the time technology needs to penetrate the market, ultimately leading to a vicious cycle that could radically prevent the substitution of traditional vehicles”⁵⁸.

The specific characteristics of technologies equipped with artificial intelligence, and in particular their capacity for autonomous adaptation and modification of their own programming, suggest the need for a new approach to the law of damage compensation. Traditional liability frameworks – which were developed in contexts where the typical case involved two human beings, namely the injurer and the victim – appear increasingly possibly inadequate when applied to scenarios involving driverless vehicles or other AI technologies. In such cases, the causal chain leading to harm may not directly involve the deliberate actions or negligence of a human actor but rather the autonomous decision-making processes of an artificial system. This evolution challenges the anthropocentric assumptions underlying classical tort law and calls for a reconceptualization of liability principles to accommodate also self-learning and self-modifying technologies⁵⁹.

3. The Content and Structure of Directive (EU) 2024/2853 on Liability for Defective Products.

As previously mentioned, Directive (EU) no. 2024/2853 on liability for defective products and repealing Council Directive 85/374/ECC was drafted based on the consideration that since the adoption of the Product Liability

⁵⁶ European Parliament Resolution of 3 May 2022, *op. cit.*, point 146. See also L. MACHNIKOWSKI, *Producers’ Liability in the EC Expert Group Report on Liability for AI*, *op. cit.*, 138. The author also points out the significant role of the detachment of the AI system from the tangible medium, which may cause further difficulties in ascertaining the cause of a product defect.

⁵⁷ Connected and automated driving solutions.

⁵⁸ A. BERTOLINI/M. RICCABONI, *op. cit.*, 251.

⁵⁹ See the detailed analysis offered in this regard by A. GUERRA/F. PARISI/D. PI, in *Liability for robots I: legal challenges*, in *Journal of Institutional Economics*, 2022, vol. 18 no. 3, 331-343, and ID., *Liability for robots II: an economic analysis*, in *Journal of Institutional Economics*, 2022, vol. 18 no. 4, 553-568.

Directive of 1985, “there have been significant changes in the way products are produced, distributed and operated, including the modernisation of product safety and market surveillance rules. The green and digital transitions are underway and bring enormous benefits for Europe’s society and economy, be it by extending the life of materials and products, *e.g.* through remanufacturing, or by increasing productivity and convenience thanks to smart products and artificial intelligence”⁶⁰.

Particularly, the shortcomings of this law source, which by its very nature must necessarily reflect technological processes, are significant. Specifically, on the basis of the findings of the evaluation of the Product Liability Directive carried out in 2018 and mentioned in the explanatory memorandum of the Directive proposal⁶¹, these are the main weaknesses of the 1985 Directive: (a) some concepts and definitions are outdated, (b) the risk of an excessively heavy burden of proof for persons who believe they have been harmed by a product and (c) the excessive limitation of the possibility of making compensation claims⁶².

Consequently, with this new Directive the European legislator has deemed it appropriate to repeal the 1985 Directive and replace it with a new source of law that accounts for the enormous technological progress that has been made over the last – almost – forty years.

One of the main reasons for this change is for sure the emergence and expected spread of artificial intelligence, thanks to which products (including self-driving vehicles) with completely new characteristics will be placed on the market.

The Directive, since its proposal, assumes that “AI systems and AI-enabled goods are ‘products’ and therefore fall within the PLD’s scope, meaning that compensation is available when defective AI causes damage, without the injured person having to prove the manufacturer’s fault, just like for any other product”⁶³.

This is a fundamental aspect as, on the one hand, it determines with certainty the legal “status” of self-driving vehicles as products and, on the other hand, defines what we might call an objective liability for the manufacturer.

The other central points of the Directive, clearly stated in the explanatory memorandum of its proposal, are the following: (a) the possibility that also software providers and providers of digital services can be held liable; (b) possible manufacturers’ liability for changes they make to products they have already placed on the market, including when these changes are triggered by software updates or machine learning; (c) a significant alleviation of the burden of proof in complex cases for the damaged party.

⁶⁰ Explanatory memorandum’s first chapter “Context of the Proposal – Reasons for and objectives of the proposal” of the Directive on liability for defective Products, COM (2022) 495, 1.

⁶¹ Commission Staff Working Document, Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, SWD (2018) 157.

⁶² Explanatory memorandum, *op. cit.*, 1.

⁶³ Explanatory memorandum, *op. cit.*, 5.

In this way, the right to an effective remedy in accordance with art. 47 (“Right to an effective remedy and to a fair trial”)⁶⁴ of the Charter of Fundamental Rights of the European Union should be strengthened⁶⁵.

The Directive on liability for defective products is divided in four chapters: general provisions, specific provisions on liability for defective products, general provisions on liability and final provisions.

After the first five articles, which are respectively devoted to the object and purpose of the Directive (Article 1), its scope of application (Article 2), the indication of the level of harmonization (Article 3), the definitions of the key terminology used within the Directive (Article 4) and the establishment of the right to compensation for the injured party or his or her successors (Article 5), it contains a provision initially absent from the text of the Directive Proposal: Article 6, which defines the concept of compensable damage.

In the proposal, the notion of “damage” was included only within the definitions section (Article 4, no. 6 of the proposal). The final text of the Directive adopts a much broader and more structured approach, as an entire separate article is dedicated to regulating and significantly expanding the scope of compensable damage.

In particular, Article 6 expressly lists death or personal injury – including clinically recognized psychological harm – as compensable damage, thus expanding (or specifying) the traditional concept of injury under product liability law. Furthermore, it also covers material damage or destruction of any property (except the defective product itself, a product damaged by a defective component and property used exclusively for professional purposes), and introduces an important innovation by recognizing the loss or corruption of non-professional digital data as a compensable harm⁶⁶.

Through these additions, the Directive not only adapts the scope of recoverable damage to the realities of digital society and to the challenges posed by the increasing use of products equipped with AI systems, but, more in general, modernizes it.

Particularly interesting is, in the second chapter, Article 7, that determines when a product (as defined by the previous art. 4, No. 1)⁶⁷ shall be considered defective. More in detail, according to such norm, a product is defective when “it does not provide the safety that a person is entitled to expect or that is required under Union or national law”⁶⁸.

⁶⁴ Particularly the first Paragraph of Article 47 of the abovementioned Charter clearly states that: “Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.”

⁶⁵ Explanatory memorandum, *op. cit.*, 11.

⁶⁶ art. 6.

⁶⁷ *I.e.*: “all movables, even if integrated into, or inter-connected with, another movable or an immovable; it includes electricity, digital manufacturing files, raw materials and software”.

⁶⁸ The definition of “defectiveness” represents one of the (many) differences between the Directive proposal and its final text. In fact, art. 6 of the proposal foresaw a significantly different definition, which was also structured in a different way. Such law provision stated that a product shall be considered defective when it “does not provide the safety which the public at large is entitled to expect, taking all circumstances into account”, followed by a list of those circumstances, that is deemed to be illustrative rather than exhaustive.

The second paragraph states that “in assessing the defectiveness of a product, all circumstances shall be taken into account” and is then followed by a list of examples of the most relevant ones.

Some of those circumstance seem to be particularly significant with regard to driverless cars and particularly: the instructions for the product’s use⁶⁹, its reasonably foreseeable use⁷⁰ and its relevant safety requirements, including safety-relevant cybersecurity requirements⁷¹.

It will be interesting, for example, to understand how the concept of driverless car “reasonably foreseeable use” will be defined in practice. Several factors will in fact play a role in determining it.

First of all, the type of road on which the vehicle may or may not be used should be taken into consideration. *E.g.*, in an initial phase it could be that driverless vehicles will only be used on motorways. These seem to be the most easily adaptable infrastructures to the technologies that will eventually be required by self-driving cars, and moreover, they could be those with the least risk of “unforeseeable events” such as interference from the simultaneous presence of pedestrians and cyclists.

Consequently, if the “reasonably foreseeable use” of a driverless car will be only on highways and such instruction has been clearly explained to the user, the latter will not be entitled to claim for damage compensation if she or he uses the vehicle on another kind of road.

Another factor that could affect the use (or misuse) of an autonomous car could be given by the possible chance for the user to set different driving modes (*e.g.*, sporty driving) and to use them in a way which is not allowed.

It is true that at this stage it is difficult to clarify how in reality these standards will be applied since it is not yet clear from a technological point of view what degree of autonomy driverless vehicles that will be placed on the market will have and what power users will correspondingly have to influence their use.

It should be remembered, for instance, that in Level 5, the most advanced one among vehicles equipped with autonomous driving technology according to the categorization made by SAE International⁷², the user has no power to influence the use of the car, having only to indicate the desired destination⁷³. Consequently, what will a “reasonably foreseeable use” that the subject may make while “driving” a Level 5 autonomous car be?

⁶⁹ art. 7, par. 2, Lett. a).

⁷⁰ art. 7, par. 2, Lett. b). art. 6, par. 1, Lett. b) of the proposal mentioned also the foreseeable misuse.

⁷¹ art. 7, par. 2, Lett. f).

⁷² See the definitions of the different levels of driving automation on the SAE International website at the following link: < https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104> (24.11.2024).

⁷³ G. CALABRESI/E. AL MUREDEN, *op. cit.*, 98; V. MARDIROSSIAN, *Will Autonomous Cars Put an End to the Traditional Third Party Liability Insurance Coverage?*, in P. MARANO/K. NOUSSIA (eds.), *InsurTech: A Legal and Regulatory View*, Cham-Switzerland, 2020, 274 and 276.

See also the effective description made by M.L. KUBICA, *op. cit.*, 58, of “non-discretionary vehicles”, that are those which “impede their users’ selection of route, determination of driving style, or ability to switch the self-driving function off and take control of the vehicle”.



Continuing with the analysis of the text of the Directive it is possible to observe that the following Article 8 clearly indicates Member States' duty to ensure the liability of specific subjects ("economic operators") related to the product's "creation" in case of damage, in accordance with the same Directive. Such subjects are: (a) the manufacturer; (b) without prejudice to its liability, the manufacturer of a defective component, where that component was integrated into, or inter-connected with, a product within the manufacturer's control and caused that product to be defective; (c) without prejudice to its liability, where the manufacturer of the defective product or component is established outside the European Union, the importer of the defective and the authorised representative of the manufacturer and, if such subjects do not exist, the fulfilment service provider can be held liable for damage caused by that product. The liability of the manufacturer referred above shall also cover any damage caused by a defective component where it was integrated into, or inter-connected with, a product within that manufacturer's control⁷⁴. The scope of application of such norm is further extended by the following paragraph, according to which "any natural or legal person that substantially modifies a product outside the manufacturer's control and thereafter makes it available on the market or puts it into service shall be considered to be a manufacturer of that product" in the sense of paragraph 1⁷⁵.

Moreover, according to Paragraph 3 the distributor of the product can be held liable in case the latter fails to identify the economic operator or its own distributor within one month of receiving the request from the claimant⁷⁶. This ensures that there will always be an economic operator in the European Union against whom the damaged person could make a compensation claim⁷⁷. This provision may have an important application with regard to autonomous vehicles in view of the fact that cars of non-EU manufacture are already widespread within the states of the European Union.

The subsequent Articles 9 and 10 are more strictly civil-procedural in nature, since they regulate respectively the disclosure of evidence and the burden of proof.

Particularly, Article 9 regulates a disclosure mechanism similar to that in Article 3 of the AI Liability Directive proposal⁷⁸ and states that Member States shall ensure that – if the claimant has previously filed facts and evidence sufficient to support the plausibility of the claim for compensation of

⁷⁴ art. 8, par. 1.

⁷⁵ art. 8, par. 2.

⁷⁶ art. 7, par. 3. Continuing the comparison with the text of the original proposal, it is worth noting that Article 7 of the Directive introduces other changes compared to Article 6 of the initial proposal. In particular, the definitive version expressly provides the possibility for the Member States to establish compensation schemes intended to cover cases in which the liable party cannot be identified or is insolvent, thereby strengthening the protection afforded to injured parties. These innovations mark an important broadening of the liability framework, aligning it more closely with the realities of contemporary digital commerce and the complexities of global supply chains.

⁷⁷ Explanatory memorandum, *op. cit.*, 12.

⁷⁸ See the following section.

damage caused by a product – the defendant will be required to disclose relevant evidence that he has at its disposal⁷⁹.

This provision has to be read combined with Article 10 according to which the claimant bears the burden of proof with regard to the defectiveness of the product, the damage suffered and the causal link between the defectiveness and the damage⁸⁰. As a first approximation, it can be stated that the claimant's right to obtain the disclosure by the defendant represents a counterbalance to his duty to prove the damage suffered and its cause.

Moreover, in this way, the claimant should also be able to better face the difficulties related to the burden of proof and related to AI systems complexity, interactivity and responsiveness to ambient data, as well as to the possible opacity of the algorithm and its capacity to make autonomous decisions⁸¹.

As will be better seen in the context of the analysis of the abovementioned Article 3 of the AI Liability Directive, the possibility the defendant be ordered to produce those documents and information at her or his disposal capable of supporting the claimant's request is characterised by “counter-limits” intended to protect the defendant's rights as well.

First of all, as seen, the claimant should have already filed evidence sufficient to support the plausibility of the claim for compensation. Moreover, the courts should limit the disclosure of evidence to what is necessary and proportionate to support the claim⁸², taking into account all concerned parties' interests, including third parties⁸³, especially with regard to the protection of confidential information and trade secrets⁸⁴. Finally, if it is deemed necessary to disclose a piece of information that is a trade secret or an alleged trade secret, the judge is empowered, upon a duly reasoned request of a party or on their own initiative, to take the specific measures necessary to preserve the confidentiality of that information when it is used or referred to in the course of or after legal proceedings⁸⁵.

Article 9 concludes with two paragraphs of particular significance – especially paragraph 6 – which were not included in the original proposal.

⁷⁹ art. 9, par. 1. The first paragraph of Article 8 of the Directive proposal was partially different considering that it foresaw Member States' duty to ensure that national courts were empowered to order the defendant to disclose relevant evidence. In the final version there here is no specific reference to national courts. Moreover Article 9 of the Directive foresees a (new) symmetrical duty at the following paragraph: “Member States shall ensure that, at the request of a defendant that has presented facts and evidence sufficient to demonstrate the defendant's need for evidence for the purposes of countering a claim for compensation, the claimant is required, in accordance with national law, to disclose relevant evidence that is at the claimant's disposal.”.

⁸⁰ art. 10, par. 1.

⁸¹ L. MACHNIKOWSKI, *op. cit.*, 147.

⁸² art. 9, par. 3.

⁸³ art. 9, par. 4.

⁸⁴ Differently from the proposal, in the Directive's final text the expressed reference to art. 2, point 1, of dir. 2016/943/EU, *i.e.* the Directive of 8th June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, OJ L 157, 15.6.2016, 1-18 has been erased.

⁸⁵ art. 8.

Paragraph 6 introduces important innovations within the framework of the Directive, as it foresees the Member States' duty to ensure that, where a party is required to disclose evidence, national courts are empowered, upon a duly reasoned request of the opposing party or where the national court concerned deems it appropriate and in accordance with national law, to require such evidence be presented in an easily accessible and easily understandable manner, if such presentation is deemed proportionate by the national court in terms of costs and effort for the required party. Such norm reflects the European legislator's intent to consider the specific nature of AI technologies and to provide greater flexibility and protection for injured parties. In particular, it addresses specific situations where the burden of proof and access to redress could otherwise be compromised, thereby reinforcing the overall effectiveness of the liability system established by the Directive. According to the last paragraph of Article 9 existing national rules relating to the pre-trial disclosure of evidence are not affected by it.

Article 10, paragraphs from 2 to 5, lays down some procedural institutions that – similarly to the disclosure regulated by Article 9 – alleviate the burden of proof borne by the claimant pursuant to the first paragraph of the same norm. This “alleviation” takes place thanks to different kinds of presumption, which, however, is always rebuttable by the defendant pursuant to the last paragraph of Article 10.

Specifically, paragraph 2 entails some cases where the defectiveness of a product shall be presumed: (a) the defendant has failed to disclose relevant evidence pursuant to the above-summarized paragraph 1 of Article 9; (b) the claimant demonstrates that the product does not comply with mandatory safety requirements laid down by European Union law or national law that are intended to protect against the risk of the damage that has occurred; (c) the claimant demonstrates that the damage was caused by an obvious malfunction of the product during normal use or under ordinary circumstances⁸⁶.

Paragraph 3 rules, instead, the presumption of the causal link existence between the product's defectiveness and the damage. This occurs when the defectiveness has been proved and the damage caused is of a kind typically consistent with the defect in question⁸⁷.

The last kind of presumption ruled by Article 9, paragraph 4, which is very broad and of which it is difficult to find precedents, is particularly interesting. In fact, its content is very peculiar as it is based on the assumption that the national court shall presume the existence of the defectiveness of the product or causal link between its defectiveness and the damage, or both, where, despite the disclosure of evidence in accordance with Article 9 and taking into account all the relevant circumstances of the case, (a) the claimant faces excessive difficulties, in particular due to technical or scientific complexity, in proving the defectiveness of the product or the causal link between its defectiveness and the damage, or both; and (b) the claimant demonstrates that it is likely that the product is defective or that there is a causal link between the defectiveness of the product and the damage, or

⁸⁶ art. 10, par. 2.

⁸⁷ art. 10, par. 3.

both⁸⁸. It is not clear how such difficulties will be determined. Most likely it will be left to the discretion of the judge. Furthermore, there might be differences in the different States given the “space” Member States have within the enactment of the conversion law. The defendant shall have the right to contest the existence of all abovementioned presumptions⁸⁹.

Concluding with the last provision of the second Chapter, Article 11 rules those cases where there is an exemption from liability and therefore the economic operator shall not be considered liable for damage caused by a defective product. Such exceptions are referred to the cases in which the operator did not place or make available the product on the market⁹⁰ or when a defect did not initially exist or was due to compliance with legal requirements or it was not possible to discover it⁹¹.

The third Chapter consists of six articles (from 12 to 17)⁹² and has as its object some general provisions on liability.

Article 12 states – without prejudice to national law concerning rights of contribution or recourse – a joint liability in case there are two or more economic operators and both (or all) of them are liable for the same damage.

In this way the damaged user will have a larger chance to effectively enforce the judgment in case her or his right to compensation has been stated. This kind of provision reflects an already widespread juridical tradition in EU Member States such as, for instance, Italy⁹³ and Germany,⁹⁴ aiming to grant the damaged party the broadest possible guarantee of compensation.

Similarly, the following Article 13, Paragraph 2, foresees that the economic operator’s liability “may be reduced or disallowed when the damage is caused both by the defectiveness of the product and by the fault of the injured person or any person for whom the injured person is responsible”⁹⁵. Also this rule reflects a provision which is already present in many continental civil codes⁹⁶.

On the contrary, the circumstance that the damage is caused both by the defectiveness of a product and by an act or omission of a third party has no impact on the economic operator’s liability⁹⁷.

Compared to the original proposal, the final text of the Directive introduces in Article 14 the provision for a right of recourse. In particular, it establishes that where “more than one economic operator is liable for the same damage, an economic operator that has compensated the injured person shall

⁸⁸ art. 9, par. 4.

⁸⁹ art. 9, par. 5.

⁹⁰ art. 11, par. 1, lett. a) and b).

⁹¹ art. 11, par. 1, lett. c), d) and e). Other exemptions are foreseen by lett. f) and g) of the same norm.

Please note that Paragraph two foresees four derogations to lett. c) in which the economic operator shall be not be exempted from liability.

⁹² Two more than in the proposal where the right of recourse and the expiry period were not ruled.

⁹³ See, with regard to contractual liability, art. 1282 of the Italian Civil Code and, with regard to non-contractual liability, art. 2055 of the Italian Civil Code.

⁹⁴ See § 421 of the German Civil Code (“BGB”).

⁹⁵ art. 13, par. 2.

⁹⁶ *E.g.* in Italy see art. 1227 of the Italian Civil Code.

⁹⁷ art. 13, par. 1.



be entitled to pursue remedies against other economic operators liable pursuant to Article 8 in accordance with national law”⁹⁸.

The subsequent norm forbids that the economic operator’s liability, in relation to the injured person, be limited or excluded by a contractual provision or by national law.⁹⁹ This is a clear indication also in relation to the transposition law. With regard, instead, to the limit on the contractual autonomy, it can be observed that also such limitation is similar to others already existing in the Member States’ legal orders, especially in the field of consumer law¹⁰⁰.

The provisions of third chapter’s second to last article are particularly interesting. In fact, Article 16 rigorously regulates the limitation periods for claiming compensations for damage caused by defective products. In detail, it provides for a limitation period of three years to the initiating of proceedings for claiming compensation that run from the day on which the injured person became aware, or should reasonably have become aware of (a) the damage, (b) the defectiveness and (c) the identity of the relevant economic operator that can be held liable pursuant the same Directive¹⁰¹.

This norm will therefore affect Member States’ provisions on limitation periods, changing them. Instead, the national laws regulating suspension or interruption of the limitation periods shall not be affected¹⁰².

This provision could, in practice, lead to different periods depending on the regulations in the various States, with a risk of different treatment for damaged users depending on the competent court.

The last norm of the third chapter (“Expiry period”) incorporates (and modifies) a provision that was originally foreseen within the preceding article, but which has now been separated and systematically regulated under Article 17. More in detail it states that “an injured person is no longer entitled to compensation unless that injured person has, in the meantime, initiated proceedings against an economic operator that can be held liable pursuant to Article 8. That period shall run from: (a) the date on which the defective product which caused the damage was placed on the market or put into service; or (b) in the case of a substantially modified product, the date on which that product was made available on the market or put into service following its substantial modification”¹⁰³. Such provision has to be derogated if “an injured person has not been able to initiate proceedings within 10 years of the dates referred to in paragraph 1 due to the latency of a personal injury”, in this case “the injured person shall no longer be entitled to compensation pursuant to this Directive upon the expiry of a period of 25 years,¹⁰⁴ unless that injured person has, in the meantime, initiated proceedings against an economic operator that can be held liable pursuant to Article 8”¹⁰⁵.

⁹⁸ art. 14.

⁹⁹ art. 15.

¹⁰⁰ See, e.g., artt. 33 and 34, d.lg. 6.9.2005, n. 206, Codice del Consumo.

¹⁰¹ art. 16, par. 1.

¹⁰² art. 16, par. 2.

¹⁰³ art. 17, par. 1.

¹⁰⁴ In the proposal (art. 14, par. 3) a significantly shorter limit of 15 year was foreseen.

¹⁰⁵ art. 17, par. 2.

The 10 years limitation period running from the moment when the product was placed on the market may have significant effects on the deployment of autonomous vehicles. In fact, as of today, cars have been a kind of product which has been characterised by the particular duration in its use, in some cases even several decades.

At this stage it is not yet possible to establish how long self-driving cars will last and how quickly they will become obsolete. But nevertheless, this already defined limitation period in which it is possible to start a claim in order to obtain compensation for damage caused by the vehicle itself could be a deterrent (albeit not a major one) to companies to invest in this field and, consequently, to the spread of relevant technology.

In any event, the European legislator's choice is believed to be due to its desire to balance users' right to be compensated in case of damage with manufacturers' interests to not be liable for an indefinite period of time, or in any case one so long as to discourage their economic initiative.

At the same time, it could be more appropriate to concretely experiment the duration of use of autonomous cars and other AI systems and the average time it takes for any possible defects to manifest themselves, before laying down by law the maximum period in which it is possible to take legal action to obtain compensation for damage resulting from a defect in the relevant product.

The first article of the last chapter introduces a provision that was completely absent from the original proposal: the derogation from development risk defence.

This new Article 18 is particularly noteworthy, as it the "development risks" defence in product liability cases: it permits Member States to maintain or introduce national provisions holding economic operators liable for product defects (by way of derogation of art. 11, par. 1, of the same Directive), even if such defects were undiscoverable at the time of market placement or during the period the product was under the manufacturer's control, based on the objective state of scientific and technical knowledge. These national measures must be limited to specific product categories, justified by public interest objectives, and proportionate to those objectives. Member States intending to apply such provisions are required to notify the European Commission by 9th December 2026, detailing the measures and their compatibility with Article 18.

Such provision shall be considered as an improvement over the proposal and in any case as particularly relevant in enhancing consumer protection considering that it allows Member States to maintain or introduce provisions that impose liability on economic operators even for defects that were undiscoverable according to the most advanced scientific and technical knowledge. By permitting such national measures, the Directive ensures that the burden of innovation-related risks does not fall on consumers, but rather on those who are in the best position to prevent and insure against such risks. This approach seems to uphold a high standard of consumer safety and foster public trust in technological innovation, as well as to align European legal systems with the broader objective of ensuring fair access to compensation for harm caused by defective products.



The Directive concludes with the other final provisions having respectively as their object the transparency duties by the Member States (art. 19), the evaluation of the Directive application (art. 20), the repeal of Directive 85/374/EEC (with effect from 9th December 2026) and the transitional provision (art. 21), the transposition to be concluded within 9th December 2026 by the Member States (art. 22), the Directive's entry into force (art. 23) and its addressees (art. 24).

3.1. The Relationship between Directive (EU) 2024/2853 and the Artificial Intelligence Act

Directive (EU) 2024/2853 forms part of a broader European regulatory framework governing artificial intelligence and should therefore not be analysed in isolation. In particular, its relationship with Regulation (EU) 2024/1689 (Artificial Intelligence Act) is essential to understanding the liability regime applicable to AI-enabled products, including autonomous vehicles.

As a matter of fact, rather than regulating artificial intelligence through a single comprehensive legislative instrument, the European Union is progressively developing a multi-layered regulatory architecture in which different legal acts pursue distinct yet complementary objectives. Within this framework, the AI Act establishes the regulatory conditions governing the design, development and placing on the market of AI systems, whereas Directive (EU) 2024/2853 determines the civil liability consequences arising where those systems cause damage. The interaction between these two instruments is particularly significant in the context of autonomous vehicles, which simultaneously fall within the scope of both legislative measures.

The AI Act primarily adopts an *ex ante* regulatory approach. Its objective is to reduce the probability that AI systems will cause harm by imposing extensive obligations before such systems are placed on the market and throughout their lifecycle. To this end, the Regulation establishes requirements concerning risk management, data governance, technical documentation, human oversight, transparency, cybersecurity, post-market monitoring and corrective measures. In other words, the AI Act seeks to prevent accidents by ensuring that AI systems satisfy predefined safety standards before and after their deployment.

Directive (EU) 2024/2853, on the other hand, operates *ex post*. It does not primarily regulate how AI systems must be designed or operated but rather determines the legal consequences once damage has occurred. As described above, its purpose is to ensure that injured subjects are effectively compensated while simultaneously providing manufacturers and the other economic operators involved in the supply chain with a predictable liability framework.

The complementarity between these two instruments becomes particularly evident in relation to autonomous vehicles. Driverless cars constitute one of the clearest examples of high-risk AI systems under the AI Act, while simultaneously representing highly sophisticated products falling within the

scope of Directive (EU) 2024/2853. Consequently, the same autonomous vehicle will generally be subject to both legal instruments throughout its lifecycle.

This interaction is reflected in several provisions of the Product Liability Directive itself. Article 7 expressly requires courts to take into account compliance with mandatory safety requirements laid down by Union law when assessing whether a product is defective. Such mandatory requirements necessarily include those established by the AI Act whenever the product incorporates an AI system falling within its scope. Compliance with the AI Act therefore becomes an important factual element in evaluating product defectiveness, although it does not automatically exclude liability where the product nevertheless fails to provide the level of safety that the public is entitled to expect.

Conversely, failure to comply with the AI Act may significantly facilitate the injured party's burden of proof. Non-compliance with mandatory safety obligations may support the presumption of defectiveness under Article 10 of Directive (EU) 2024/2853 and may therefore strengthen the claimant's position in subsequent liability proceedings. In this respect, the AI Act and the Product Liability Directive establish a coherent interaction between preventive regulation and civil liability.

This relationship also confirms a broader regulatory choice made by the European legislator. Rather than relying exclusively on compensation mechanisms or exclusively on preventive regulation, the European Union has opted for a dual system combining both approaches. The AI Act attempts to minimise the occurrence of accidents through compliance obligations, whereas the Product Liability Directive guarantees effective redress whenever preventive measures prove insufficient.

From the perspective of autonomous vehicles, such coordination is particularly significant. The complexity of AI-driven driving systems, their continuous software updates, machine-learning capabilities and interaction with digital infrastructures make it impossible to rely solely on either preventive regulation or traditional liability rules. Instead, the effectiveness of the European legal framework depends on the interaction between the two instruments.

Nevertheless, despite this evident complementarity, the coexistence of the AI Act and Directive (EU) 2024/2853 still does not amount to a comprehensive legal framework specifically designed for autonomous vehicles. Both instruments regulate AI systems in general and only indirectly address the peculiar characteristics of driverless cars. As argued throughout this article, once autonomous driving technologies reach sufficient technological maturity and become widespread within the internal market, the European Union may likely need a dedicated and specific legislative instrument capable of integrating product safety requirements, operational rules and liability provisions into a coherent regulatory framework specifically tailored to autonomous vehicles.

4. The Content and Structure of the Directive proposal on AI Liability.

As mentioned above, the Directive proposal on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence was withdrawn. Specifically as can be read in Annex IV of the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Region of 11.2.2025 “Commission work programme 2025” the Commission decided to withdrawal the proposal in its 2025 work programme because there was no foreseeable agreement but that, in any case, the Commission “will assess whether another proposal should be tabled or another type of approach should be chosen”¹⁰⁶. Certainly this news represents a step backward from the goals also discussed in this article, nevertheless it was deemed appropriate to keep the analysis conducted of the Directive proposal, also with a view to future comparison with any upcoming legislative proposals in this area.

The Directive proposal on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence had a structure that could be described as “agile” when compared to the Directive on liability for defective products analysed in the previous chapter.

It was divided into six articles, in addition to Articles 7, 8 and 9, dealing respectively with the Directive transposition, its entry into force and its addressees.

Article 1 set out the Directive subject matter and scope: this Directive should have been applied to non-contractual fault-based civil law claims for damages, in cases where it is caused by an AI system¹⁰⁷. More in detail the Directive’s goal was to set common rules on: (a) the disclosure of evidence on high-risk artificial intelligence systems to enable a claimant to substantiate a non-contractual fault-based civil law claim for damages; (b) the burden of proof in the case of non-contractual fault-based civil law claims brought before national courts for damage caused by an AI system¹⁰⁸.

Article 1 also then clearly stated what the Directive was not about: criminal liability¹⁰⁹. After that, it ruled what shall not be affected by the same law provision and specifically: (a) rules of Union law regulating conditions of liability in the field of transport; (b) any rights which an injured person may have under national rules implementing Directive 85/374/EEC; (c) the exemptions from liability and the due diligence obligations as laid out in other law provisions and (d) national rules determining which party has the burden of proof, which degree of certainty is required as regards the standard of proof, or how fault is defined, other than in respect of what is provided for in Articles 3 and 4 of the Directive proposal¹¹⁰.

In the same way – as happens very often – the Directive gave the Member States the possibility to adopt or maintain compatible national rules that

¹⁰⁶ COM (2025) 45 final, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Region of 11.2.2025 “Commission work programme 2025 - Moving forward together: A Bolder, Simpler, Faster Union”.

¹⁰⁷ art. 1, par. 2.

¹⁰⁸ art. 1, par. 1.

¹⁰⁹ art. 1, par. 2.

¹¹⁰ art. 1, par. 3.

are more favourable for claimants to substantiate a non-contractual civil law claim for damage caused by an AI system¹¹¹.

Based on the above, not only the applicability of this Directive and of its national implementing laws on self-driving vehicles would have been clear, but also that its content may have had an important effect on the development of such technologies. In fact, the liability regulation of AI systems is (and remains) undoubtedly an integral part of the driverless cars legislation.

Article 2 contained definitions of the most relevant concepts of this law provisions, by making also several references to the so-called AI Act¹¹². This also proves the European legislator's will to build a structured regulatory framework on AI systems, so as to avoid the risk of having non-harmonised and coordinated norms.

Particularly interesting was the "claim for damages" definition, which was "tailor-made" on artificial intelligence systems, distinguishing it and specifying it from the relevant general concept.

According to art. 2, No. 5, a "claim for damages" was "a non-contractual fault-based civil law claim for compensation of the damage caused by an output of an AI system or the failure of such a system to produce an output where such an output should have been produced".

This particular form of "specification" of the concept of claim for damages thus reflects the European legislator's awareness that AI systems necessarily entail an evolution of the concept of liability. The autonomy and decision-making discretion of such systems in fact modify, or at least develop, the concepts of liability for damage and chargeability. The output (or lack thereof) of an AI system is therefore introduced as a logical antecedent for the existence of liability.

This is particularly important with regard to self-driving vehicles.

It will certainly be a task of the legislator to clearly define the concept of "output of an AI system" and of "failure of such a system to produce an output", providing a description which should be as complete as possible also from a technological perspective. In fact, it is true that the definition of these elements is essential to establish when, following a road accident involving one or more self-driving vehicles, the user is entitled to claim for damages.

When considering the inherent dangerousness of vehicular travel, the exact definition of these elements is essential. For, although the risks associated with road traffic will decrease dramatically thanks to autonomous driving technologies¹¹³, we have seen in the previous chapters and we will see in the

¹¹¹ art. 1, par. 4.

¹¹² Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts, 21.04.2021, COM (2021) 206.

¹¹³ See, e.g., M. BRENNER, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die rechtliche Ausgestaltung des autonomen Fahrens*, in M. HERMANN/M. KNAUFF (eds.), *Autonomes Fahren*, 2021, Baden-Baden, 47-48. The author – see note 10 – also points out that according to the *Staatliches Bundesamt* the 88% of accidents in 2017 were caused by a human error and only the 1% by a technical defect of the vehicle. See also T. GILL, *op. cit.*, 272; J. WANG/L. ZHANG/Y. HUANG/J. ZHAO, *op. cit.*, 1-2; P. RINGLAGE., *Haftungskonzepte für autonomes Fahren – „ePerson“ und „RmbH“?*, 2021, Baden-Baden, 53-54; JOURDAN/MATSCHI, *Au-*



rest of this article that it cannot be assumed that they will be completely eliminated.

As mentioned above, the certainty of being able to claim, if the conditions are met, fair compensation in the event of damage, is essential to the success of a given technology.

Then, at Article 3, the Directive focused on some procedural aspects and more in detail on the right and duties connected with the disclosure of evidence and the rebuttable presumption of non-compliance.

The European legislator seemed aware of the fact that in a possible trial for compensation of damage caused by an AI technology a user will probably face many difficulties with regard to the evidence to take in order to prove that said technology is liable for the damage.

Moreover, the complexity of AI technology and programming should also be considered: it may cause more difficulties in ascertaining the exact cause of an accident¹¹⁴ than in a case where a “classic” product is involved.

Therefore, the Directive proposal aimed at harmonizing some evidence norms of the Member States concerning non-contractual fault-based liability related to AI systems with the goal of ensuring “that persons claiming compensation for damage caused to them by an AI system enjoy a level of protection equivalent to that enjoyed by persons claiming compensation for damage caused without the involvement of an AI system”¹¹⁵.

Consequently Article 3 ruled the duty for Member States to ensure that national courts are empowered to order the disclosure of evidence about a specific high-risk AI system¹¹⁶ that is suspected of having caused damage, if the relevant request was previously refused and the potential claimant¹¹⁷ has presented facts and pieces of evidence sufficient to support the plausibility of a claim for damages.

Such right of the possible claimant to obtain an order against the counterparty¹¹⁸ which forces the latter to produce those pieces of evidence con-

tomatisiertes Fahren – Wie weit kann die Technik den Fahrer ersetzen? Entwickler oder Gesetzgeber, wer gibt die Richtung vor?, in *NZV*, 2015, vol. 1, 26-27, and H. EIDENMÜLLER, *The Rise of Robots and the Law of Humans*, in *ZEUP*, 2017, vol. 4, 770. Such circumstance is also confirmed in the German Bill for amendment of the Road Traffic Act and the Compulsory Insurance Act – Act on Autonomous Driving, available at the following link <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/Gesetze/Gesetze-19/gesetz-aenderung-strassenverkehrsgesetz-pflichtversicherungsgesetz-autonomes-fahren.pdf?__blob=publicationFile> (06.02.2023), 18.

¹¹⁴ M.L. KUBICA, in *Autonomous Vehicles and Liability Law*, *op. cit.*, 61 and specifically note 132.

¹¹⁵ Recital Nr. 7 of the Directive proposal. See T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *Verso la AI Liability Directive: la proposta della Commissione europea del 28 settembre 2022 per una direttiva sull'adattamento delle regole di responsabilità civile all'Intelligenza Artificiale*, in *Persona e Mercato*, 2022, vol. 2, 500.

¹¹⁶ According to art. 2, No. 2, of the Directive Proposal, an “high-risk AI system” is an AI system with the characteristics foreseen by art. 6 of the so-called Artificial Intelligence Act (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence) - COM (2021) 206.

¹¹⁷ See the definition of “claimant” and “potential claimant” set forth by art. 2, No. 6 and 7.

¹¹⁸ According to art. 1, par. 1, the counterparty may be a provider or a person subject to the obligations of a provider pursuant to art. 24 or art. 28, par. 1, of the AI Act or a user.

sidered necessary or at least useful by the competent judge is extremely significant.

In fact, on one side this was a tangible demonstration of the legislator's will to protect the "weak" party, *i.e.* the damaged user. This was already evident from the Directive proposal's explanatory memorandum¹¹⁹, but even previously, in the European Parliament's Resolution of 3rd May 2022¹²⁰ and, even earlier, in the European Commission's White Paper on Artificial Intelligence of 19th February 2020¹²¹.

Particularly, the White Paper notes that "persons having suffered harm may not have effective access to the evidence that is necessary to build a case in court, for instance, and may have less effective redress possibilities compared to situations where the damage is caused by traditional technologies. These risks will increase as the use of AI becomes more widespread"¹²².

On the other side, the civil procedural law tradition of many European countries, where this obligation to disclose documentation "against oneself" is absolutely not the norm, should not be forgotten¹²³. On the contrary, in legal systems based on civil law, the legal maxim "*nemo tenetur se detegere*" applies and, with some exceptions, a party does not have to produce those documents that could go against one's own interests and whose exact content the opponent may be unaware of¹²⁴.

Consider, by way of example, the German legislation in which an institution such as discovery is in no way provided for¹²⁵. Or also the Italian civil procedural law, where Article 112 of the Code of Civil Procedure expressly states that the judge must decide on the entire claim and not beyond the lim-

¹¹⁹ See the explanatory memorandum's first chapter "Context of the Proposal – Reasons for and objectives of the proposal" of the AI Liability Directive, COM (2022) 496, 1 and 2 of the same document.

¹²⁰ European Parliament Resolution of 3 May 2022, *op. cit.*, see point No. 146. Points 143 and 146 of the Resolution are cited above at chapter 2.b.

¹²¹ White Paper on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust - COM (2020) 65.

¹²² White Paper on Artificial Intelligence, *supra* note 121, p. 13. See also J. LEE, *op. cit.*, 23-25.

¹²³ As explained by W.L. CRAIG, in *Common Law Principles on the Taking of Evidence*, in K.-H. BÖCKSTIEGEL (eds.), *Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren*, Vol. 14, 2001, Cologne, 15-16. The different understanding of an institution such as discovery between civil law countries and common law countries – where it is much more widespread – is also explained by the different concept of justice existing in the different legal systems: whereas in common law the trial must tend to seek an absolute and abstract truth on the facts in dispute and therefore justifies such an "invasive" instrument, in civil law courts have only to decide on what is requested by the parties in their acts, basing their decisions solely on what emerges in the course of the trial.

¹²⁴ R.A. SCHÜTZE, *Beweisaufnahme nach Civil Law*, in K.-H. BÖCKSTIEGEL (eds.), *Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren*, Vol. 14, 2001, Cologne, 32.

¹²⁵ R. TRITTMANN, *Basics and Differences of the Continental and Common Law System and State Court Proceedings*, in K.-H. BÖCKSTIEGEL/K.-P. BERGER (eds.), *The taking of Evidence in International Commercial Arbitration*, Vol. 26, 2010, Cologne, 18.



its thereof¹²⁶ and Article 115 foresees that he has to decide on the basis of the evidence offered by the parties¹²⁷.

There are for sure some exceptions, which are also provided by the Italian Civil Procedure Code itself. One of the most important ones is the so called “*ordine di esibizione*” (order of presentation) ruled by art. 210 of the Italian Civil Procedure Code, but the obligation to disclose imposed by Article 3 of the Directive seems to have a much deeper capacity for investigation. Similarly, §§ 421 ff. of the German *Zivilprozessordnung* (Civil Procedure Code) rule the “*Vorlegung durch den Gegner*” (production by the opponent).

With the exception of special cases like those mentioned above, a request for the production of documents or information could therefore appear in the eyes of civil law parties as an unjustified violation of their confidentiality and the protection of their secret information.

Probably for this very reason Article 3 indicated a number of requirements and limited to the disclosure ordered by the national courts in a damage compensation procedure in accordance with the claimant’s requests.

In addition to the already mentioned duty of the claimant to file facts and evidence proving the plausibility of a claim for damages¹²⁸, the claimant also has to previously undertake all proportionate attempts at gathering the relevant evidence from the defendant, otherwise the courts will not order the disclosure¹²⁹.

Also, the importance of keeping confidential certain information, the disclosure of which would cause commercial damage to the manufacturer regardless of whether the AI system is responsible for causing the non-subject claim or not, has been recognized.

This is especially true for autonomous vehicles: certainly, especially in the first decades of their deployment, there will be a high level of technological and commercial competition among the different manufacturers. In fact, the different autonomous driving systems will have a very advanced level of technology in relation to which an elevated degree of confidentiality will necessarily have to be maintained to ensure fair competition.

Consequently, it is necessary to balance two different needs: on the one hand, that of the injured subject to have access to that information necessary to prove the malfunction of the AI system and the causal link between that

¹²⁶ Article 112 “Corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato” (Correspondence between the request and the judgment) of the Italian Civil Procedure Code precisely states that “*Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d’ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti.*” (The judge must rule on the entire claim and not beyond its limits; and may not rule ex officio on objections that may be raised only by the parties.).

¹²⁷ Article 115 “Disponibilità delle prove” (Evidence Availability) of the Italian Civil Procedure Code foresees at Paragraph 1 that “*Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita.*” (Subject to cases provided for by law, the judge shall base the decision on the evidence submitted by the parties or by the public prosecutor, as well as on facts not specifically disputed by the constituted party.).

¹²⁸ art. 3, par. 1, last sentence.

¹²⁹ art. 3, par. 2.

malfunction and the damaging event that occurred, and, on the other side, the manufacturer's necessity to keep certain information confidential, considering that its disclosure could be damaging with respect to competitors and the market.

In light of the above, Article 3 foresaw at Paragraph 4 a necessity and proportionality requirement with regard to the information disclosure: “[n]ational courts shall limit the disclosure of evidence to that which is necessary and proportionate to support a potential claim or a claim for damages and the preservation to that which is necessary and proportionate to support such a claim for damages.”¹³⁰ The following sentence of the same paragraph specified this provision, expressly setting out that the “proportionality” of a disclosure order has to be determined on the basis of “the legitimate interests of all parties, including third parties concerned, in particular in relation to the protection of trade secrets within the meaning of Article 2 (1) of Directive (EU) 2016/943 and of confidential information, such as information related to public or national security”¹³¹.

The awareness of not having to risk the disclosure of information that must remain confidential was further evidenced by the next sentence of Article 3, Paragraph 4. In fact, this norm obliged Member States to “ensure that, where the disclosure of a trade secret or alleged trade secret which the court has identified as confidential within the meaning of Article 9 (1) of Directive (EU) 2016/943 is ordered, national courts are empowered, upon a duly reasoned request of a party or on their own initiative, to take specific measures necessary to preserve confidentiality when that evidence is used or referred to in legal proceedings”¹³².

With reference to the specific subject matter of this brief paper, it can therefore be considered that the provisions summarized above were to be viewed favorably with respect to the deployment of driverless cars. Indeed, it has been noted that they impose an obligation on defendants to file those documents and provide that information that the claimant needs to protect his or her right to compensation and to which he or she would otherwise not have access. At the same time, the requirements for the protection of trade secrets and confidential information of other parties involved are not overlooked.

Article 3 concluded with a further provision of significant relevance for the protection of the claimant's rights and of great impact from a procedural point of view and on the burden of proof sharing. In fact, Paragraph 5 established what the consequences of an unjustified refusal by the defendant to produce the evidence requested by the court are.

These consequences were particularly “impactful” – especially when one considers the procedural tradition of the civil law countries mentioned earlier – being provided that “where a defendant fails to comply with an order by a national court in a claim for damages to disclose or to preserve evidence at its disposal” the judge “shall presume the defendant's non-compliance with a relevant duty of care, in particular in the circumstances referred to in Arti-

¹³⁰ art. 3, par. 4, first sentence.

¹³¹ art. 3, par. 4, second sentence.

¹³² art. 3, par. 4, second sentence.

cle 4 (2) or (3), that the evidence requested was intended to prove for the purposes of the relevant claim for damages”¹³³.

In this way the defendant was actually forced to cooperate by providing the required evidence.

On the other hand, this presumption of non-compliance, ruled by Article 3, Paragraph 5, was rebuttable (so called “*praesumptio iuris tantum*”)¹³⁴, since the defendant is able to rebut it¹³⁵.

Also, the presumption regulated by the following Article 4 (“Rebuttable presumption of a causal link in the case of fault”) was rebuttable¹³⁶.

This was probably the most important norm of the Directive proposal, as it ruled the causal link between the AI system malfunction and the damage suffered by the claimant.

More in detail the first paragraph foresaw that the judge shall presume the existence of the causal link between the fault of the defendant and the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output (and consequently the defendant’s liability), if all the three requirements ruled by the same paragraph are met.

Specifically, the presumption of existence of the causal link shall take place if: “(a) the claimant has demonstrated or the court has presumed pursuant to Article 3 (5), the fault of the defendant, or of a person for whose behavior the defendant is responsible, consisting in the non-compliance with a duty of care laid down in Union or national law directly intended to protect against the damage that occurred; (b) it can be considered reasonably likely, based on the circumstances of the case, that the fault has influenced the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output; (c) the claimant has demonstrated that the output produced by the AI system or the failure of the AI system to produce an output gave rise to the damage”¹³⁷.

At least at this early stage when there is currently no widespread supporting commentary and analysis from doctrine and case law and when we can only comment a withdrawn regulation proposal on this subject, this provision of the law seemed to contain some critical issues due to the lack of the specific definition of certain concepts.

Particularly the ones of “non-compliance with a duty of care” (art. 3, par. 1, Lett. a)) and of “influence” of defendant’s fault (art. 3, par. 1, Lett. b)) come to the fore. These concepts should have been further specified to enable uniform application of the Directive’s provisions by all Member State courts.

It is unclear, for example, whether this influence by the defendant’s fault on the output or on failure thereof should be the sole causal element or whether it is sufficient that it contributed in conjunction with other factors to the occurrence of the output or its failure.

¹³³ art. 3, par. 5, first sentence.

¹³⁴ *I.e.* a rebuttable presumption.

¹³⁵ art. 3, par. 5, last sentence.

¹³⁶ This is expressly stated by art. 4, par. 7: “The defendant shall have the right to rebut the presumption laid down in paragraph 1.”

¹³⁷ art. 4, par. 1.

Similarly, it was not clear in what exactly the “non-compliance with a duty of care” can practically consist.

Paragraphs 2 and 3 of Article 4 set out the additional elements that the claimant is required to prove in order to meet the requirements of paragraph 1, Lett. a) in the event that the damage was caused by a high-risk AI system. More specifically Paragraph 2 had as its object claims against a provider or a person subject to the provider’s obligations pursuant to the applicable provisions of the AI act. Paragraph 3, instead, rules the different cases in which the claim was carried out against a user. In this case, the claimant had to prove that the user did not respect the accompanying instructions or did not suspend or interrupt the AI system’s use when he or she should have, or that she or he exposed the AI system to input data under his or her control which was not relevant in view of the system’s intended purpose.

These pieces of evidence were listed very specifically and related to several possible deficiencies or defects in the AI system. Reference is made by Paragraph 2 to the use of training of models’ data¹³⁸, transparency requirements¹³⁹, the possibility of oversight by natural persons¹⁴⁰, the level of accuracy, robustness and cybersecurity¹⁴¹, the duty to carry out corrective actions¹⁴². Paragraph 3 referenced to the obligations of users of high-risk AI systems¹⁴³.

The provisions set forth by Paragraphs 2 and 3 make numerous references to the AI Act and the definitions and norms contained therein. This again confirms the point made above, namely, the close interdependence among the various sources of European law on artificial intelligence and the desire of the European legislator to provide for a regulatory framework as harmonized and comprehensive as possible in this field.

The following Paragraphs 4, 5 and 6, set out provisions that were aimed – at least partially – to counterbalance the burden placed on the defendant by the presumption ruled by the first paragraph, regulating these paragraphs limits to the presumption of the existence of a causal link.

Paragraphs 4 and 5 had a more “processual” nature and specifically referred to the claimant’s possibility to access evidence. In fact, with an approach similar to that of Article 3, they foresaw – respectively with regard to claim for damages concerning a high-risk AI system (par. 4) and a not high-risk system (par. 5) – when the presumption laid down by Paragraph 1 shall be applied. Particularly, Paragraph 4 ruled that the presumption should not be applied if the defendant demonstrates that sufficient evidence and expertise is reasonably accessible for the claimant to prove the causal link, Paragraph 5 that the judge shall apply the presumption only if he or she considers it excessively difficult for the claimant to prove the causal link.

Finally, paragraph 6 made a distinction between use of the AI system for personal and professional activities and with regard to the first case limits

¹³⁸ art. 4, par. 2, Lett. a).

¹³⁹ art. 4, par. 2, Lett. b).

¹⁴⁰ art. 4, par. 2, Lett. c).

¹⁴¹ art. 4, par. 2, Lett. d).

¹⁴² art. 4, par. 2, Lett. e).

¹⁴³ art. 4, par. 3, Lett. a) and b).

the presumption stating that “the presumption laid down in paragraph 1 shall apply only where the defendant materially interfered with the conditions of the operation of the AI system or if the defendant was required and able to determine the conditions of operation of the AI system and failed to do so”¹⁴⁴.

In light of the above, the Directive proposal’s purpose seemed to be clear: to create simplification mechanisms with regard to the evidence to be filed by the claimant in order to counterbalance the specific procedural difficulties that may characterize a claim on AI systems¹⁴⁵ and therefore capable of discouraging the user to pretend the protection of his or her rights (and consequently the use itself of the products equipped with an AI system).

Correctly, the European Commission had taken note of how the regulation of AI liability is and will be in the next years constantly evolving and how it is therefore possible that the relevant regulation will be adapted or corrected in the future, also on the basis of data that will result from practical experience and case law.

It is believed that for this reason Article 5 (“Evaluation and targeted review”) foresaw that within five years after the end of the transposition period of the Directive, the Commission shall review its application and present a report to the European Parliament, to the Council and to the European Economic and Social Committee, accompanied, where appropriate, by a (new) legislative proposal.¹⁴⁶ Such report should analyze the effects of Articles 3 and 4 on achieving the objectives pursued by the Directive, especially with regard to “the appropriateness of no-fault liability rules for claims against the operators of certain AI systems, as long as not already covered by other Union liability rules, and the need for insurance coverage, while taking into account the effect and impact on the roll-out and uptake of AI systems, especially for SMEs”¹⁴⁷. Moreover, a data collection, analysis and exchange between the Commission and the Member States shall take place.

As much as the desire contained in the Directive proposal to improve its norms based on market and societal feedback was positive, this expressed possibility of regulatory change seems to generate some uncertainty resulting in difficulty for the various market and infrastructure players involved to understand *ex ante* what possible risks and costs they will be called upon to bear.

Such uncertainty – as seen above – is never helpful, as it risks discouraging investment in AI and driverless cars sector and in their technological development.

¹⁴⁴ art. 4, par. 6.

¹⁴⁵ See T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *op. cit.*, 500.

¹⁴⁶ Such provision proposal was similar to the one contained in the Directive 2024/2853/EU at art. 20 (“Evaluation”): “The Commission shall by 9th December 2030, and every five years thereafter, evaluate the application of this Directive and submit a report to the European Parliament, to the Council and to the European Economic and Social Committee. Those reports shall include information about the cost and benefits of the transposition of this Directive, a comparison with OECD countries and the availability of product liability insurance.”.

¹⁴⁷ art. 5, par. 2.

A final critical remark emerges from a comparison with the European Parliament Resolution of 20th October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence¹⁴⁸.

The regulations foreseen by the Parliament and the one subject of commentary in this chapter differ in a number of respects¹⁴⁹. Particularly interesting is the fact that – unlike the Directive proposal – the Resolution of 2020 suggested a strict liability for high-risk AI-systems¹⁵⁰ and foresaw a mandatory insurance regulation¹⁵¹.

The withdrawal of the Directive proposal on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence represents, in many respects, a regrettable step backward in the process of establishing a coherent, harmonised and future-oriented regulatory framework for AI technologies. Although the proposal was still subject to refinement, it introduced essential principles aimed at addressing the distinctive challenges posed by autonomous and self-learning systems, included the difficulty in identifying a liable human actor in complex causal chains. Its withdrawal leaves a normative gap which is especially significant in the context of autonomous vehicles, where the interplay between human input, machine learning algorithms, and evolving data environments may make traditional liability models increasingly inadequate.

A harmonized European regime specifically tailored to AI-related harm would have had the potential to ensure greater legal certainty, to promote consumer trust in autonomous technologies, and to stimulate innovation by offering clearer rules of accountability. The absence of such a framework risks to increase (at least potentially) fragmentation at the national level and may hinder the safe and equitable deployment of high-risk AI systems, including (and especially) self-driving vehicles. For these reasons, the original proposal should not be viewed as a failed legislative experiment, but rather as an important reference for future initiatives that will inevitably have to revisit the question of AI-specific liability.

Establishing a legal framework concerning AI-related non-contractual liability is particularly critical for the future of driverless vehicles, which – as has been proved – represent one of the most advanced and socially impactful applications of artificial intelligence. As argued throughout this article, uncertainty surrounding the attribution of legal responsibility in case of damage caused by autonomous systems constitutes a major barrier to their large-scale deployment. Without clear rules identifying when and how compensation can be obtained, and from whom, both consumers and manufacturers are left in a state of legal limbo that inhibits trust, investment, and adoption. A legislative instrument such as the withdrawn Directive proposal – even if strongly improvable – would have provided a shared basis for as-

¹⁴⁸ 2020/2014 (INL).

¹⁴⁹ See T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *op. cit.*, 500.

¹⁵⁰ See art. 4 (“Strict liability for high-risk AI-systems”), par. 1 of the European Parliament Resolution of 20th October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence: “The operator of a high-risk AI-system shall be strictly liable for any harm or damage that was caused by a physical or virtual activity, device or process driven by that AI-system.”

¹⁵¹ art. 4, par. 4 of the European Parliament Resolution of 20th October 2020, *op. ult. cit.*



signing liability in complex, human-machine interactions, while preserving fairness and proportionality and this is a necessary precondition for the safe, responsible, and socially accepted integration of driverless technologies into the mobility systems.

652

5. Autonomous Vehicles in the current EU Liability Framework: Immediate Effects and Future Developments.

The two Directive proposals (one approved and already in force and the other withdrawn), schematically summarised and analysed in the previous two chapters, aimed to deal with issues, which are complementary to each other.

Both Directives were intended to function in a complementary manner, each addressing distinct yet interrelated aspects of liability: the AI Liability Directive dealt with non-contractual fault-based liability regimes and thus with the risks associated with the requirements previously set by safety regulations, the Directive on liability for defective products, instead, focuses on AI systems use and production and is independent of the manufacturer's fault and it makes it possible for even a product that complies with safety standards to be considered defective¹⁵².

In the course of this brief analysis, an attempt has also been made to express what is believed to be the clear purpose of, more in general, this new kind of AI regulation: that of reassuring users and members of the community in general that they will be protected in the event of damage caused by AI systems.

This seems to respond to a principle correctly expounded by the scholarship, that “social welfare increases if the risk is allocated to a risk-neutral (or less risk-averse) party (if such a party exists) or to a party that is easily able to spread losses”¹⁵³.

Assuming that producers tend to be more able and willing to bear the risk of harm than users and other members of the community, however, the question of how responsibility will be allocated among the actors (e.g., car manufacturer, supplier, software provider and its operator) who coexist within the planning and production of a certain AI system remains (at least partially) unresolved by the current legislation in force.

This problem will be even more significant in the case of autonomous vehicles, the complexity of which will certainly require collaboration among numerous subjects. In fact, there will be issues to be worked out and resolved that necessarily cannot be the responsibility of a single party. Consider, e.g., driving software programming, the realization of the electronic and mechanical components of the vehicle and the management of communications between the vehicle, other vehicles, and road infrastructure.

¹⁵² T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *Verso la nuova Product Liability Directive: la proposta della Commissione europea del 28 settembre 2022 per una nuova direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso che abroga la Direttiva 85/374/CEE*, in *Persona e Mercato*, 2022, vol. 2, 502-503.

¹⁵³ S. LI/M. FAURE/K. HAVU, *op. cit.*, 624.

In the event that an accident takes place it will be necessary to figure out which of these parties (or which other) is responsible for the event, and given the complexity of the technologies involved this task can also be very complex.

Directive 2024/2853 has only partially sought to address these kinds of issues, but two reasons for this decision can be found. First, there is currently a dearth of technical and empirical data on which a regulation must be based in order not to risk inconsistencies or future “short circuits”. Secondly, it could also be that the European legislator has chosen to make a choice of priorities: first of all, users must be protected, both because they are the weaker parties and their trust must be ensured; later (once AI technologies have begun to spread) a specific discipline will be proposed for the division of responsibility between various developers and programmers. In the meantime, the already existing civil law supplemented by the applicable rules of the abovementioned Directive can be used.

Instead, dwelling briefly on what may be critical aspects of Directive 2024/2853 and of the withdrawn AI liability Directive proposal, the following should be noted.

First of all, the choice of regulatory instrument (directive instead of regulation) has pros and cons. It certainly provides Member States with more room for discretion and respect for different legal traditions, but at the same time it opens the way for possible different interpretations and transposition laws resulting in a variety of norms and difficulty for users, companies and other investors to know the exact discipline in other States of the European Union.

This would happen in a technological and economic field where, on the contrary, the best possible harmonization and uniformity of law would be needed, since it is precisely on these conditions that the deployment of self-driving car technologies largely depends.

In fact, it is clear that autonomous vehicles diffusion would certainly be facilitated if their use and the regulation of liability related to them were the same throughout the entire territory of the European Union.

In this regard, it should also be remembered that according to Article 4 of the Treaty on the Functioning of the European Union, “transport” is one of the areas where there is a shared competence between the European Union and the Member States (art. 4, par. 2, Lett. g), TFUE).

Articles 90 and following of the same Treaty are specifically referred to the regulation of the transport sector. Based on such norms, the European legislator has already approved many regulations and directives in this sector, with the aim of creating increasingly harmonised legislation and ensuring as much safety as possible on European Union roads¹⁵⁴.

¹⁵⁴ See, e.g., the Reg. EC 661/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning type-approval requirements for the general safety of motor vehicles, their trailers and systems, components and separate technical units intended therefor, OJ L 200, 31.7.2009, 1-24, and the dir. 2010/40/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the framework for the deployment of Intelligent Transport Systems (ITS) in the field of road transport and for interfaces with other modes of transport, OJ L 207, 6.8.2010, 1-13.



For sure the above analysed Directive (as well as the AI liability Directive proposal) do not have autonomous vehicles as their sole object and consequently the decision on the most appropriate legal tool has to take further elements into account. Nevertheless, if we have to consider the possible impact of such law provisions on this particular technology, the abovementioned strong need for harmonization has to be highlighted and the difficulties related to the directives' characteristics taken into account.

Also, a possible alternative solution could have been to set forth specific norms having as their object only autonomous vehicles and more in detail accidents where they are involved and the consequent liability regulation with regard to damage compensation.

This would not impose a unified set of regulations covering the entire world of artificial intelligence technologies on Member States and would thus safeguard the needs of States to preserve some of their characteristic regulatory features. At the same time, however, it would ensure an efficient response to the demand for regulatory uniformity that characterizes the transportation sector and in particular driverless cars.

In any case, the European Union's legislative intervention must be as rapid and comprehensive as possible. In fact, I agree with the scholarship pointing out that "[f]or this very reason, thence to avoid market fragmentation, as well as to ensure a level-playing field and increased certainty at European level, the EU should intervene to regulate liability for accidents involving – partially – autonomous vehicles. Absent European intervention MS will regulate, adopting solutions that might prove divergent even with respect to the incentives they provide towards one form or the other of automation"¹⁵⁵.

The urgency that is pointed out above and in the preceding chapters, however, should not be interpreted as an oversight or underestimation of the difficulties that the legislator has to face, particularly that of having to create extremely innovative legislation (both on AI systems in general and autonomous vehicles in particular) without having comprehensive technical data on the technologies available themselves.

At the same time, as observed, one cannot have much empirical data without legislation governing the use of the aforementioned technologies.

Thus, we can say that a paradox is created: to be developed, legal norms require technical data and technical data legal norms. The European legislator has to navigate in this particularly treacherous and murky sea. The rocks are represented by the risk of writing a regulation that is partial and not all-encompassing – think, for example, of the difficulty of regulating the ability of the user to limit the damage of a product equipped with an AI system such as an autonomous vehicle – and that will therefore need to be improved over time. But it is essential to take the first steps.

In conclusion of this section, this article offers some final thoughts with specific reference to driverless cars' possible future legal discipline.

As discussed in previous sections, the transition to autonomous vehicles, despite their innumerable advantages, is very complex, and technological

¹⁵⁵ A. BERTOLINI/M. RICCABONI, *op. cit.*, 281.

progress is likely to come up against the fear of users to adopt this new technology.

For this reason, the discipline concerning liability will play a key role. Indeed, the guarantee of being compensated for possible damage will be much more relevant than statistical data on the safety of driverless cars in convincing users to use them.

Clear regulations ruling both autonomous car accidents and liability for defective products as well as an effective system of compensation will therefore be indispensable and should aim to make sure that a person has the certainty of being compensated in a way that is not more complex but rather more agile than now.

Furthermore, it should be noted in this regard that it will not be possible to shift liability to individual owners or users by means of informed consent alone because this would expose the weak subject to too great a risk (and thus disincentivize use). Moreover, there would be litigation related to whether a subject really understood the risk he or she was taking¹⁵⁶.

Secondly, on the other hand, it was also noted that such norms should at the same time not discourage companies from investing in the AI systems which autonomous vehicles will be equipped with. Indeed, the possibility that risks and costs will be too high for companies compared to the revenues given by the sale and use of driverless cars would be a dangerous disincentive to investments that at this stage are indispensable, both for the development of this technology in general and specifically for its success of the European market.

Thus, it is clear that “[i]n any event, we must reckon with the reality that any change in the liability system will be disruptive to someone, who may safely be expected to resist”¹⁵⁷.

It is patent that the interests of the companies producing self-driving vehicles or their intelligence software or the entities that will operate the related infrastructure must also be given due consideration.

A suggestion for a possible solution is given by the future role that insurance companies will have. Insurers, being the entity that by its own nature is best suited to manage risk, could in fact support on the one hand users and on the other producers in splitting liability for damage resulting from the circulation of autonomous vehicles or their interaction with other parties involved in road traffic: both “classic” human-driven cars as well as pedestrians and cyclists.

The importance of the role that insurance of autonomous vehicles will play will be indeed absolutely significant for the deployment of these technologies. In fact, along with the cost of using self-driving cars, the price and breadth of coverage of insurance policies will be critical in enabling their success or failure¹⁵⁸.

Likewise, manufacturers will also need to take out suitable insurances to protect themselves from the risks to which the product liability regulations analyzed above will expose them.

¹⁵⁶ J.-A. PATTINSON/H. CHEN/S. BASU, *op. cit.*, 4 and 7.

¹⁵⁷ A. F. SCALES, *op. cit.*, 194.

¹⁵⁸ K. NOUSSIA, *op. cit.*, 256.



For sure, insurance companies will have to consider how road traffic (and consequently) accidents will drastically change with driverless cars deployment. Insurance's object and characteristics will necessarily be different that current ones¹⁵⁹.

Certainly, in the changing world of vehicle circulation also the role of the relevant insurance companies will have to change, but this does not vary the fact that the latter, if they can evolve efficiently and there is the support of a suitable regulatory framework, can be decisive in the development of driverless cars.

In first approximation one can think that insurers will probably prefer that the legal system keep liability centered on owners (like the Italian Civil Code currently does) rather than on producers, also because owners are parties with whom insurers have much more negotiating power¹⁶⁰.

Nevertheless, at this still embryonic stage of the development of liability legislation related to the use of self-driving vehicles, a different or at least more nuanced development of such legislation certainly should not be ruled out.

More generally, the regulatory framework on autonomous vehicles that will be equipped with AI systems has been seen to be now at a central stage of its development, and it is therefore imperative the legislator succeed in making the best decisions for their deployment. Certainly, it will be preferable this be done uniformly at the European Union level instead of individual Member States.

6. An Effectiveness Simulation: Analysis of a Possible Application of Directive (EU) 2024/2853 to Actual Accidents Involving Self-Driving Vehicles.

The following section aims at examining the practical implications of the Directive (EU) 2024/2853.

Therefore, the conclusion of this brief study will be an attempt to carry out an "empirical" simulation of the possible application of Directive (EU) 2024/2853 on liability for defective products. In particular, the possible impact of the Directive application will be assessed with regard to some accidents involving autonomous or partially autonomous vehicles that actually took place in the last years.

All the cases under analysis occurred in the United States of America and therefore the application of the Directive is clearly only hypothetical on a type of accident corresponding to those that occurred. However, these cases were chosen because, (i) with respect to the first three, the National Transportation Safety Board provides very detailed reports on the characteristics of the accident that were useful in this analysis; (ii) those subject of the last section (which occurred in 2023) because they involved autonomous vehi-

¹⁵⁹ See the analyses carried out by V. MARDIROSSIAN, *op. cit.*, 285-289 and by S. LANDINI, *op. cit.*, 296-297.

¹⁶⁰ A. F. SCALES, *op. cit.*, 194.

cles which are currently not allowed to be used on “normal” public roads within the European Union.

The purpose of this analysis is to assess the effectiveness of Directive 2024/2853 and whether it would be able to clearly and fairly indicate who is responsible for each accident and who is entitled to compensation and how this compensation could be determined.

6.1.The Collision between a Car Operating with Automated Vehicle Control Systems and a Tractor-Semitrailer Truck of 7th May 2016.

6.1.1. Accident reconstruction.

According of the accident report issued by the National Transportation Safety Board (NTSB)¹⁶¹: on “May 7, 2016, a 2015 Tesla Model S 70D car, traveling eastbound on US Highway 27A (US-27A), west of Williston, Florida, struck a refrigerated semitrailer powered by a 2014 Freightliner Cascadia truck-tractor. At the time of the collision, the truck was making a left turn from westbound US-27A across the two eastbound travel lanes onto NE 140th Court, a local paved road. The car struck the right side of the semitrailer, crossed underneath it, and then went off the right roadside at a shallow angle. The impact with the underside of the semitrailer sheared off the roof of the car”¹⁶². While the truck driver was not injured, the driver of the car died in the crash.

The report points out also that “System performance data downloaded from the Tesla indicated that the driver was operating the car using features of its Autopilot suite: Traffic-Aware Cruise Control (TACC)¹⁶³ and the Autosteer lane-keeping system¹⁶⁴. ‘Autopilot’ is a proprietary name used by Tesla for a combination of vehicle automation systems that provide driver assistance. The car was also equipped with a forward collision warning (FCW) system and automatic emergency braking (AEB), but those systems did not activate. System performance data indicated that the vehicle speed just before impact with the semitrailer was 74 mph. The highway has a posted speed limit of 65 mph”¹⁶⁵.

¹⁶¹ The Accident Report, NTSB/HAR-17/02 PB2017-102600, is available at the following link: < <https://www.nts.gov/investigations/accidentreports/reports/har1702.pdf> > (4.01.2024). All the information referred to this accident is drawn from the same report. The accident is mentioned also by J. STILGOE in *op. cit.*, 635, and, more in detail, in *Machine learning, social learning and the governance of self-driving cars*, in *Social Studies of Science*, vol. 48, no. 1, 2018, 25-56.

¹⁶² Accident Report, NTSB/HAR-17/02 PB2017-102600, *op. ult. cit.*, vi.

¹⁶³ In the Accident Report, *op. cit.*, the “TACC” is described at p. 9 as “an adaptive cruise control system that maintains the set cruise speed, applies brakes to preserve a predetermined following distance when approaching a slower-moving vehicle ahead of the Tesla, and accelerates to the set cruising speed when the area in front of the Tesla is no longer obstructed.”.

¹⁶⁴ The “Autosteer”, instead, according to the Accident Report at p. 9 “automatically steers the car to keep it within its lane of travel.”.

¹⁶⁵ Accident Report, NTSB/HAR-17/02 PB2017-102600, *op. cit.*, 1.



Consequently, the car's level of automation was 2 of the SAE taxonomy of driving automation systems. For the purposes of this analysis (as well as of that of the NTSB report) it should be remembered that "[w]hen operating a Level 2 vehicle, the driver is responsible for monitoring the driving environment"¹⁶⁶. The tasks performed by this level of automation are steering and acceleration/deceleration, but with only a partial degree of automation and therefore the "driver engagement remains integral to the automated driving system"¹⁶⁷.

6.1.2. The causes of the crash.

In light of the detailed analysis carried out in its report, the NTSB states in its conclusions that "[n]o investigative evidence indicates that either driver was fatigued, that cell phone use distracted the truck driver, that the car driver was impaired by alcohol or other drugs, that any mechanical system on either vehicle failed, or that the highway design was inappropriate; consequently, these were not factors in the crash." (point 1); "There was sufficient sight distance to afford time for either the truck driver or the car driver to have acted to prevent the crash." (point 2); "The Tesla's automated vehicle control system was not designed to, and did not, identify the truck crossing the car's path or recognize the impending crash; consequently, the Autopilot system did not reduce the car's velocity, the forward collision warning system did not provide an alert, and the automatic emergency braking did not activate." (point 3)¹⁶⁸.

Consequently, according to the same NTSB, the probable cause of the accident was "the truck driver's failure to yield the right of way to the car, combined with the car driver's inattention due to overreliance on vehicle automation, which resulted in the car driver's lack of reaction to the presence of the truck"¹⁶⁹.

At the same time, however, it should be noted that the NTSB considers that there are liability profiles also with respect to the autonomous driving system. In fact, the report points out that "driver's pattern of use of the Autopilot system indicates an overreliance on the automation and a lack of understanding of system limitations" (point 7) and that how the automated driving system "monitored and responded to the driver's interaction with the steering wheel was not an effective method of ensuring driver engagement" (point 9).¹⁷⁰

Therefore, the operational design of the vehicle automation was considered a contributing factor to the driver's overreliance and to his prolonged disengagement from the driving tasks with a consequent "use of the automa-

¹⁶⁶ Accident Report, NTSB/HAR-17/02 PB2017-102600, *op. cit.*, 24.

¹⁶⁷ Accident Report, NTSB/HAR-17/02 PB2017-102600, *op. cit.*, 27.

¹⁶⁸ Accident Report, NTSB/HAR-17/02 PB2017-102600, *op. cit.*, 41.

¹⁶⁹ Accident Report, NTSB/HAR-17/02 PB2017-102600, *op. cit.*, 42.

¹⁷⁰ Accident Report, NTSB/HAR-17/02 PB2017-102600, *op. cit.*, 41.

tion in ways inconsistent with guidance and warnings from the manufacturer”¹⁷¹.

6.1.3. Application simulation of Directive 2024/2853 to this incident.

| 659

According to the NTSB report the crash between the Tesla and the truck was caused by three factors: (a) the truck driver’s conduct (failure to yield the right of way to the car); (b) the car driver’s conduct (lack of the necessary concentration and focus when driving); (c) the automated driving systems characteristics (operational design that did not prevent a prolonged disengagement of the driver from the driving tasks).

Consequently, it is not possible to identify a single subject liable for the crash but the relevant responsibility has to be divided between the two drivers and the car manufacturer.

In the same way indicating the three subjects as sharing equal responsibility does not seem correct. The main responsible party appears to be the truck driver, who did not comply with a legal driving regulation. The car driver inattention is the secondary crash contributing factor, while the shortcomings of the autonomous driving system appear to play only a marginal role.

In order to attempt to simulate the application of Directive 2024/2853 (and thus to identify the liability profiles of the manufacturer of the product equipped with AI) to the 7th May 2016 fatal crash involving a vehicle operating with partially automated driving systems we should consider exclusively the relationship between the injured party (or his successors) and the economic operator (the car manufacturer). As this chapter focuses on product liability under the new Directive 2024/2853, the causal contribution of the truck driver, although clearly the primary factor according to the NTSB report, must be set aside for analytical purposes. Consequently, the legal assessment under the Directive must consider whether, and to what extent, the vehicle driver could have sought compensation from the manufacturer on the basis of a product defect within the meaning of Articles 5 and following of the Directive.

According to the NTSB findings, the partially automated car driver was inattentive and failed to intervene despite having had sufficient time to do so: a conduct that significantly contributed to the fatal outcome. This circumstance would likely limit the driver’s entitlement to full compensation under Directive 2024/2853, as their contributory negligence constitutes a significant causal factor in the occurrence of the crash.

Nonetheless, the Directive does not exclude compensation where the product is defective and has contributed to the damage. Under Article 7 of the Directive, the assessment of defectiveness must also take into account the instructions for use provided by the manufacturer (art. 7, par. 2, Lett. a)). In this case, a reasonable argument could be made that the vehicle lacked

¹⁷¹ Accident Report, NTSB/HAR-17/02 PB2017-102600, *op. cit.*, 42.



sufficiently explicit and effective instructions regarding the need for continuous driver supervision and the timely resumption of control.

Additionally, the absence of a robust driver monitoring system – capable of detecting and reacting to prolonged driver disengagement – may further support the finding of a defect. These factors, taken together, could justify a partial attribution of liability to the manufacturer under the Directive.

In addition to Articles 5 (“Right of compensation”)¹⁷² 6 (“Damage”)¹⁷³ and 7 (“Defectiveness”), other provisions of Directive (EU) 2024/2853 may be relevant within the framework of a legal analysis of this case. For instance, Article 10, Paragraph 4, (under certain requirements that the claimant should meet) provides for a presumption of defectiveness of the product and of causality when it is excessively difficult for the injured person, in particular due to technical or scientific complexity, to prove the defectiveness of the product or the causal link between its defectiveness and the damage, or both. This provision could potentially assist in cases involving complex autonomous systems where the causal chain cannot be easily reconstructed by anyone other than the manufacturer.

Moreover, Article 7, Paragraph 2, Letter b), specifies that in assessing the defectiveness of a product the reasonably foreseeable use of the product must be also taken into account. Such “foreseeable use” might include excessive reliance on the system by users despite clear warnings, raising the question of whether such reliance was, in fact, reasonably foreseeable in light of the system’s design and communication.

All these elements together suggest that, even in the absence of a dominant causal role, the manufacturer might still bear a measurable share of responsibility under the Directive’s framework.

The simulated application of Directive (EU) 2024/2853 to the aforementioned crash illustrates the Directive’s capacity to modernize the notion of product defect, enabling courts to consider software failures, inadequate safety instructions, and even design omissions – such as insufficient driver monitoring mechanisms – as potential grounds for liability. This evolution is crucial in adapting legal standards to increasingly intelligent and complex products.

At the end of this simulation the Directive appears to provide a valuable legal toolkit for assigning liability to manufacturers in complex cases such as the one examined; nevertheless, it may fall short in fully capturing scenarios characterised by overlapping human error and system malfunction, where responsibility is inherently distributed.

¹⁷² “It should be recalled that this provision establishes the right to compensation not only for the injured party, but also, under par. 2, Lett. a), for “a person that succeeded, or was subrogated, to the right of the injured person by virtue of Union or national law or contract”.

¹⁷³ According to which “The right to compensation pursuant to Article 5 shall apply in respect of only the following types of damage: (a) death or personal injury, including medically recognised damage to psychological health; [...]”.

6.2. The Collision between a Vehicle Controlled by a Developmental Automated Driving System and a Pedestrian of 18th March 2018.

6.2.1. Accident reconstruction.

The following accident took place on 18th March 2018, at 9:58 p.m., when “an automated test vehicle, based on a modified 2017 Volvo XC90 sport utility vehicle (SUV), struck a female pedestrian walking across the northbound lanes of N. Mill Avenue in Tempe, Arizona. The SUV was operated by the Advanced Technologies Group of Uber Technologies, Inc., which had modified the vehicle with a proprietary developmental automated driving system (ADS). A female operator occupied the driver’s seat of the SUV, which was being controlled by the ADS. The road was dry and was illuminated by street lighting”¹⁷⁴. After the crash the pedestrian died on scene from multiple blunt force injuries while the car driver (*rectius* the vehicle operator) was not injured¹⁷⁵.

The pedestrian was pushing a bicycle at her left side and the location had no crosswalk¹⁷⁶ and the landscape median that separated the northbound and southbound travel lanes on N. Mill Avenue contained four signs prohibiting pedestrian crossing. Based on the available information it was not possible to determine “how the pedestrian arrived at the median, or whether she reached it by crossing N. Mill Avenue midblock, outside a crosswalk”¹⁷⁷.

6.2.2. The causes of the crash.

¹⁷⁴ The Accident Report, NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, is available at the following link: < <https://www.nts.gov/investigations/accidentreports/reports/har1903.pdf> > (10.02.2024). All the information referred to this accident is drawn from the same report. This quote is from p. v. The accident is mentioned also by J. STILGOE, in *Self-driving cars will take a while to get right*, *op. cit.*, 203, and in *How can we know a self-driving car is safe?*, *op. cit.*, 635-636. The Author particularly emphasized that this accident, as well as the one that took place in Florida described in the previous pages “and the investigations that have followed, have revealed not just a carelessness among some developers, but also a lack of consensus about how to assess risk, and an absence of clear regulation or standards to govern the testing or approval of new self-driving technologies. These incidents remind us not just of a technology’s limits, but also of the flaws of a mode of governance that leaves technology developers to their own devices.”.

The same Author analyses the Arizona crash also in *Who’s Driving Innovation? New Technologies and the Collaborative State*, Cham-Switzerland, 2020, 1-6 and offers a critique of the relevant driverless car testing rules and methods.

The accident involving the modified Volvo XC90 and the pedestrian has been analysed and commented by several other scholars. See, e.g., H. STAMP, *The Reckless Tolerance of Unsafe Autonomous Vehicle Testing: Uber’s Culpability for the Criminal Offense of Negligent Homicide*, in *Journal of Law, Technology, & the Internet*, 2019, 2024, vol. 15, no. 1, 37-75, and M.C. ELISH, *Moral Crumple Zones: Cautionary Tales in Human-Robot Interaction*, in *Engaging Science, Technology, and Society*, 2019, vol. 5, 40-60.

¹⁷⁵ Accident Report, NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, *op. ult. cit.*, 5.

¹⁷⁶ Accident Report, NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, *op. cit.*, 1.

¹⁷⁷ Accident Report, NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, *op. cit.*, 4-5.



The NTSB, in reconstructing the incident, notes a fundamental element for the purposes of the identification of the crash liability when it describes the functioning of the automated driving technology immediately before the accident: “[a]ccording to ADS data, the system first detected the pedestrian 5.6 seconds before the crash. It initially classified the pedestrian as a vehicle, and subsequently also as an unknown object and a bicyclist. Although the ADS continued tracking the pedestrian until the crash, it did not correctly predict her path or reduce the SUV’s speed in response to the detected pedestrian. By the time the system determined that a collision was imminent and the situation exceeded the response specifications of the ADS braking system to avoid the collision – 1.2 seconds before impact – the design of the system relied on the vehicle operator to take control of the vehicle. In such situations, the design of the ATG ADS precluded emergency braking for crash mitigation alone”¹⁷⁸.

With reference to the vehicle mechanical condition, no damage or defects in any major mechanical system that could have affected the car’s performance was found¹⁷⁹.

With regard to the behaviour of the parties involved (the car driver and the pedestrian) the report describes that the vehicle operator – a 44-year-old female with no health issues – had been working as an automated vehicle operator for ATG (Advance Technologies Group – Uber) since June 2017, was familiar with the place and before the day of the crash had already completed a 3-week training program as well as subsequent recurrent training classes and had completed the designated route 73 times in autonomous mode since completing her training. It was probable that at the time of the crash she was using (or watching) her phone¹⁸⁰.

The pedestrian was instead a 49-year-old woman. Her toxicological tests identified drugs in her system, including methamphetamine and an inactive marijuana metabolite that could have affect the woman’s perception and judgement¹⁸¹.

Consequently, also the pedestrian behaviour was one of the causes of the tragic accident.

Nevertheless, a more relevant cause was the abovementioned vehicle operator’ actions: particularly the operator was often distracted while in the car to look at her phone. Also, immediately before the impact, six seconds, the

¹⁷⁸ Accident Report, NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, *op. cit.*, 1. See also 36.

¹⁷⁹ Accident Report, NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402 *op. cit.*, 6 and 36.

¹⁸⁰ According to the Report, NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, *op. cit.*, 1: “[v]ideo from an ATG-installed inward-facing camera shows that the operator was glancing away from the roadway for extended periods throughout the trip. Specifically, she was looking down toward the bottom of the center console where she had placed her cell phone at the start of the trip. According to her phone records, the operator was streaming a television show using an application on her phone. About 6 seconds before the crash, she redirected her gaze downward, where it remained until about 1 second before the crash.” The same report, at page 24, observes that “NTSB investigators examined the records that the TPD obtained from the content providers. The records showed that the account belonging to the vehicle operator was continually streaming a television show between 9:16 p.m. and 9:59 p.m. on March 18. That period covered the entire crash trip, which included 39 minutes on a public road.” See. Also pages 42-43.

¹⁸¹ Accident Report, NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, *op. cit.*, 22 and 36-37.

operator looked for five seconds at the bottom of the centre console (where the phone was located) and only about one second before the impact she returned her gaze to the road, not in time to steer away¹⁸². According to the NTSB report an attentive driver would have been able to detect the pedestrian and stop the vehicle before the impact or in any case to avoid (or at least mitigate) the crash¹⁸³.

Therefore, according to the NTSB's report, the operator's failure to monitor the driving environment because of her visual distraction was the main cause of the accident. Contributing factors were Uber Advanced Technologies Group's inadequate safety risk assessment procedures, an ineffective oversight of vehicle operators and a lack of adequate mechanisms for addressing operators' automation complacency¹⁸⁴.

With regard to the most relevant aspects in this article, the NTSB points specifically out in its report conclusions that "[t]he Uber Advanced Technologies Group did not adequately manage the anticipated safety risk of its automated driving system's functional limitations, including the system's inability in this crash to correctly classify and predict the path of the pedestrian crossing the road midblock." (point 3); "[t]he aspect of the automated driving system's design that precluded braking in emergency situations only when a crash was unavoidable increased the safety risks associated with testing automated driving systems on public roads." (point 4); "[t]he aspect of the automated driving system's design that precluded braking in emergency situations only when a crash was unavoidable increased the safety risks associated with testing automated driving systems on public roads." (point 5); "[t]he Uber Advanced Technologies Group's deactivation of the Volvo forward collision warning and automatic emergency braking systems without replacing their full capabilities removed a layer of safety redundancy and increased the risks associated with testing automated driving systems on public roads." (point 7); "[h]ad the vehicle operator been attentive, she would likely have had sufficient time to detect and react to the crossing pedestrian to avoid the crash or mitigate the impact." (point 9); "[t]he Uber Advanced Technologies Group did not adequately recognize the risk of automation complacency and develop effective countermeasures to control the risk of vehicle operator disengagement, which contributed to the crash." (point 11); "[a]lthough the Uber Advanced Technologies Group had the means to retroactively monitor the behavior of vehicle operators and their adherence to operational procedures, it rarely did so; and the detrimental effect of the company's ineffective oversight was exacerbated by its decision to remove the second vehicle operator during testing of the automated driving system." (point 13); "[t]he Uber Advanced Technologies Group's inadequate safety culture created conditions – including inadequate oversight of vehicle operators –that contributed to the circumstances of the crash and specifically to the vehicle operator's extended distraction during the crash trip." (point 15)¹⁸⁵.

¹⁸² Accident Report, NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, *op. cit.*, 42.

¹⁸³ Accident Report, NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, *op. cit.*, 44.

¹⁸⁴ Accident Report, NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, *op. cit.*, v and 59.

¹⁸⁵ Accident Report, NTSB/HAR-19/03 PB2019-101402, *op. cit.*, 57-58.



6.2.3. Application simulation of Directive 2024/2853 to this incident.

| 664

In order to simulate the application of Directive (EU) 2024/2853 to the incident of 18th March 2018 we will first assume that the successors of the victim initiate a civil action for damages against the driver and/or the owner of the vehicle involved in the accident. As in the previous case, for the purposes of this specific legal analysis, the contributory conduct of the pedestrian – although relevant in reality – will be set aside.

Within this simulation, the defendant (the driver and/or owner of the vehicle) is expected to involve the manufacturer in the proceedings, claiming that the latter should bear liability for the damage caused by the vehicle equipped with driverless technology. Conversely, the manufacturer will seek to demonstrate that the sole proximate cause of the crash was the inattention of the vehicle operator, who failed to intervene in time to prevent the collision because she was distracted.

According to the findings of the National Transportation Safety Board, multiple factors contributed to the incident (beyond the pedestrian's own behaviour). These include the distracted conduct of the on-board operator and the malfunction of the autonomous driving technology and the absence of adequate oversight mechanisms. In particular, the system failed to correctly classify the pedestrian as a human being in a timely manner, did not adequately predict her path and initiated emergency too late.

These failures raise significant concerns under Directive 2024/2853, as they reflect both a potential defect in the product itself and a lack of adequate safeguards to prevent foreseeable harm. On the other hand, supervisory failures attributable to the operator (if acting on behalf of the vehicle's owner) may further compound the responsibility of non-manufacturer parties.

As in the previous case, these facts suggest a partial liability of the manufacturer.

Under Article 5 of the Directive, the victim's family members would be entitled to compensation for personal injury resulting in death (Article 5, Paragraph 2, Letter a)), should a product defect be established.

However, it should also be noted, although as a surely secondary fact, that according to the following Article 6, even in the hypothetical case where full responsibility were attributed to the manufacturer, no compensation would be due for the loss suffered by the vehicle owner for the damages at the autonomous car itself, because this is the "defective product" for which Article 6, Paragraph 2, Letter b) explicitly excludes recovery for damage.

This appears to be a relevant structural limitation of the Directive with regard to accidents involving driverless vehicles, considering that crashes, but also post-incident analysis and technical inspections often require substantial repair or destruction of the system. The inability to claim for such loss may act as a disincentive to pursuing fault-based litigation, especially

when the defective product is of high economic value and integrally involved in the production of harm.

In conclusion, the simulated application of Directive 2024/2853 to the 18th March 2018 crash illustrates both some of the strengths of the Directive, but also how it may still require refinement in its treatment of damages involving the defective product itself, particularly in light of the economic and evidentiary realities of high-tech and autonomous systems such those that will be use by driverless vehicles.

6.3.The Collision between a Sport Utility Vehicle Operating with Partial Driving Automation and a Crash Attenuator of March 23, 2018.

6.3.1. Accident reconstruction.

This third accident took place in Mountain View, California only a few days after the one in Arizona described above: “[o]n Friday, March 23, 2018 at 9:27 a.m., a 2017 Tesla Model X P100D electric-powered sport utility vehicle (SUV), operated by a 38-year-old driver, was traveling south on US Highway 101 (US-101) in Mountain View, Santa Clara County, California.” ... “A 630-foot-long paved gore with an unmarked neutral (inside) area separated the left-exit HOV lane for SR-85 from the US-101 HOV lane. The gore widened to about 17.5 feet at the point where a previously damaged and nonoperational crash attenuator was in place ahead of a 3-foot-high concrete barrier” [...] “As the SUV approached the US-101–SR-85 interchange, it was traveling in the second lane from the left with the Tesla’s Autopilot system activated (for more detail on the operational performance data, see section 1.2). When the SUV reached the gore dividing the main travel lanes of US-101 from the left exit ramp to SR-85, the vehicle moved to the left. It entered the gore, through which it continued traveling until the front left of the SUV struck the crash attenuator at a speed of 70.8 mph. The impact rotated the SUV counterclockwise and caused the front body structure to separate from the rear of the vehicle. The SUV was subsequently struck by two other vehicles, a 2010 Mazda 3 and a 2017 Audi A4, when it rotated into the lane to the right of the gore” [...] “The 51-year-old female driver of the Audi was uninjured, and the 25-year-old male driver of the Mazda sustained minor injuries. The Tesla driver died at Stanford Health Care Hospital at 1:02 p.m., 4 hours 35 minutes after the crash. The cause of death was multiple blunt-force injuries that included a fractured pelvis and significant internal injuries”¹⁸⁶.

The technology of this auto was similar to the one of the cars involved in the accident of 7th May 2016 in Florida: the car was equipped with an autopilot whose major subsystems are the Traffic-Aware Cruise Control (providing longitudinal control, *i.e.* acceleration and deceleration) and the Auto-

¹⁸⁶ The Accident Report, NTSB/HAR-20/01 PB2020-100112, is available at the following link: < <https://www.nts.gov/investigations/AccidentReports/Reports/HAR2001.pdf>> (19.02.2024). All the information referred to this accident is drawn from the same report. This quote is from pages 1-3.



steer (providing lateral control of the vehicle inside the lane, *i.e.* steering). According to the information collected by the NTSB the autopilot was active before the crash.

With specific reference to the manoeuvre that caused the accident, this was reconstructed as follows: “[w]hen the Tesla was about 5.9 seconds and about 560 feet from the crash attenuator, Autosteer initiated a left steering input (5.6 degrees at the steering wheel) toward the neutral area of the gore. At the time of the steering movement, no driver-applied steering wheel torque was detected by Autosteer. It is possible that hands can be resting on the steering wheel and no torque is registered. However, a lack of steering wheel torque indicates to the vehicle system that the driver’s hands are not on the steering wheel. This hands-off steering indication continued up to the point of impact with the crash attenuator. When the SUV was about 3.9 seconds and 375 feet from the crash attenuator and fully inside the neutral area of the gore, the TACC no longer detected a lead vehicle ahead and the SUV began accelerating from a speed of 61.9 mph to the preset cruise speed of 75 mph. The forward collision warning (FCW) system did not provide an alert and the automatic emergency braking (AEB) did not activate as the Tesla approached the crash attenuator. The data indicated that the SUV driver did not apply the brakes and did not initiate any steering movement to avoid the crash”¹⁸⁷.

6.3.2. The causes of the crash.

The car driver was a 38-year-old male with a good physical condition and the postmortem toxicology test did not detect alcohol or other tested-for drugs in his system¹⁸⁸. According to the data collected by the NTSB on the driver’s phones it was possible to note that a game application was active during the trip and was the frontmost application when the accident took place¹⁸⁹. In any case the report states that the driver’s inaction was so significant that, “given the numerous visual cues of a hazard ahead and unobstructed view, indicates that the driver was inattentive to his forward view and was not appropriately supervising the Autopilot vehicle control system”¹⁹⁰.

With regard to the car, the report points out that a full examination of its mechanical components was not possible due to the damage caused by the accident (and the subsequent fire)¹⁹¹.

With specific reference to the driving technology, the NTSB tried to determine why the autosteer directed the car into an area (the neutral one of the gore) which was not intended for vehicles. According to Tesla engineers “the Autosteer system likely momentarily lost its lane line prediction and/or identified a stronger lane line on the left side of the gore. Also, at the time of

¹⁸⁷ Accident Report, NTSB/HAR-20/01 PB2020-100112, *op. ult. cit.*, 6.

¹⁸⁸ Accident Report, NTSB/HAR-20/01 PB2020-100112, *op. cit.*, 17.

¹⁸⁹ Accident Report, NTSB/HAR-20/01 PB2020-100112, *op. cit.*, 19 and 33.

¹⁹⁰ Accident Report, NTSB/HAR-20/01 PB2020-100112, *op. cit.*, 33.

¹⁹¹ Accident Report, NTSB/HAR-20/01 PB2020-100112, *op. cit.*, 10.

the crash, bright sunlight was shining toward the Tesla's forward-facing camera at an angle of 6 degrees to the left of the vehicle's center and 26 degrees above the horizon. Although the effect of the bright light on the Tesla vision system cannot be determined with certainty, investigators determined that the sunlight presented no more than discomfort glare to the human eye and the lines delineating the gore were readily visible. Although an exact reason is not known, a steering movement into the gore was associated with the vision system's processing software not accurately predicting the path of the current lane of travel. Therefore, the NTSB concludes that the Tesla's Autopilot lane-keeping assist system steered the SUV to the left into the neutral area of the gore, without providing an alert to the driver, due to limitations of the Tesla Autopilot vision system's processing software to accurately maintain the appropriate lane of travel"¹⁹².

But there was also a malfunction with the collision avoidance system, which should have prevented the collision with the crash attenuator.

Such a system is "designed to recognize and detect slow, stopped, and decelerating vehicles when they are traveling ahead of the Tesla in the same lane", but was "not designed to, and did not, detect the crash attenuator at the end of the gore"¹⁹³.

Finally, it should be also observed that on the day of the crash "the crash attenuator was in a nonoperational, damaged state due to a previous crash that occurred on March 12, 2018"¹⁹⁴.

In light of the above, the NTSB stated that "that the probable cause of the Mountain View, California, crash was the Tesla Autopilot system steering the sport utility vehicle into a highway gore area due to system limitations, and the driver's lack of response due to distraction likely from a cell phone game application and overreliance on the Autopilot partial driving automation system. Contributing to the crash was the Tesla vehicle's ineffective monitoring of driver engagement, which facilitated the driver's complacency and inattentiveness. Contributing to the severity of the driver's injuries was the vehicle's impact with a crash attenuator barrier that was damaged and nonoperational at the time of the collision"¹⁹⁵.

6.3.3. Application simulation of the Directive 2024/2853 to this incident.

Among the three case studies examined in this article, the incident that occurred in Mountain View on 23rd March 2018 arguably provides the most interesting factual scenario where simulate the application of the law provisions foreseen by Directive (EU) 2024/2853.

In this case, a partially driverless vehicle, *i.e.* a product incorporating artificial intelligence, presented multiple identifiable defects. These defects, as documented by the NTSB, were directly linked to the fatal injuries sustained

¹⁹² Accident Report, NTSB/HAR-20/01 PB2020-100112, *op. cit.*, 32.

¹⁹³ Accident Report, NTSB/HAR-20/01 PB2020-100112, *op. cit.*, 32.

¹⁹⁴ Accident Report, NTSB/HAR-20/01 PB2020-100112, *op. cit.*, 23.

¹⁹⁵ Accident Report, NTSB/HAR-20/01 PB2020-100112, *op. cit.*, 58.



by the driver. The scenario thus aligns closely with the sequence of legal relevance established in the Directive: the presence of a defective product, the occurrence of compensable damage, and the emergence of a right to compensation on the part of the injured party or his or her successors.

According to the findings of the NTSB, the product defects in question were multiple. First, the lane-keeping assist system (Autosteer) steered the vehicle into a gore area not intended for vehicular traffic, without issuing any warning to the driver. This behaviour was attributed to a deficiency in the vision processing software, which failed to correctly interpret lane markings in the presence of conflicting or ambiguous visual cues. Second, the vehicle's collision avoidance system failed to detect the crash attenuator – a stationary object directly in the vehicle's path – and did not activate either a forward collision warning or the emergency braking system. This limitation of the detection algorithm constitutes a further functional shortcoming in the autonomous driving technology. Third, the driver monitoring system was ineffective: although the driver did not provide any corrective input during the final seconds before the crash, the system failed to alert or disengage, and therefore did not mitigate the impact of the human operator's distraction.

Under the legal framework provided by Directive 2024/2853, these characteristics would have strongly supported a finding of product defectiveness pursuant to Article 7.

In particular, under Article 7, Paragraph 2, Letter a), the defectiveness of a product must be assessed by considering also the instructions, warnings, and information provided by the manufacturer. In this case, the absence of clear guidance on the limitations of the vision system and on the system's incapacity to respond autonomously to stationary objects could be interpreted as a failure to properly instruct users. This is in addition to the technical defects and malfunctions described above. Furthermore, under Article 7, Paragraph 2, Letter b), the assessment must consider the reasonably foreseeable use of the product: drivers of partially autonomous vehicles frequently rely heavily on autopilot functionality, even in complex driving scenarios, raises a legitimate question as to whether the manufacturer should have foreseen such overreliance, and thus designed more robust safeguards against driver disengagement.

Moreover, Article 10, Paragraph 2, Letter c), foresees a presumption of defectiveness when the damage was caused by an obvious malfunction of the product during reasonably foreseeable use or under ordinary circumstances. In this case, both the nature of the incident and the documented technological failures support the application of this presumption. Additionally, as seen in the first case analysis, Article 10, Paragraph 4, provides a presumption of causal link between the defect and the damage in cases where the injured party would face excessive difficulty in proving such a link due to technical or scientific complexity. Given that the manufacturer is in exclusive possession of key data concerning the internal functioning of the vision and braking systems, this provision would likely strengthen the claimant's position in a litigation scenario.

As regards the damage, Article 6, Paragraph 2, Letter a), confirms that the death of the driver qualifies as compensable personal injury. However, in accordance with Article 6, Paragraph 2, Letter b), no compensation would be due for damage to the defective product itself – i.e., the destroyed vehicle – which – as we have already discussed – represents a structural limitation of the Directive, especially problematic when the defective product constitutes a high-value item that is itself destroyed in the process of causing harm.

Despite the above, the manufacturer would not necessarily be required to cover the full amount of the compensation. As stated in the NTSB report, the driver's own distraction – likely due to active engagement with a mobile game application – played a critical role in the failure to correct the vehicle's course. Therefore, the manufacturer could invoke the contributory conduct of the injured party to reduce its liability. While the Directive does not itself regulate apportionment, such determination would be made under national law, and most legal systems would foresee a reduction in damages proportional to the degree of the victim's fault.

Additionally, a second exogenous factor contributes to the overall outcome: the nonoperational state of the crash attenuator, which had been previously damaged and not repaired. Although this falls outside the scope of product liability under the Directive, it may have had a significant impact on the severity of the injuries sustained, thus indirectly affecting the quantification of compensable damages to be paid by the manufacturer.

In conclusion, the application of Directive 2024/2853 to this incident strongly suggests that the vehicle manufacturer could be held substantially liable for the death of the driver, based on the presence of multiple system-level defects and the foreseeable use of the product. At the same time, the contributory fault of the victim and external infrastructural deficiencies would result in a reduction of the recoverable compensation, to be assessed under the applicable national tort regime. This case thus represents an exemplary scenario for testing the effectiveness of the Directive in balancing technological accountability with user responsibility in the context of semi-autonomous driving systems.

6.4. More Recent Cases: Brief Simulations of Directive 2024/2853 Application to Two Accidents that Took Place in 2023.

In conclusion of these simulation attempts, the application of Directive 2024/2853 will be tried against some accidents where self-driving vehicles were involved that took place in 2023.

Considering that during the drafting of this article finding detailed reports on these accidents was not possible, the only available sources were online information outlets. The analyses that follow are therefore only based on partial information.

On the other hand, these cases are particularly interesting because they involve fully autonomous vehicles (which are not marketable in Europe yet)



and are therefore particularly useful in the context of this simulation of the application of the Directive 2024/2853.

6.4.1. The Robotaxi Crash with a Fire Truck in San Francisco of 17th August 2023 and the Application Simulation of Directive 2024/2853.

On 17th August 2023 a “driverless robotaxi [...] was involved in a collision with a fire truck in San Francisco Thursday evening, injuring the vehicle’s passenger”. According to the available information the driverless vehicle entered the intersection on a green light but “did not yield to the fire truck that was responding to a call nearby”¹⁹⁶.

In simulating the applicability of Directive (EU) 2024/2853 to the collision between a driverless robotaxi and a fire truck, the focus will be placed on the rights of the passenger inside the autonomous vehicle, who sustained injuries as a result of the crash. Under the Directive, the injured passenger – as a natural person using the defective product – clearly qualifies as a potential claimant under Article 6, Paragraph 1, Letter a), which grants a right to compensation for personal injury caused by a defective product.

Although no official investigative report is currently available, the facts as reported suggest a possible failure of the vehicle’s environment recognition or prioritization logic; specifically, the inability of the vehicle’s AI system to correctly interpret or respond to the approach of an emergency vehicle. In other words, the incident may reflect a failure of the autonomous system to correctly interpret or respond to emergency traffic scenarios, either due to limitations in object recognition, priority rules integration, or decision-making logic under unusual traffic conditions.

If such failure were confirmed, it would likely qualify as a product defect under Article 7 of Directive 2024/2853, particularly in light of Article 7, Paragraph 2, Letter b), which requires manufacturers to account for the reasonably foreseeable use of the product. The integration of autonomous vehicles into mixed traffic environments necessarily entails encounters with emergency responders, and it is therefore foreseeable that a self-driving system should recognize and appropriately react to vehicles with emergency right-of-way.

Moreover, Article 10, Paragraph 2, Letter b), could support a presumption of defectiveness, insofar as a vehicle that fails to yield to an emergency vehicle and causes injury may be understood as not complying with mandatory product safety requirements. Should the injured passenger pursue compensation under Article 6, Paragraph 1, Letter a), the Directive would sup-

¹⁹⁶ Driverless robotaxi crashes with fire truck in San Francisco; Passenger injured, CBS News, published on August 18, 2023, available at the following link: <<https://www.cbsnews.com/sanfrancisco/news/cruise-driverless-car-crash-san-francisco-fire-truck/>> (19.02.2024).

See also: Cruise robotaxi crashes into fire truck in San Francisco, FOX Business, Published August 22, 2023, available at the following link: <<https://www.foxbusiness.com/technology/cruise-robotaxi-crashes-fire-truck-san-francisco>> (19.02.2024).



port recovery for personal injury, provided the causal link with the system's failure can be reasonably established (such aspect, in the absence of technical data, remains speculative).

In this case, no contributory negligence on the part of the passenger is alleged, and no third-party driver (other than the fire truck vehicle operator) appears to have contributed to the crash. The allocation of liability would therefore centre on the manufacturer's responsibility for the decision-making logic and sensor performance of the automated driving system. If confirmed, the incident would provide an interesting case for the simulation of how product liability as regulated by the Directive 2024/2853 within the use of a car used in the absence of a human driver and based solely on the autonomous behaviour of the vehicle itself.

6.4.2. The Accident between a Robotaxi and a Woman in San Francisco of 2nd October 2023 and the Application Simulation of Directive 2024/2853.

Again in San Francisco, on 2nd October 2023 a driverless robotaxi hit a woman who was crossing the street against a red light. The woman was pinned under the car and was seriously injured.¹⁹⁷

According to some newspapers the woman was first hit by a regular vehicle which hurled her into the path of a driverless taxi that then ran her over¹⁹⁸.

Moreover, one newspaper also states that “after sitting still for an unspecified period of time, the robotaxi began moving forward at about 7 mph, dragging the woman with it for 20 feet”¹⁹⁹.

The incident that occurred in San Francisco on 2nd October 2023, involving a driverless vehicle operated by Cruise, raises complex issues of causation and system design, and is particularly relevant for testing the practical applicability of Directive (EU) 2024/2853 to real-world scenarios involving multiple actors and sequential events. According to the cited journalistic sources, a pedestrian crossing the street against a red light was first struck by a human-driven vehicle, which projected her into the path of a driverless robotaxi. The autonomous vehicle then ran over the woman and, after a

¹⁹⁷ R. MITCHELL, A Cruise car hit a pedestrian. The company's response could set back California's new robotaxi industry, Los Angeles Times, published on October 26, 2023, available at the following link: < <https://www.latimes.com/business/story/2023-10-26/cruise-robotaxi-dragged-injured-woman-misled-reporters>> (19.02.2024).

¹⁹⁸ J. PARKER/N. MISHANEC, Driver hits woman in S.F., then Cruise driverless car runs her over; photo shows victim trapped, San Francisco Chronicle, published on October 2, 2023 and updated October 3, 2023, available at the following link: < <https://www.sfchronicle.com/bayarea/article/woman-run-autonomous-vehicle-san-francisco-18403044.php>> (19.02.2024).

See also: Update: Hit-and-run driver strikes pedestrian, who is then run over by robotaxi in San Francisco, CBS News, published on October 3, 2023, available at the following link: < <https://www.cbsnews.com/sanfrancisco/news/robotaxi-san-francisco-woman-hit-pinned-fifth-street-market/>> (19.02.2024).

¹⁹⁹ R. MITCHELL, *op. cit.*



brief stationary phase, began moving forward at low speed, dragging her for approximately 20 feet. The woman sustained serious injuries.

Although the initial collision appears to be attributable to the first driver, and not to the robotaxi, the conduct of the autonomous vehicle in the second phase (failing to recognize a human being pinned beneath it and proceeding to drag the body) raises serious concerns regarding its perception and decision-making systems. In terms of the Directive's framework, liability for the injuries sustained in this second impact could potentially be attributed to a defect in the autonomous vehicle under Article 7, as the vehicle failed to detect and appropriately respond to a critical hazard that was directly within its operating environment.

Under Article 7, Paragraph 2, Letter b), the foreseeable use of the product – including emergency situations or atypical events in urban contexts – must be taken into account in the assessment of safety expectations. The vehicle's failure to recognize an immobile human presence under itself or to activate a safety protocol (such as halting movement) may suggest that the product did not meet the level of safety that the public is entitled to expect. Additionally, Article 10 could support a presumption of defectiveness, as dragging an injured person over a significant distance constitutes a form of damage that would typically be associated with product failure.

If the injured pedestrian or their successors were to pursue compensation under Article 6, Paragraph 2, Letter a), the Directive would allow recovery for personal injury, provided that a causal link could be established between the vehicle's behaviour and the aggravation of injuries. Although part of the harm may have already occurred in the first impact (for which the robotaxi is not responsible), the autonomous vehicle's conduct clearly appears to have exacerbated the situation, potentially causing additional or more severe harm.

However, the presence of multiple contributing causes complicates the attribution of liability. The Directive does not require exclusivity of causation, and the fact that the pedestrian crossed against the red light – and had already been struck by another vehicle – does not preclude a finding of liability for subsequent damage. Nonetheless, these factors would likely influence the extent of recoverable compensation to be paid by the taxi manufacturer, especially under national law principles of contributory negligence or apportionment of harm.

In summary, this incident exemplifies a situation in which shared responsibility between multiple actors and technologies may arise, but where the behaviour of the autonomous system during a critical phase of the event could lead to a finding of substantial product defectiveness. The case illustrates the Directive's potential to capture complex causal chains, while also revealing the challenges involved in quantifying liability where damage unfolds across multiple, interrelated events.

7. Final remarks.

This article has examined how recent and proposed developments in European liability law – particularly Directive (EU) 2024/2853 and the withdrawn Directive proposal on AI Liability – may influence the technological, economic and legal environment in which autonomous vehicles are developed and deployed and consequently their possible success among users.

It was observed that neither of the two pieces of legislation analysed in this article makes explicit reference to autonomous vehicles. Rather, they both apply broadly to products and technologies incorporating artificial intelligence systems. As a result, the legal instruments are naturally structured in general terms, yet their normative content necessarily extends also to self-driving vehicles, which represent one of the most advanced and socially impactful applications of AI.

The analysis has therefore focused on the importance of establishing a regulatory system capable of clearly allocating legal responsibilities among users, manufacturers, and other relevant stakeholders. In the context of disruptively innovative technologies such as autonomous driving, public acceptance is inseparable from legal certainty.

The successful integration and development of such technologies depends not only on their practical utility or performance, but also on the existence of robust legal guarantees that ensure the protection of individual rights in the event of malfunction or harm. Since technological perfection in dynamic, real-world environments is unattainable, the confidence that injured parties will be entitled to fair compensation becomes a critical factor in enabling trust and widespread deployment.

One dimension that is often underestimated in the debate on autonomous vehicles is their acceptance by the public. This is, in fact, a crucial issue, influenced by a range of psychological, ethical, cultural and practical factors. Trust in a technology capable of taking full control of a moving vehicle – and therefore potentially endangering both the user and other passengers – cannot be taken for granted. Moreover, driving is not merely a functional necessity for many people, but a source of personal satisfaction, identity, and autonomy. Individuals may also be reluctant to surrender full control to an algorithm, particularly when it implies the strict enforcement of traffic rules and eliminates the human discretion to, for instance, exceed the speed limit in urgent situations.

Nevertheless, once scientific and technological development reaches a reliable level of maturity, it may become legislator's responsibility to challenge such reluctance in order to actively support autonomous vehicles deployment.

Such deployment may, in fact, give concrete manifestation to several fundamental obligations that modern legal systems must pursue: the reduction of traffic accidents, injuries and fatalities, the mitigation of environmental pollution and urban congestion, and the expansion of transport accessibility for individuals who would otherwise be excluded from independent mobility constitute not only policy objectives of general interest, but also tangible expressions of fundamental rights. These goals reflect core values enshrined in both national constitutions, the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Treaty on European Union, including



the rights to life, health, equality, and social inclusion. As such, they form part of a normative horizon that both the European Union and national legislators are not only entitled but are required to pursue.

In this sense, the promotion of autonomous driving technologies – when done within a sound and transparent legal framework – can be viewed as part of the broader institutional duty to uphold fundamental rights.

From this perspective, the creation of a supportive legal context is not merely a matter of technical regulation but an expression of constitutional responsibility. The recent adoption of Directive (EU) 2024/2853 may therefore be seen as an important step in that direction, signalling the European legislator's willingness to modernise liability systems in order to facilitate the responsible integration of emerging technologies into society.

Directive 2024/2853 represents a significant step forward in adapting product liability rules to the digital age. By expanding the notion of defectiveness to include also issues related to software, updates, and data-driven behaviour, it allows for more realistic legal scrutiny of AI-based technologies. Nonetheless, due to its general scope, certain challenges specific to autonomous systems – such as distributed causality, permitted activities while driving and shared control – remain only partially addressed.

On the other hand, several limitations of Directive 2024/2853 must be acknowledged. While the Directive constitutes an important modernisation of the EU product liability regime, it does not comprehensively address all specific challenges posed by autonomous technologies.

In this context, the discontinuation of the legislative process for the adoption of the directive on non-contractual civil liability for artificial intelligence must be viewed negatively. Despite its limitations and room for improvement, that proposal represented a valuable effort to clarify liability rules in relation to AI systems and pointed in the right direction.

Its withdrawal has left a regulatory gap with respect to damages caused by autonomous systems. Although the text retains conceptual value, the absence of a dedicated legal instrument specifically addressing AI-generated harm limits the ability of the current European regulation to adequately respond to new and complex patterns of risk. Future legislative efforts will likely have to build upon that original foundation.

In parallel, doubts remain about the appropriateness of the legal instrument chosen. The adoption of a directive – rather than a regulation – may lead to significant disparities in the implementation and interpretation of liability rules across Member States. This possibility risks undermining the effectiveness of the reform, particularly in relation to technologies, such as autonomous vehicles, which are inherently transnational and operate across physical and legal borders.

These systems – in addition to naturally giving rise to international geographic shifts – depend on constant data flows, algorithmic updates, and cloud-based infrastructure and these elements require uniform legal treatment. In this respect, fragmented national implementations could weaken legal certainty and hamper both consumer trust and industry deployment.

Summing up and moving to the conclusion, Directive (EU) 2024/2853 must be positively evaluated, not only for its specific content, but also as a

signal of the European legislator's growing awareness of the legal implications of artificial intelligence. It is reasonable to conclude that this Directive will have a favourable influence on the legal environment surrounding the future deployment of driverless vehicles. However, it is equally clear that the Directive alone is insufficient to provide a complete regulatory framework for their safe and coherent integration into the internal market and the current legal and social environment.

If driverless vehicles were to be introduced onto European roads tomorrow – a scenario that is far from hypothetical, given ongoing experimentation and operational deployment in countries such as the United States of America – the current European legal framework would not be adequately prepared to govern their use.

In particular, significant uncertainties remain regarding how Directive 2024/2853 will be implemented in practice, especially due to the potential divergences in national transposition.

These risks are compounded by the fact that some Member States, such as Germany, have already adopted or are in the process of adopting national legislation regulating the use and circulation of driverless vehicles as well as assigning liability in cases of harm. As a result, a regulatory fragmentation is emerging and must instead be proactively countered.

A “multi-speed” Europe in the domain of autonomous mobility would not only undermine the autonomous vehicle sector, but also erode legal certainty for manufacturers, users, insurers and the public.

To avoid this outcome, the adoption of a dedicated European regulation focused specifically on autonomous vehicles could represent the most coherent and effective legal solution. A directly applicable regulation would offer a harmonised legal framework, reduce interpretive fragmentation, and help ensure the consistent allocation of responsibilities across Member States.

Admittedly, such a path would require careful consideration of the division of competences between the Union and the Member States, particularly in light of Article 4, Paragraph 2, Letter g), TFEU, which establishes shared competence in the field of transport. Nevertheless, should the necessary legal basis and political consensus be found, a targeted regulation at the European level could produce a significant positive impact, not only in terms of legal coherence, but also in accelerating public trust, commercial investment, research and cross-border deployment of one of the most transformative technologies of our time.

LA RIPRODUZIONE DI BENI CULTURALI DIGITALIZZATI: CRITICITÀ GIURIDICHE NEL CONTESTO ITALIANO

Di Laura Di Nicola

| 677

SOMMARIO: 1. *Introduzione: il patrimonio culturale digitalizzato.* – 2. *I beni culturali digitalizzati.* – 3. *Una materia all'intersezione tra più corpi normativi e il modello dominicale.* – 3.1. *Le norme in materia di riproduzione del Codice dei beni culturali e del paesaggio.* – 3.1.1. *La creazione di uno "pseudo-copyright" nell'interpretazione giurisprudenziale del Codice dei beni culturali e del paesaggio in Italia.* – 4. *I beni comuni.* – 5. *Considerazioni conclusive.*

ABSTRACT. Da diversi decenni, la rivoluzione digitale ha profondamente trasformato il settore della cultura ridefinendo le modalità di produzione, fruizione e circolazione del patrimonio culturale. Più nello specifico, il contributo analizza la disciplina della fruizione delle riproduzioni digitali dei beni culturali che si trovano in pubblico dominio soffermandosi sulle criticità che emergono, nell'ordinamento italiano, dall'intersezione tra la disciplina del Codice dei beni culturali e del paesaggio e la legge sul diritto d'autore. Muovendo dalla ricostruzione del concetto di bene culturale digitalizzato, il lavoro si propone di evidenziare come la disciplina della fruizione dei beni culturali, anche digitalizzati, continui a essere improntata alla logica proprietaria e materiale del Codice dei beni culturali. Tale impostazione favorisce, nell'ordinamento italiano, l'affermazione di forme atipiche di controllo esclusivo sulle immagini di beni culturali appartenenti al pubblico dominio, con il rischio di determinarne una progressiva erosione. Infine, il contributo richiama la categoria dei beni comuni elaborata dalla Commissione Rodotà. Questa categoria rappresenta una interessante chiave di lettura per ragionare in termini di fruizione (anche digitale) invece che di appartenenza e, quindi, ripensare la disciplina delle riproduzioni dei beni culturali, in termini di massima accessibilità.

The digital revolution has profoundly transformed the cultural sector over the past several decades, changing the way cultural heritage is produced, enjoyed and shared. More specifically, this paper analyses the legal framework governing the access to and use of digital reproductions of cultural heritage works that are in the public domain. It focuses on critical issues arising at the intersection of the Cultural Heritage and Landscape Code and Copyright Law within the Italian legal system. This study begins with a review of the concept of digital cultural heritage. It highlights how the regulation of access to and use of digital cultural heritage continues to be influenced by a proprietary and materialistic approach set out in the Cultural Heritage Code. In the Italian legal system, this approach can lead to the creation of unusual forms of exclusive control over images of cultural heritage even if it is in the public domain. This could result in the gradual erosion of the public domain itself. Finally, the paper refers to the concept of the commons, as defined by the Rodotà Commission. This category offers a fascinating perspective on digital cultural heritage by focusing on access and use rather than ownership. Consequently, it provides a promising foundation for reconsidering the regulations surrounding the digital reproduction of cultural heritage with the goal of maximising accessibility.



1. Introduzione: il patrimonio culturale digitalizzato.

| 678

A partire dal XX secolo, la rivoluzione digitale ha profondamente trasformato anche il settore della cultura ridefinendone modalità di produzione, fruizione e circolazione. I processi di digitalizzazione insieme con le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, hanno favorito una progressiva smaterializzazione dei beni, anche nel settore dell'arte¹. In particolare, l'adozione, nel 2003, della Carta dell'UNESCO per la conservazione del patrimonio culturale digitale richiama l'attenzione sull'esigenza di riesaminare la tenuta e l'efficacia dei tradizionali modelli giuridici di gestione del patrimonio culturale alla luce delle trasformazioni introdotte dalla digitalizzazione. La rivoluzione digitale ha, infatti, posto in discussione i consueti paradigmi proprietari facendo emergere con maggiore evidenza le tensioni tra, da una parte, l'interesse pubblico alla libera fruizione del patrimonio culturale e, dall'altra parte, la possibilità per gli istituti del patrimonio culturale di fare ricorso a forme di esclusiva per limitare l'accesso a tali contenuti digitali.

In particolare, i beni culturali digitalizzati (ossia le riproduzioni digitali di beni culturali²) sono stati messi al centro di un significativo dibattito riguardante la loro natura e, di conseguenza, l'adeguatezza, l'efficacia e l'opportunità del regime di regolamentazione applicato³.

¹ Si pensi che, ad esempio, in Italia, l'Istituto Centrale per la Digitalizzazione del Patrimonio Culturale - *Digital Library* del Ministero della cultura - ha redatto il Piano Nazionale di Digitalizzazione del patrimonio culturale (PND) poiché “la rete internet, le piattaforme web, le tecnologie digitali hanno determinato, e determinano quotidianamente, la configurazione di inediti scenari di comunicazione, condivisione e scambio: impattando direttamente sulle capacità e le percezioni individuali, ridisegnano i bisogni delle comunità nella creazione di nuovi scenari valoriali e di nuove forme di funzione del patrimonio culturale.” Si veda il sito web disponibile all'URL: «<https://docs.italia.it/italia/icdp/icdp-pnd-docs/it/v1.0-giugno-2022/introduzione.html>».

² Nel presente articolo i termini “immagine”, “bene culturale digitalizzato” e “riproduzione digitale” sono usati come sinonimi e stanno tutti ad indicare ciò che Pierpaolo Forte nel suo saggio, se ben si comprende, intende come non semplice riproduzione, ma bene dotato di “iscrizioni”, cioè di quelle potenzialità che anche le più semplici operazioni di riproduzione possono creare. Ogni riproduzione può permettere, ad esempio, più accurate possibilità di studio, moltiplicazione delle esperienze percettive e, più in generale, possibilità di maneggio e alterazione creativa e arricchimento cognitivo. Proprio tale caratteristica è ciò che, secondo l'autore, permette ad un bene digitalizzato di godere di una propria autonomia esistenziale. Vedi: P. FORTE, *Il bene culturale pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, n. II. Inoltre, ai fini del presente articolo, si farà riferimento alle sole riproduzioni a due dimensioni (2D), ossia alle immagini; circa la ricchezza di informazioni che possono essere create e che possono circolare grazie ai processi di trasformazione digitale, si veda: H. E. ROBERTS, *Second Hand Images: The Role of Surrogates in Artistic and Cultural Exchange*, in 9 *VISUAL RES.* 335, 2011, 344–45.

³ G. RESTA, *La privatizzazione del patrimonio culturale nell'era digitale*, in *Parolechiave*, 2013, fasc. I; M. CROCE, *La digitalizzazione delle collezioni museali. Stato dell'arte e prospettive*, in *Aedon*, 2023, fasc. II; per uno sguardo d'insieme: G. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso 'Myriad Genetics'*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2011, 281–311.

La gestione delle immagini di beni culturali, specialmente quelli caduti in pubblico dominio, si pone all'interazione tra le norme del Codice dei beni culturali e del paesaggio (anche detto Codice di settore o Codice Urbani) in materia di riproduzioni (*ex artt.* 107 e 108 d. lgs. 22.01.2004, n. 42, d'ora in avanti c.b.c.) e le norme sul diritto d'autore (in particolare, l'art. 32 *quater* l. 22.04.1941, n. 633, d'ora in avanti L.d.a.) generando un "cortocircuito" normativo in cui l'interesse collettivo di accesso e condivisione al patrimonio culturale digitalizzato in pubblico dominio rischia di essere compromesso da dinamiche di appropriazione esclusiva tipiche del modello proprietario.

In un contesto europeo orientato alla costruzione di un mercato della conoscenza improntato a principi di apertura e democraticità, l'ordinamento italiano si caratterizza per la presenza di aporie normative che alimentano la "chiusura" di riproduzioni dei beni culturali contribuendo all'erosione del pubblico dominio. Una inversione di rotta è dunque necessaria non solo perché in linea con i principi di pluralismo, inclusività e libertà che dovrebbero caratterizzare una società culturalmente emancipata, ma anche perché il ricorso eccessivo a diritti di esclusiva autoriale rischia di avere un effetto paralizzante, più che stimolante, sulla produzione e la diffusione della cultura.

È bene premettere fin da subito che le considerazioni sulla necessità di ripensare l'estensione dell'attuale modello dominicale di gestione dei beni culturali anche alle immagini digitali di questi si pongono in linea di continuità con le riflessioni sul valore immateriale dei beni culturali iniziate a partire dal celebre saggio di Massimo Severo Giannini⁴. La concettualizzazione del valore immateriale dei beni culturali consente di operare una distinzione, all'interno della categoria di bene culturale, tra la dimensione materiale del bene e il suo valore immateriale, quest'ultimo inteso come l'interesse culturale che esso incarna. È proprio questo interesse culturale a qualificare il bene come "bene di fruizione" piuttosto che "bene di appartenenza", assoggettato alla potestà del potere pubblico⁵.

Il presente contributo si propone, in primo luogo, di offrire una ricognizione preliminare della nozione di bene culturale digitalizzato, soffermandosi sulle ambiguità ontologiche e sulle tensioni concettuali che essa solleva. In secondo luogo, si evidenzierà come la relativa disciplina giuridica si collochi all'incrocio tra il Codice dei beni culturali e del paesaggio e la normativa sul diritto d'autore, la cui mancata armonizzazione ha prodotto, nel contesto italiano, un quadro regolativo frammentato e incoerente. Tale ambiguità normativa ha contribuito, nel contesto italiano, all'emersione in sede giurisprudenziale di forme inedite e atipiche di privativa, talora qualificate in dottrina come pseudo-diritto d'autore, in quanto assimilabili ai diritti d'autore pur non rientrando formalmente in tale categoria. La propensione delle amministrazioni pubbliche ad esercitare forme atipiche di controllo esclusivo sulle riproduzioni digitali di beni culturali appartenenti al pubblico

⁴ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, fasc. I, 3-38.

⁵ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 24 e 30; cfr. M. G. PULVIRENTI, *Patrimonio culturale e ordinamento pluralista*, Torino, 2022, 119-120; A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*, in *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Atti del Convegno di Assisi 25-27.10.2012, in *Aedon*, n. I, 2014.



dominio rischia, però, di compromettere l'esistenza stessa di tale dominio. Questo orientamento si pone in contrasto con l'evoluzione del quadro normativo europeo sempre più orientato verso un modello culturale fondato sui principi di accesso libero, aperto e universale al patrimonio culturale in pubblico dominio. In questa prospettiva, il concetto di beni comuni (così come elaborato in seno alla Commissione Rodotà nel 2007) applicato al valore immateriale dei beni culturali apre a importanti riflessioni, capaci di stimolare un dibattito critico sull'estensione della logica dominicale del Codice di settore alle riproduzioni digitali ponendo al centro l'accessibilità, l'uso condiviso e la funzione sociale di questi “nuovi” beni dell'era digitale.

2. I beni culturali digitalizzati

Nel 2003 la Carta dell'UNESCO per la conservazione del patrimonio culturale digitale ha fornito una definizione di patrimonio culturale digitale che consente di distinguere le principali modalità di manifestazione. Essa individua, da un lato, la conversione in formato digitale di “risorse” e “informazioni” di rilievo culturale già esistenti in forma analogica e, dall'altro, la produzione *ex novo* di tali risorse direttamente concepite e sviluppate in formato digitale⁶.

Nel 2013, il Consiglio dell'Unione Europea ha incluso le risorse digitali, nella loro duplice accezione, tra le forme di patrimonio culturale accanto ai beni materiali e immateriali⁷. Ciò permette di cogliere un superamento della tradizionale funzione ancillare del bene digitale inteso come replica o copia dell'originale fisico e il riconoscimento verso la legittimazione di un autonomo percorso di conoscenza fondato sulla specificità ontologica del bene digitale⁸.

È bene specificare che, con l'espressione “bene culturale digitalizzato” si intende la dematerializzazione quale trasformazione in formato digitale di una *res* tangibile⁹. I beni culturali nativi digitali, invece, sono beni che ven-

⁶UNESCO, Carta per la conservazione del patrimonio digitale, 2003; M. G. PULVIRENTI, *op. cit.*, 127-135.

⁷Conclusioni del Consiglio del 21 maggio 2014 relative al patrimonio culturale come risorsa strategica per un'Europa sostenibile (2014/C 183/08).

⁸Piano Nazionale di Digitalizzazione del Patrimonio Culturale, 2022, disponibile all'URL: «<https://docs.italia.it/italia/icdp/icdp-pnd-docs/it/v1.0-giugno-2022/index.html>», 15; D. DONATI, *La digitalizzazione del patrimonio culturale. Caratteri strutturali e valore dei beni, tra disciplina amministrativa e tutela delle opere dell'ingegno*, in *PA persona e amministrazione*, 2020; si veda anche: C. MARINUCCI, *Per andare oltre le fotocopie in digitale del patrimonio culturale esistente*, disponibile all'URL: «https://www.diculther.it/rivista/per-andare-oltre-le-fotocopie-in-digitale-del-patrimonio-culturale-esistente/#_ftnref4»; sulla crisi della nozione tradizionale di bene culturale (materiale e protetta dal codice) a fronte del proliferare di definizioni di bene culturale in ambito internazionale si veda: S. CASSESE, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, n. VII, 781-782.

⁹ M. G. PULVIRENTI, *op. cit.*, 129.

gono direttamente creati e quindi fruiti nell'ambiente digitale¹⁰. Si tratta di beni che, se dotati di sufficiente creatività, possono ricadere nella categoria di opere regolate dal diritto d'autore e che, ai fini della presente trattazione, non pongono particolari dubbi interpretativi¹¹.

Con riferimento alla categoria delle opere digitalizzate, invece, si rende opportuna un'ulteriore distinzione. In Italia, se la riproduzione ha ad oggetto un bene culturale sul quale insistono ancora i diritti d'autore, la disciplina della riproduzione rimarrà attratta dal campo applicativo della legge sul diritto d'autore¹². Diversamente, nel caso in cui il bene culturale sia in pubblico dominio (ossia non esistono più diritti d'autore che insistono su di esso) allora la disciplina della riproduzione si inserisce nel quadro normativo pubblicistico del Codice dei beni culturali¹³.

Si deve notare che le riproduzioni digitali di beni culturali -seppur caratterizzate da una natura di per sé immateriale¹⁴ - sono estranee alla categoria del patrimonio culturale immateriale "vero e proprio" in quanto il patrimonio culturale immateriale¹⁵, come definito dalla Convenzione UNESCO del 2003, comprende "le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how - come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi - che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale"¹⁶. Il patrimonio culturale immateriale, a differenza del bene culturale digitalizzato, prescinde dall'esistenza di un supporto materiale¹⁷. Pertanto, sebbene i beni

¹⁰ Un ulteriore caso è quello della riproduzione non fedele di un bene analogico dotata di una propria autonoma creatività o di una creatività derivata e quindi tutelabile ai sensi degli artt. 1 o 4 L.d.a.

¹¹ È bene specificare che, in realtà, anche questa accezione di bene digitale ha fatto sorgere diversi dubbi interpretativi sulla loro natura e, di conseguenza, sul corretto inquadramento del patrimonio culturale digitale. Inoltre, dal punto di vista del diritto d'autore, è molto discussa la questione dell'attribuzione della titolarità della tutela autoriale in capo ad una persona oppure ad un algoritmo. Ci si riferisce al caso del ritratto di "Edmond Belamy de la Famille de Belamy" creato da un algoritmo elaborato dal collettivo francese *Obvious*. Infine, si deve notare che - quand'anche non sorgono dubbi circa la tutela autoriale riconosciuta in capo a questi beni "digital born" - sono anch'essi destinati a cadere in pubblico dominio una volta scaduto il periodo di protezione. Pertanto, il problema del loro libero accesso e riproducibilità si pone anche per questi beni, sebbene in prospettiva futura.

¹² L. 22.04.1941, n. 644. Per la tutela del diritto di riproduzione: art. 13 L.d.a.

¹³ Sez. II "uso dei beni culturali" C.b.c.; inoltre è bene specificare che, ai fini della presente trattazione, non si prenderà in considerazione la casistica della riproduzione originale quale fotografia creativa tutelata dal diritto d'autore (*ex art. 2, n. 7, L.d.a.*) o della fotografia semplice tutela dai diritti connessi al diritto d'autore (*ex art. 89 L.d.a.*).

¹⁴ Vi è chi ritiene che anche i beni digitalizzati, sebbene diano una "illusione" di immaterialità, sono in realtà caratterizzati da un aspetto di materialità che "si ritrova negli *hard disk*, nei *server* e in tutti quei componenti magnetici e non magnetici che ospitano materialmente le sequenze di 0 e 1 in cui il bene è redatto". Si veda: D. DONATI, *op. cit.*, 333.

¹⁵ Sui rischi di improprie analogie tra beni digitali e patrimonio immateriale si veda G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, fasc. I.

¹⁶ Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale Conclusa a Parigi il 17 ottobre 2003.

¹⁷ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Atti del Convegno Assisi 25-27.10.2012, in *Aedon*, 2014, n. I, l'autore distingue diversi tipi di immaterialità. Tra questi vi è "l'immaterialità gianniniana" che identifica il "quid" di immateriale presente in ogni bene culturale (quindi

digitalizzati condividano con il patrimonio culturale immateriale la dimensione dell’“immaterialità” — intesa come intangibilità o dematerializzazione — essi non possono essere assimilati a quest’ultimo. Al tempo stesso, la natura dematerializzata del bene culturale digitalizzato rende problematica anche una piena assimilazione ai beni culturali materiali. Nonostante ciò, la riproduzione digitale del bene culturale continua, ad oggi, a rimanere attratta dall’ambito di applicazione del Codice Urbani, in virtù del legame inscindibile con il bene materiale di base da cui trae origine.

L’attuale impostazione del Codice di settore, però, ha dato adito a numerosi dubbi; la normativa codicistica, imperniata su una visione “storicista” e “materiale”¹⁸, mostra dei limiti nel governare la complessa fenomenologia dei beni culturali digitalizzati sotto vari profili della sua gestione: particolarmente rilevante è la questione che concerne la fruizione delle riproduzioni.

Come si vedrà più approfonditamente in seguito, sebbene diverse direttive europee abbiano offerto l’opportunità di rivedere il quadro normativo della materia, il legislatore italiano ha contenuto al minimo la portata innovativa di tali disposizioni. L’applicazione del modello codicistico alle riproduzioni digitali appare dunque più come il risultato di una scelta politica che non come l’esito di una effettiva riflessione sull’opportunità e l’efficacia dell’estensione del modello codicistico a questi beni.

I beni culturali digitalizzati, infatti, hanno una natura molto diversa rispetto al bene analogico sottostante. Pierpaolo Forte, nella ricostruzione teorica del concetto di bene culturale digitalizzato, ipotizza che, una volta assunta una forma digitale, il “nuovo” bene si affranchi dal bene materiale di base qualificandosi come un bene con caratteri immateriali e performativi a sé stanti. Il bene digitalizzato gode, quindi, di una propria identità con importanti conseguenze per una rilevazione teorica di tipo giuridico¹⁹; le caratteristiche di questi beni, come affermato da Forte, “alterano completamente uno degli elementi presupposti di molti assunti, dogmatici e normativi, riguardanti il bene pubblico e cioè la limitatezza fisiologica nel suo utilizzo”²⁰. La natura propria e distinta delle immagini fa sì che queste possano circolare ed essere fruite e usate come oggetti a sé e che possano divenire oggetto di relazioni giuridiche peculiari e distinte da quelle che insistono sul bene materiale²¹.

Diversamente, Paolo Carpentieri riflette sulle forme d’uso delle riproduzioni digitali. L’autore ritiene che le immagini di beni culturali non siano beni autonomi, ma solo utilità immateriali che scaturiscono dal bene corpo-

una immaterialità “intrinseca”), vi è l’immaterialità “estrinseca” ossia la proiezione immateriale che la *res* proietta verso l’estero (l’immagine della *res*) e l’immaterialità che prescinde dall’ancoraggio ad una *res* che identifica i “veri” beni immateriali quali “[...]fiabe e giochi, canti popolari e feste patronali, cibi e costumi atavici: hanno cioè ad oggetto attività o meglio testimonianze di antiche e sentite pratiche, dalla festa del patrono al proverbio, dalla rievocazione di antichi palii alla preparazione di un cibo, dalla sagra alla processione religiosa”.

¹⁸ S. CASSESE, *op. cit.*, 781 ss.

¹⁹ P. FORTE, *op. cit.*, 253.

²⁰ P. FORTE, *op. ult. cit.*, 253-254.

²¹ P. FORTE, *op. ult. cit.*, 262.



rale: “è errato pensare che le riproduzioni digitali caricate in internet costituiscano nuovi, autonomi ‘beni culturali immateriali’. Caso mai si tratta di nuovo ‘uso’ del valore immateriale contenuto nel (ed espresso dal) bene culturale (materiale). [...] in realtà non è l’‘oggetto’ della disciplina che cambia, ma la ‘disciplina’ dell’oggetto (la disciplina di un suo nuovo uso possibile, effettuato attraverso un mezzo innovativo, che si affianca a quelli tradizionali). [...] le riproduzioni in digitale del bene culturale sono copie digitali del bene culturale reale (che è necessariamente una *res corporalis*)”²².

Nonostante le diverse impostazioni, si può notare come le riproduzioni digitali si caratterizzano per la non rivalità e la difficile escludibilità al consumo. Laddove l’opera analogica, proprio a causa della sua materialità, si caratterizza per un consumo necessariamente rivale, la riproduzione digitale, al contrario, è bene non rivale sicché l’uso della stessa da parte di un soggetto non ne preclude l’uso da parte di terzi²³.

Si tratta, inoltre, di beni la cui dematerializzazione li rende naturalmente universali poiché chiunque può accedervi in qualunque momento e da qualunque luogo. Infine, sono beni che offrono ampie possibilità di manipolazione e alterazione creativa e che, di conseguenza, mettono in moto un sapere cumulativo e dinamico in grado di costituire valore aggiunto, nuovi prodotti e servizi²⁴. Procedure autorizzatorie applicate a beni che presentano tali caratteristiche tendono a limitarne l’accesso e le possibilità di riutilizzo insite nell’opera digitalizzata ostacolandone la piena espressione delle potenzialità²⁵. Per analizzare la coerenza e l’efficacia dell’attuale regime giuridico dei beni culturali digitalizzati è fondamentale comprendere le caratteristiche e le potenzialità di questi beni.

²² P. CARPENTIERI, *Digitalizzazione, banche dati digitali e valorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, 2020, n. III.

²³ Per di più il godimento da parte di terzi non pregiudica neanche le prerogative del proprietario stesso, si veda sul punto G. RESTA, *Il regime giuridico dell’immagine dei beni*, in *Il Libro dell’anno del Diritto*, 2016, disponibile all’URL: «[²⁴ P. FORTE, *Il op. cit.*, 253- 263; cfr. C. HESS, E. OSTROM, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, a cura di C. Hess, E. Ostrom, Cambridge, MIT Press, 2006, per una trattazione approfondita sui beni comuni della conoscenza. Le autrici parlano di beni della conoscenza come beni comuni: “An increasing number of scholars found that the concept of the “commons” helped them to conceptualize new dilemmas they were observing with the rise of distributed, digital information. \[...\] Commons became a buzzword for digital information, which was being enclosed, commodified, and overpatented. Whether labeled the “digital,” “electronic,” “information,” “virtual,” “communication,” “intellectual,” “Internet,” or “technological” commons, all these concepts address the new shared territory of global distributed information.” 4.; cfr. anche M. CASTELLS, *The Information Age: Economy, Society and Culture*, vol. 1, *The Rise of the Network Society*, Malden, Mass./Blackwell, Oxford, 1996, sul concetto di “logica cumulativa” della conoscenza. L’autore afferma che “the application of such knowledge to knowledge generation and information processing/communication devices, in a cumulative feedback loop between innovation and the uses of innovation.”.](https://www.treccani.it/enciclopedia/il-regime-giuridico-dell-immagine-dei-beni_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/»».</p>
</div>
<div data-bbox=)

²⁵ M. MODOLO, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d’autore e diritto al patrimonio*, in *Aedon*, 2021, fasc. I, ., 31.

Quanto detto conferma la crisi che la nozione tradizionale di bene culturale, fondata sulla materialità e codificata dal Codice²⁶, sta affrontando anche a causa del proliferare di nuove definizioni in ambito internazionale²⁷. In particolare, la natura dematerializzata del bene culturale digitalizzato — e le potenzialità che essa comporta — dovrebbe sollecitare una riflessione più ampia sulla necessità di superare una disciplina univoca e rigida, in favore di un impianto teorico e normativo più flessibile e capace di rispondere alle trasformazioni contemporanee. Quanto detto sul bene culturale digitalizzato dovrebbe mettere a dura prova la tenuta del regime dominicale quando esteso ai profili intangibili dei beni culturali²⁸.

3. Una materia all'intersezione tra più corpi normativi e il modello dominicale.

La disciplina giuridica della riproduzione digitale delle opere d'arte appartenenti al patrimonio culturale italiano si caratterizza per un'elevata complessità, dovuta all'intersezione di due corpi normativi diversi: da una parte, il Codice dei beni culturali e del paesaggio e, dall'altra parte, il diritto d'autore. La mancata armonizzazione di questi plessi normativi, come si vedrà, ha prodotto un sistema frammentato.

In linea generale le disposizioni in tema di beni culturali sono autonome e distinte rispetto a quelle autoriali venendo in questo modo delineato un “doppio binario” fra la tutela delle opere dell'ingegno e quella del patrimonio culturale. Eppure, per quanto riguarda la riproduzione di un'opera d'arte, anche dopo la cessazione delle tutele previste dal diritto d'autore, possono continuare a trovare applicazione le disposizioni del Codice Urbani qualora l'opera sia qualificata anche come bene culturale. Si determina così una continuità della tutela esclusiva sulla sua riproduzione²⁹.

Nello specifico, la disciplina delle riproduzioni di opere d'arte appartenenti al patrimonio pubblico culturale si articola intorno agli artt. 107 e 108 del Codice dei beni culturali e del paesaggio e all'art. 32 *quater* L.d.a. (introdotto in recepimento dell'art. 14 dir. UE 2019/790³⁰).

L'art. 32 *quater* L.d.a. stabilisce che, una volta scaduta la protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi, il materiale derivante da un atto di riproduzione di un'opera delle arti visive non è più soggetto al diritto d'autore.

²⁶ A. GENTILI, *Quale modello per i beni culturali?*, in *Patrimonio culturale profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. Battelli et al., Roma, 2017, 227. L'autore sottolinea come non esiste una definizione univoca e chiara del concetto di bene culturale neanche all'interno dello stesso Codice Urbani.

²⁷ G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, n. I.

²⁸ P. FORTE, *op. cit.*; G. MANFREDI, *La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali*, in *L'immateriale economico nei beni culturali*, a cura di G. Morbidelli, A. Bartolini, Torino, 2016, 123; M. CROCE, *op. cit.*

²⁹ K. KURCANI, *La riproduzione dei beni culturali: la tutela del bene alla prova della liberalizzazione della sua immagine*, in *Aedon*, 2023, n. II, 149; vedi anche L. CASINI, *Riprodurre il patrimonio culturale? I "pieni" e i "vuoti" normativi*, in *Aedon*, 2018, n. III.

³⁰ Dir. (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17.04.2019 Sul Diritto D'autore E Sui Diritti Connessi Nel Mercato Unico Digitale.



Ciò significa che, una volta decorso il termine durante il quale l'autore ha il diritto esclusivo di sfruttare economicamente l'opera, le riproduzioni non originali della stessa cessano di essere soggette a restrizioni e possono dunque essere liberamente utilizzate da chiunque. L'intento originario della norma era di garantire una tutela effettiva del pubblico dominio superando gli ostacoli giuridici alla libera circolazione dei contenuti culturali digitali.

Tuttavia, lo stesso art. 32 *quater* L.d.a. fa salve le disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio consentendo alle istituzioni culturali di continuare a esercitare un controllo sull'uso delle immagini, anche quando l'opera originale sia ormai nel pubblico dominio³¹. Questo rinvio operato alle norme del Codice all'interno dell'art. 32 *quater* L.d.a. ha creato un vero e proprio cortocircuito normativo: la norma che, nell'intento del legislatore europeo, avrebbe dovuto creare un mercato digitale europeo delle immagini delle opere delle arti visive in pubblico dominio libere da ogni restrizione, si trova neutralizzata dalla sopravvivenza di vincoli pubblicistici interni che conferiscono in capo agli istituti culturali poteri restrittivi che si fondano sulla titolarità materiale del bene³².

Similmente anche il d. lgs. 08.11.2021, n. 200, nel recepire la normativa europea che regola l'apertura dei dati e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (dir. UE 2019/1024) ha sfruttato lo spiraglio concesso dalla direttiva per non applicare il criterio della gratuità con riguardo alle riproduzioni di opere in pubblico dominio raccolte all'interno dei musei, delle biblioteche e degli archivi³³.

Nonostante, quindi, le direttive europee abbiano offerto l'opportunità per un ripensamento complessivo del quadro normativo, il legislatore italiano ha scelto un approccio che limitasse al minimo gli effetti innovativi e che mantenesse un impianto giuridico in cui la riproduzione dei beni culturali continua a essere attratta dalla logica dominicale del Codice Urbani³⁴.

In linea generale, nel Codice Urbani, la proprietà privata dei beni culturali è "conformata" per riflettere interessi pubblici e collettivi, limitando le prerogative del proprietario privato in termini di conservazione e circolazione. Per quanto concerne la fruizione del bene, il proprietario privato non è obbligato a garantire il libero accesso e, di conseguenza, la fruizione collettiva di beni privati è assicurata solo in ipotesi specifiche ed eccezionali³⁵.

³¹ Il rimando si deve intendere agli artt. 107 e 108 Codice Urbani, sebbene gli articoli non siano espressamente specificati.

³² The European Copyright Society, *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Art. 14 of the DSM-Directive 2019/790*, 2020, disponibile all'URL: «<https://www.jipitec.eu/jipitec/article/view/281/275>»; M. MODOLO, *Il canone di concessione sulle riproduzioni di beni culturali pubblici (1892-2023): un profilo storico-critico*, in *Le immagini del patrimonio culturale. Un'eredità condivisa?*, a cura di D. Manacorda, M. Modolo, 2023, 38.

³³ Per un commento sulla direttiva in generale si veda: R. CASO, *Open data, ricerca scientifica e privatizzazione della conoscenza*, in *Dir. Inf.*, 2022, IV-V, 815.

³⁴ L. DI CERBO, *Lo statuto proprietario del bene culturale nell'epoca della sua riproducibilità digitale*, in *Aedon*, 2024, n. III, 243.

³⁵ L. DI CERBO, *op. ult. Cit.*, 240-241; M. CENINI, *La funzione sociale del patrimonio culturale: Tra proprietà e persona*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, 2024, 40-43.

Diversamente, per i beni di titolarità statale, la proprietà è “funzionalizzata” al godimento pubblico; si tratta dello schema della tutela amministrativa dove ciò che determina il regime giuridico del bene è la destinazione e non la titolarità³⁶. Pertanto, i principi cardine della disciplina dei beni culturali di titolarità pubblica sono la valorizzazione e la libera fruizione.

In tale prospettiva, se, per i beni culturali materiali, le restrizioni all’accesso si giustificano in funzione della tutela dell’integrità fisica del bene, nel caso delle riproduzioni digitali tali limitazioni si fondano, almeno formalmente, sulla funzione pubblica di “produzione di certezza” riconosciuta allo Stato³⁷. Le riproduzioni digitali, infatti, intrattengono con il bene originario un rapporto funzionale che può incidere sulla sua fruizione, sulla sua percezione pubblica e, in ultima analisi, sulla sua destinazione culturale. È proprio in ragione di tale relazione che il potere dello Stato di valutare la compatibilità tra l’uso privato e la destinazione culturale del bene — previsto dall’art. 106 c.b.c. — si estende anche all’uso delle riproduzioni³⁸.

In conclusione, il modello delineato dal Codice Urbani rimane saldamente ancorato ad una logica dominicale che — sebbene attenuata in alcuni aspetti come la tutela e la conservazione — continua a imperniarsi, per quanto riguarda la fruizione del bene culturale dematerializzato, sia pubblico che privato, sull’esercizio della funzione dello *ius excludendi alios*³⁹.

³⁶ A. GENTILI, *op. cit.*, 231-236, l’autore sottolinea che, una delle criticità del modello dominicale del Codice Urbani, riguarda l’inadeguatezza della disciplina della titolarità: l’essenza del modello dominicale è la coincidenza dell’interesse e dei poteri nello stesso soggetto. Tuttavia, per i beni culturali, gli “interessi rilevanti sono plurali, complessi e spesso preminenti su quelli ascrivibili al formale titolare”. La disciplina dei beni culturali dipende solo in misura ridotta dalla titolarità ma riguarda “soprattutto la fruizione, e poi la tutela, la conservazione, la valorizzazione e la circolazione. Su questo però il modello dominicale non ha molto da dire ed è di aiuto solo in parte.”

³⁷ M. CROCE, *op. cit.*, 185; cfr. L. CASINI, *op. cit.* Quest’ultimo autore cita a sua volta l’opera di J. H. MERRYMAN, *The Public Interest In Cultural Property* (1989), in Id., *Thinking About The Elgin Marbles. Critical Essays On Cultural Property, Art And Law*, London, Kluwer 2nd ed., 2009, 142. Casini argomenta che il “timore di moltiplicare gli originali” che emerge dalla normativa codicistica si può ricondurre all’esigenza di assicurare una forma di controllo sull’ “autenticità” o “veridicità” delle cose che costituiscono il patrimonio culturale; sul concetto di bene culturale come bene di fruizione si veda M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 31-33.

³⁸ M. CROCE, *op. loc. ult. cit.*, l’A. nota come possa essere ambiguo il confine tra un controllo pubblico, motivato dalla funzione di produzione di certezza volta a garantire la compatibilità dell’uso individuale con la destinazione culturale dei beni, e una forma di controllo proprietario da parte degli istituti culturali i quali, pur non esercitando diritti proprietari in senso stretto, impongono di fatto restrizioni di accesso e di utilizzo.

³⁹ L. DI CERBO, *op. cit.*, 241; Per una disamina approfondita sulla funzione escludente si veda M. FERRARI, *Proprietà e diritto ad essere inclusi*, 2017. Disponibile al sito web Lawtech - Trento Law and Technology Research Group: «<https://lawtech.jus.unitn.it/>»; Lo *ius excludendi alios*, secondo la dottrina italiana predominante, rappresenta l’elemento strutturale essenziale della proprietà ed è ormai pacificamente riconosciuto che il modello proprietario — con la sua funzione prevalente di esclusione e la sua originaria configurazione riferita ai beni materiali — sia stato progressivamente esteso anche all’ambito dei beni immateriali. Tale trasposizione, tuttavia, non è priva di criticità: l’applicazione di un paradigma elaborato per la materialità solleva infatti non poche incertezze quando impiegato nel contesto immateriale. Dottrina predominante: tra i tanti si può citare A. Gambaro il quale afferma che “non è quindi il potere di usare i beni in modo irresponsabile ciò che caratterizza il diritto di proprietà, ma è il diritto di escludere gli altri senza doverne motivare le ragioni



La scelta del legislatore italiano di non intervenire riguardo ai rimandi tra le norme del Codice Urbani e quelle del diritto d'autore, anche in occasione del recepimento della dir. UE 2019/790, ha prodotto un quadro incerto e contraddittorio circa la gestione e fruizione delle riproduzioni delle opere visive appartenenti al patrimonio culturale pubblico in pubblico dominio. Tale impostazione non solo tradisce la finalità principale della direttiva stessa, volta a promuovere l'accesso e il riuso dei contenuti culturali, ma contribuisce anche a mantenere un quadro normativo che permette, di fatto, agli istituti culturali di estendere surrettiziamente il controllo materiale sui beni in una riserva sull'uso della loro dimensione digitale⁴⁰.

Il possesso o la titolarità dell'opera materiale, però, non dovrebbero, di per sé, legittimare restrizioni alla fruizione della relativa versione digitalizzata, specialmente quando l'opera sia entrata nel pubblico dominio⁴¹.

3.1. Le norme in materia di riproduzione del Codice dei beni culturali e del paesaggio

Già negli anni '70 Massimo Severo Giannini nel suo noto saggio⁴² rilevava che, il bene culturale, in quanto testimonianza di civiltà, costituisce un valore immateriale distinto dal supporto materiale in cui è incorporato e proprio dal valore immateriale deriva la destinazione del bene alla pubblica fruizione. Il bene culturale, secondo Giannini, era dunque un bene pubblico immateriale. Giannini affermava che, se è vero che il bene culturale in quanto cosa "è oggetto di diritti di proprietà" è altrettanto vero che esso "è oggetto di situazioni soggettive attive del potere pubblico", "[i]l bene culturale [però] è pubblico non in quanto bene di appartenenza, ma in quanto bene di fruizione"⁴³. Il bene culturale, quindi, qualunque ne sia l'appartenenza (pubblica o privata) dovrebbe essere preposto alla libera fruizione da parte di chiunque e non al solo e semplice godimento esclusivo da parte del titolare⁴⁴. Il contributo teorico di Giannini si distingue per aver introdotto nel dibattito sulla proprietà dei beni culturali un elemento innovativo e a lungo trascurato: l'elemento del "pubblico fruitore".

Le potenzialità della teoria gianniniana sono rimaste subordinate, però, alla cultura materialista dominante secondo la quale la dimensione incorpo-

che conferisce ad esso la qualità dell'autonomia", A. GAMBARDI, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, Milano, 1990, 96; F. DE MARTINO, *Beni in generale. Proprietà*, Bologna, 1957, 147.; C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano, 1994, 121. È opportuno segnalare, tuttavia, che una parte della dottrina ha espresso riserve circa l'accento posto su tale prerogativa, giungendo a metterne in discussione la centralità all'interno della nozione proprietaria. Si veda: P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Camerino, 1970; P. GROSSI, *La proprietà e la proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988.

⁴⁰ M. MODULO, *Il canone di concessione sulle riproduzioni di beni culturali pubblici cit.*, 38.

⁴¹ G. RESTA, *Chi è proprietario delle Piramidi? L'immagine dei beni tra property e commons*, in *Politica del diritto*, 2009, fasc. IV, 585; P. FORTE, *op. cit.*, 268.

⁴² M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 3.

⁴³ M. S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 31-38.

⁴⁴ L. DI CERBO, *op. cit.*, 243.



rale del bene culturale si identifica con la *res* e a una legislazione orientata verso un paradigma dominicale che presenta ancora dei limiti in tema di fruizione del valore immateriale del bene culturale⁴⁵. Ad oggi, quindi, l'aspetto immateriale dei beni culturali continua ad essere trattato come una proiezione del bene materiale⁴⁶ senza riconoscere adeguatamente che tale dimensione può godere di una autonomia ontologica che si presta più a forme di promozione, valorizzazione e tutela che a pratiche di controllo⁴⁷.

Un chiaro esempio lo si evince dalle disposizioni del Codice in materia di riproduzione che si trovano nella Sezione II, dedicata all'uso dei beni culturali. In particolare, gli artt. 107 e 108 conferiscono in capo al Ministero, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali il potere di consentire le riproduzioni nonché l'uso strumentale e precario dei beni culturali che abbiano in consegna (*ex art. 107 c.b.c.*) e di stabilire dei canoni di concessione connessi alle riproduzioni di questi (*ex art. 108 c.b.c.*). L'art. 108, co. 3, c.b.c. esonera dal pagamento dei corrispettivi le riproduzioni richieste (o eseguite) da privati per uso personale o per motivi di studio ovvero da soggetti pubblici o privati per finalità di valorizzazione purché attuate senza scopo di lucro. Inoltre, il comma 3 *bis* dello stesso art. 108 consente la libera riproduzione dei beni culturali (senza necessità di ottenere la previa concessione d'uso e di versare un corrispettivo) ma solo se effettuata anch'essa "senza scopo di lucro".

Questa impostazione pone un ostacolo (seppur superabile tramite pagamento del corrispettivo) allo sfruttamento economico del bene culturale di pubblico dominio, imponendo l'applicazione del modello dominicale del Codice di settore anche sulla immagine (ossia l'aspetto immateriale) del bene.

Gli enti pubblici, dunque, in qualità di custodi del patrimonio culturale, sarebbero legittimati a esercitare un potere di controllo non solo sul bene materiale ma, anche, sulle sue riproduzioni. Per di più, tale potere non si limiterebbe alle riproduzioni dirette realizzate nel luogo in cui il bene è fisicamente conservato, ma si estenderebbe anche alle copie già prodotte e

⁴⁵ L. DI CERBO, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁶ Il Codice dei beni culturali e del paesaggio esprime un principio della fruizione pubblica limitatamente alla *res* tangibile. Per i beni di proprietà pubblica l'art. 2, co. 4, c.b.c. stabilisce che "i beni del patrimonio culturale di appartenenza pubblica sono destinati alla fruizione della collettività compatibilmente con le esigenze di uso istituzionale e sempre che non vi ostino ragioni di tutela". Per i beni di proprietà privata, invece, l'esigenza di fruizione collettiva deve necessariamente essere ponderata con la riserva di potere e di dominio sulla cosa riconosciuta al proprietario o al titolare di diritti reali (artt. 38, 104 e 105 c.b.c.). Resta il fatto che queste disposizioni non possono essere estese ai casi in cui il valore immateriale del bene culturale materiale vada inteso come bene autonomo in quanto si distacchi dalla *res*. In questi termini si esprime A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali. cit.*

⁴⁷ Lo stesso diritto internazionale suggerisce infatti che, in questo ambito, salvaguardare significa principalmente promuovere la conoscenza: così G. PELLICCIARI, *La digitalizzazione della cultura tra interessi pubblici e privati*, in *L'immateriale economico nei beni culturali*, a cura di G. Morbidelli e A. Bartolini, Torino, 2016, 221; per approfondimenti sul carattere immateriale dei beni culturali digitalizzati si veda, tra i tanti, S. CASSESE, *op. cit.*, 781 ss; S. FANTINI, *Beni culturali e valorizzazione della componente immateriale*, in *Aedon*, fasc. I, 2014; A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali. cit.*

messe a disposizione del pubblico includendo dunque anche le immagini già presenti online⁴⁸.

Le disposizioni in esame lasciano trasparire un atteggiamento dominicale da parte dello Stato che si estende anche agli aspetti immateriali⁴⁹, fondandosi sul modello di esclusione previsto dallo *ius excludendi alios*. In questo modo è prerogativa del titolare — generalmente l'amministrazione pubblica — impedire a terzi di fruire del profilo immateriale del bene culturale, in quanto detentore del bene materiale di base. In altri termini, la disponibilità del bene culturale materiale da parte delle istituzioni culturali (derivante dall'esercizio di un diritto di proprietà o altro diritto reale) viene usata per mantenere una posizione di vantaggio in ordine al godimento delle utilità immateriali che derivano dal bene.

Gli articoli 107 e 108 c.b.c., unitamente alle linee guida contenute nel D. M. 11.04.2023, n. 161 in materia di riproduzione e riuso delle immagini dei beni culturali, sono stati oggetto di diffuse critiche da parte di diversi attori del mondo accademico e delle associazioni impegnate nella valorizzazione del patrimonio culturale⁵⁰. Nella sostanza, tali soggetti contestano

⁴⁸R. CASO, *Patrimonio culturale di pubblico dominio (riproduzione del)*, disponibile sul sito web di AISA – Associazione Italiana per la promozione della scienza aperta all'URL: <https://aisa.sp.unipi.it/patrimonio-culturale-di-pubblico-dominio-riproduzione-del/>.

⁴⁹K. KURCANI, *op. cit.*; sulla questione circa la natura materiale e/o immateriale dei beni culturali, si veda: M. S. GIANNINI, *op. cit.*; G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1, 2014; A. L. TARASCO, *Il patrimonio culturale. Modelli di gestione e finanza pubblica*, Napoli, 2017, 51-70; A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*, in *cit.*; M. G. PULVIRENTI, *op. cit.*, 111-127; per una prospettiva comparata in materia di patrimonio culturale immateriale si veda P. L. PETRILLO, *La tutela giuridica del patrimonio culturale immateriale a vent'anni dall'adozione della Convenzione UNESCO del 2003. Uno studio di diritto comparato*, in *DPCE online*, vol. 59, n. 2, 2023, 1691.

⁵⁰“L'Associazione Italiana per la promozione della Scienza Aperta (AISA) ha chiesto con una lettera aperta del 3 maggio 2023 al Ministro della Cultura l'immediato cambiamento delle politiche ministeriali in materia di uso a scopo scientifico delle immagini dei beni culturali. In particolare, aveva chiesto: a) la totale e assoluta liberalizzazione, senza pagamento di tariffe, della riproduzione e del riuso per scopi scientifici dei beni culturali del patrimonio italiano; b) la modifica del Codice dei beni culturali al fine di fissare per via legislativa il principio di libera riproduzione e libero riuso dei beni culturali per scopi scientifici.” si veda il sito web: <https://aisa.sp.unipi.it/corte-dei-conti-e-open-access-alle-immagini-dei-beni-culturali/>; alcuni *stakeholder* del settore culturale come *Wikimedia* e *Creative Commons* hanno chiesto che il Codice dei beni culturali e del paesaggio non fosse in conflitto con la Direttiva UE 2019/790. Sul punto si veda l'URL: <https://youmark.it/ym-interactive/wikimedia-e-creative-commons-al-senato-liberiamo-i-beni-culturali-italiani-e-adeguiamoci-alleuropa/>

e l'URL: https://creativecommons.it/chapterIT/index.php/1249/?fbclid=IwAR1DpDW9W_qp01BEsKhqfBlgIRJEmyJX-ezXSfZRSi04PUgmSQ3U9YhGU; La Corte dei conti considera che “[l]e forme di ritorno economico basate sulla ‘vendita’ della singola immagine” non solo “palesamente antieconomiche” ma anche “anacronistiche e largamente superate”, si veda: deliberazione 12 ottobre 2020, n. 50, 126; “l'Open Access ha da tempo dimostrato di essere un potente moltiplicatore di ricchezza non solo per le stesse istituzioni culturali (si vedano le ben note best practices nazionali ed internazionali), ma anche in termini di incremento del PIL ed è, quindi, considerato un asset strategico per lo sviluppo sociale, culturale ed economico dei Paesi membri dell'Unione”. Deliberazione 20 ottobre 2023, n. 76/2023/G, 156.

un'impostazione normativa e ministeriale non più idonea a gestire gli aspetti immateriali dei beni culturali⁵¹.

Come osservato della dottrina⁵², la lettura degli articoli sopra menzionati può portare alla creazione di un vero e proprio regime di privativa anomalo sull'aspetto immateriale del bene in capo alle istituzioni pubbliche che hanno in consegna i beni culturali e che possono impedire il libero utilizzo delle loro riproduzioni (dirette e indirette) per scopi di lucro anche allorquando si tratti di un bene in pubblico dominio.

3.1.1. La creazione di uno “pseudo-copyright” nell'interpretazione giurisprudenziale del Codice dei beni culturali e del paesaggio in Italia.

Parte della dottrina italiana ha sollevato diverse critiche nei confronti delle pretese avanzate da alcuni istituti del patrimonio culturale, i quali hanno fatto ricorso agli articoli 107 e 108 c.b.c. per rivendicare un diritto di esclusiva sulle riproduzioni digitali dei beni in loro custodia. Tali rivendicazioni, avvalorate da un orientamento giurisprudenziale favorevole⁵³, attribuirebbero in capo allo Stato un vero e proprio diritto di esclusiva che si comporta come un diritto d'autore o, meglio, uno “pseudo o para copyright”⁵⁴. Questa

⁵¹ A circa un anno di distanza dal D. M. 11.04.2023, n. 161 il Ministero della Cultura ha emesso il D.M. 21.03.2024, n. 108 intitolato “Modifiche al decreto del Ministro della cultura 11 aprile 2023, rep. n. 161, recante “Linee guida per la determinazione degli importi minimi dei canoni e dei corrispettivi per la concessione d'uso dei beni in consegna agli istituti e luoghi della cultura statali”. È bene notare, però, che anche questo secondo decreto non è andato esente da critiche quali la mancanza di interoperabilità tra l'etichetta “beni culturali standard” e gli strumenti Creative Commons, l'ambito di applicazione limitato ai “beni in consegna agli istituti e luoghi della cultura del Ministero della cultura”, ecc., sul punto si veda: D. DE ANGELIS, *Il nuovo Decreto Tariffe del Ministero della cultura apre le maglie alle pubblicazioni a carattere scientifico*, 2024, disponibile all'URL: «<https://www.wikimedia.it/news/il-cammino-verso-lopen-access-in-italia/>»; si veda anche: G. CALCULLI, *Il d.m. 21 marzo 2024, n. 108 del ministero della Cultura: un passo avanti, un passo indietro. Sulla riproduzione dei beni culturali*, in *Aedon*, n. II, 2024.

⁵² D. MANACORDA e M. MODOLO (a cura di), *Le immagini del patrimonio culturale. Un'eredità condivisa?*, Pisa, 2023; G. RESTA, *L'immagine dei beni culturali pubblici: una nuova forma di proprietà?*, in *Le immagini del patrimonio culturale. Un'eredità condivisa?*, a cura di D. MANACORDA, M. MODOLO, 2023, 73; R. CASO, *Il David, l'Uomo vitruviano e il diritto all'immagine del bene culturale: verso un'evaporazione del pubblico dominio?*, in *Foro it.*, 2023, fasc. VII, I; M. RICOLFI, *Le immagini del patrimonio culturale: illusioni perdute o nuove direzioni di marcia?*, in *Dir. Inf.*, 2024, I; R. CASO, *The Rise of Pseudo-intellectual Property and the End of Public Domain*, in *Roma Tre Law Review*, 2024, fasc. I, 149; G. DORE, G. PRIORA, *The Spectre of Re-Fencing Off the Public Domain: Italian Copyright and Cultural Heritage Legal Scenarios*, in *GRUR International*, 73(11), 2024, 1050–1066; S. ALIPRANDI, *Lo “pseudo-copyright” sui beni culturali: ecco perché è un problema tutto italiano*, disponibile all'URL: «<https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/lo-pseudo-copyright-sui-beni-culturali-ecco-perche-e-un-problema-tutto-italiano/>».

⁵³ Trib. Firenze, 20.04.2023, in *Il Foro It.*, 2023; Trib. Venezia (ord.), 17.11.2022, in *Il Foro It.* 2023.

⁵⁴ Altre forme di controllo esclusivo sono esercitate tramite: divieti di riproduzione basati sulla proprietà del bene materiale; divieti di riproduzione basati su dichiarazioni unilaterali o contratti e divieti di riproduzione basati su diritti della personalità. In materia si veda: R. CASO, *Patrimonio culturale di pubblico dominio (riproduzione del)*, disponibile sul sito

espressione sta ad indicare una inusuale privativa che non affonda le proprie basi normative nella legge sul diritto d'autore né, di conseguenza, soggetta a quei limiti tipici imposti appunto dalla tutela autoriale (limite di scopo e di tempo). La caratteristica principale di questo fenomeno consiste nell'attribuzione di nuovi (e anomali) diritti di esclusiva di natura autoriale (*recte*: para- o pseudo- autoriale) su beni su cui non vi è più, o non vi è mai stata, alcuna tutela autoriale.

Proprio al fine di contrastare un uso distorto dei diritti di esclusiva autoriale, il Legislatore europeo, con l'art. 14 dir. UE 2019/790 e il relativo Considerando n. 53, aveva inteso rispondere ai dubbi di studiosi, utenti e soggetti interessati dell'industria creativa chiarendo che le opere cadute nel pubblico dominio, così come le loro riproduzioni non originali, non sono più soggette a *copyright*⁵⁵. Secondo il Considerando n. 53, vi sono due ragioni per cui non dovrebbero essere concessi diritti d'autore sulle riproduzioni fedeli: in primo luogo, perché “nel campo delle arti visive la circolazione di riproduzioni fedeli di opere nel pubblico dominio contribuisce all'accesso e alla promozione della cultura, nonché all'accesso al patrimonio culturale”; in secondo luogo, in quanto “nell'ambiente digitale, la protezione di tali riproduzioni tramite copyright o diritti connessi è incompatibile con la scadenza della protezione del copyright sulle opere”⁵⁶.

Pertanto, sebbene gli artt. 107 e 108 Codice Urbani conferiscono all'ente pubblico che ha in consegna il bene culturale un potere di controllo sulle immagini che si traduce, nella prassi, in forme di gestione assimilabili a diritti esclusivi di natura para autoriale, in contrasto con questa impostazione, la dir. UE 2019/790 mirava a garantire che chiunque in Europa avesse la possibilità di “copiare, utilizzare e condividere online le fotografie di

web di AISA – Associazione Italiana per la promozione della scienza aperta all'URL: «<https://aisa.sp.unipi.it/patrimonio-culturale-di-pubblico-dominio-riproduzione-del/>»; Nel Regno Unito tale fenomeno viene definito con l'espressione, coniata da Andra Wallace, “Surrogate IP”. A. WALLACE, *Surrogate Intellectual Property Rights In The Cultural Sector*, *Journal Of Law, Technology & Policy*, 2023, 303-371.; Si veda anche il blog di A. WALLACE all'URL: «<https://surrogateiprights.org/author/andrea/>»; Mirco Modolo definisce questo fenomeno con l'espressione “copyright di Stato”. M. MODOLO, *Il canone di concessione sulle riproduzioni di beni culturali pubblici (1892-2023): un profilo storico-critico cit.*, 39.

⁵⁵ A livello internazionale si veda, ad esempio, COMMUNIA (Policy Recommendations, Public Domain Manifesto) e Europeana (Public Domain Charter), e a livello nazionale si veda, per esempio, AISA - Associazione Italiana per la promozione della Scienza Aperta «<https://aisa.sp.unipi.it/corte-dei-conti-e-open-access-alle-immagini-dei-beni-culturali/>», Cfr. AIB, ANAI, ICOM, Le raccomandazioni della rete MAB per il recepimento della direttiva europea sul copyright «<https://www.aib.it/attivita/mab/2020/85856raccomandazioni-mab-recepimento-direttiva-europea-copyright/>», Creative Commons Italia, Appello comune agli Stati dell'Unione europea e agli istituti culturali per la liberalizzazione dell'uso delle immagini del patrimonio culturale in pubblico dominio «https://creativecommons.it/chapterIT/index.php/1249/?fbclid=IwAR1DpDW9W_qp01BEsKhqfBlgIRJEmyJX-ezXSfZRSi04PUgmSQ3U9YhGU».

⁵⁶ Sull'art. 14 della direttiva (UE) 2019/790 cfr. Linee guida per l'acquisizione, la circolazione e il riuso delle riproduzioni dei beni culturali in ambiente digitale, disponibili all'URL: «<https://docs.italia.it/italia/icdp/icdp-pnd-docs/it/v1.0-giugno-2022/linee-guida/acquisizione-circolazione-riuso.html>»; M. ARISI, *Riproduzioni di opere d'arte visive in pubblico dominio: l'articolo 14 della Direttiva (EU) 2019/790 e la trasposizione in Italia*, in *Aedon*, 2021, n. I.

dipinti, sculture e opere d'arte di pubblico dominio disponibili sul web e riutilizzarle, anche a fini commerciali [...]»⁵⁷.

Sul punto merita attenzione la vicenda giurisprudenziale che ha visto coinvolti il Ministero della Cultura italiano (MiC) e le Gallerie dell'Accademia di Venezia che hanno lamentato il pregiudizio determinato dall'asserito illecito uso e riproduzione a fini di lucro dell'immagine dell'opera "Uomo vitruviano", da parte dell'impresa tedesca Ravensburger, per la realizzazione di un puzzle ai sensi degli artt. 107-109 c.b.c.⁵⁸. Il giudice italiano ha riconosciuto la condotta illecita dell'impresa per aver questa riprodotto l'immagine dell'opera e utilizzato il suo nome per scopo di lucro senza chiedere — e dunque senza ottenere — l'autorizzazione dell'istituto museale e, inoltre, senza corrispondere all'amministrazione alcunché a titolo di canone di concessione o corrispettivi per la riproduzione⁵⁹. A circa un anno di distanza, l'impresa tedesca ha avviato un'azione legale contro il MiC e le Gallerie dell'Accademia dinanzi al Tribunale di Stoccarda. L'impresa ha sollecitato il giudice a pronunciarsi in ordine all'eventuale applicabilità extraterritoriale del Codice dei beni culturali e del paesaggio, sollevando, in primo luogo, la questione del principio di territorialità delle norme nazionali. Oltre a ciò, Ravensburger ha posto all'attenzione della Corte un ulteriore profilo di rilievo concernente la possibile incompatibilità della disciplina italiana con il diritto dell'Unione europea in materia di diritto d'autore, nella parte in cui essa sembrerebbe attribuire alla pubblica amministrazione diritti di natura patrimoniale sulla riproduzione di opere d'arte non più tutelate dal diritto d'autore. Il Tribunale di Stoccarda si è schierato con la società tedesca affermando che la normativa italiana è limitata al territorio nazionale italiano, in conformità con il principio di territorialità e, inoltre, non ha mancato di notare come le disposizioni del Codice di settore italiano possano aver creato un termine di protezione del diritto d'autore più lungo dei 70 anni *post mortem auctoris*⁶⁰.

L'esito paradossale dell'intera vicenda consiste non solo nell'emergere di uno pseudo-diritto d'autore di stampo italiano, ma anche nella sua evidente limitazione territoriale, circoscritta al solo ambito nazionale. Ne deriva una situazione in cui le riproduzioni delle opere appartenenti al patrimonio culturale italiano risultano liberamente utilizzabili ovunque, ad eccezione dell'Italia stessa.

⁵⁷ Sito web Commissione Europea, Domande & risposte: un passo avanti nei negoziati UE per l'aggiornamento delle norme sul diritto d'autore, 2019. Disponibile all'URL: «https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/memo_19_1151»; vedi anche M. MODULO, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d'autore e diritto al patrimonio cit.*, 33.

⁵⁸ È bene specificare che le ricorrenti lamentavano anche l'illecito utilizzo e riproduzione dell'immagine e del nome dell'opera ai sensi degli artt. 6, 7 e 10 c.c.

⁵⁹ Trib. Venezia (ord.), 17.11.2022, in *Foro. It.*, 2023; R. CASO, *Il David, l'Uomo vitruviano e il diritto all'immagine del bene culturale: verso un'evaporazione del pubblico dominio?*, in *Foro it.*

⁶⁰ C. GALLO, *The Second Chapter of the Vitruvian Man Dispute and Other Developments in the Italian Cultural Heritage Framework*, 2024, disponibile all'URL: «<https://ial.uk.com/vitruvian-man-developments/>».



In tale contesto, l'art. 14 dir. UE 2019/790 rappresenta una fondamentale chiave di volta poiché mira a fornire una tutela positiva delle opere in pubblico dominio vietando l'imposizione di diritti d'autore (o pseudo-autore) su di esse e quindi impedendo imposizioni che non solo svuoterebbero di significato il pubblico dominio, ma che andrebbero, anche, a creare ostacoli alla libera circolazione delle immagini del patrimonio culturale nell'Unione europea⁶¹.

Tali rischi dovrebbero indurre - quantomeno - all'avvio di una riflessione critica sulla persistenza *tout court* del modello codicistico fondato sulla restrizione dell'uso delle riproduzioni per scopi di lucro in contrasto con i principi dell'ordinamento europeo e con le istanze avanzate da diversi studiosi, associazioni e portatori di interesse attivi anche nel contesto italiano⁶².

I due principali ordini di motivi per cui gli istituti culturali avanzano istanze di controllo esclusivo sulle riproduzioni dei beni culturali in loro custodia sono: il controllo sulla compatibilità degli usi del bene e delle sue riproduzioni (dirette e indirette) e il controllo economico connesso alle prospettive di guadagno sull'uso delle riproduzioni⁶³.

Con riferimento alle valutazioni di compatibilità dell'uso con il carattere storico o artistico del bene sussiste il rischio che tale potere possa sconfinare in giudizi sul "decoro"⁶⁴ che sfociano poi in forme di controllo preventivo dal carattere censorio.

Un esempio significativo è offerto dai più recenti orientamenti giurisprudenziali delle corti italiane di merito, le quali hanno riconosciuto l'esistenza e la tutelabilità di un diritto all'immagine del bene culturale riferibile alle amministrazioni della cultura⁶⁵. Tale elaborazione giurisprudenziale fa leva,

⁶¹ European Copyright Society, *Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Art. 14 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, 2020, in *JIPITEC*, 11(2), 110.

⁶² Cfr. le raccomandazioni della rete MAB per il recepimento della direttiva europea sul copyright, disponibili all'URL: [«https://www.aib.it/wp-content/uploads/2020/10/raccomandazioni-MAB-copyright.pdf»](https://www.aib.it/wp-content/uploads/2020/10/raccomandazioni-MAB-copyright.pdf); Creative Commons Italia, Appello comune agli Stati dell'Unione europea e agli istituti culturali per la liberalizzazione dell'uso delle immagini del patrimonio culturale in pubblico dominio disponibile all'URL: [«https://creativecommons.it/chapterIT/index.php/1249/?fbclid=IwAR1DpDW9W_qp01BEsKhqfBlgIRJEmyJX-ezXSfZRSi04PUgmSQ3U9YhGU»](https://creativecommons.it/chapterIT/index.php/1249/?fbclid=IwAR1DpDW9W_qp01BEsKhqfBlgIRJEmyJX-ezXSfZRSi04PUgmSQ3U9YhGU); si veda anche: M. MODULO, *Il canone di concessione sulle riproduzioni di beni culturali pubblici (1892-2023): un profilo storico-critico cit.*, 33-69.

⁶³ R. CASO, *Patrimonio culturale di pubblico dominio (riproduzione del)*, disponibile sul sito web di AISA – Associazione Italiana per la promozione della scienza aperta all'URL: [«https://aisa.sp.unipi.it/patrimonio-culturale-di-pubblico-dominio-riproduzione-del/»](https://aisa.sp.unipi.it/patrimonio-culturale-di-pubblico-dominio-riproduzione-del/); A. TUMICELLI, *L'immagine del bene culturale*, in *Aedon*, 2014, n. I.

⁶⁴ Considerazioni particolarmente interessanti circa l'argomento del "decoro" le si riprovano in: P. FORTE, *op. cit.*, 293 ss.; si veda anche: G. SEVERINI, *Immaterialità dei beni culturali?*, in *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Atti del Convegno di Assisi 25-27.10.2012, in *Aedon*, 2014 n. I, dove l'autore sottolinea che nell'idea di appropriazione simbolica c'è una deriva divisiva.

⁶⁵ Sulla questione della violazione dell'immagine e quindi del decoro di un bene culturale cfr. Trib. Firenze, 26.08.2023, in *Foro. it.*, 2023, nella quale si legge: "l'opera del genio michelangiolesco è, pertanto, volgarmente asservita a finalità pubblicitarie e commerciali. In tal modo, si umilia e si svilisce — fino ad annichilirlo — l'altissimo valore artistico e culturale dell'opera di cui si discute [...] Nel caso di specie, le società convenute hanno gravemente leso tali interessi, svilendo, offuscando, mortificando, umiliando l'alto valore simbo-

oltre che su un richiamo all'art. 9 Cost, sugli artt. 107-108 del Codice di settore e, per via analogica, sul diritto all'immagine disciplinato dal Codice civile (art. 10) e dalla Legge sul diritto d'autore (artt. 96-97). Sebbene formalmente ispirata al paradigma del diritto all'immagine proprio della persona fisica, la ricostruzione non può essere assimilata al diritto della personalità avvicinandosi piuttosto a una impostazione proprietaria⁶⁶. Questo diritto all'immagine del bene culturale, che emerge da una ricostruzione sistematica poco chiara, sembra confondere il potere autorizzatorio dello Stato, il diritto della personalità e il diritto della proprietà (intellettuale e non) e - in sostanza - dà vita ad un pseudo-diritto d'autore, camuffato da diritto della personalità⁶⁷, tramite il quale il giudizio di compatibilità dell'uso delle immagini attribuito alle amministrazioni dello Stato può spingersi fino alla difesa del decoro concernente la "valenza identitaria [del] patrimonio storico ed artistico" e di un asserito "genio italiano"⁶⁸.

Proprio su questo tema vale la pena menzionare, brevemente, la campagna pubblicitaria del Ministero del Turismo "Open to Meraviglia" che in Italia è stata al centro di non poche critiche⁶⁹. L'uso dell'immagine della Venere di Botticelli, rappresentata nei panni di una moderna *influencer*, ha sollevato legittime perplessità circa l'effettiva capacità dello Stato di esercitare in modo idoneo il proprio potere di controllo sulla pretesa tutela dell'immagine e del decoro del patrimonio culturale⁷⁰.

La tutela del decoro dei beni culturali, anche alla luce della vicenda menzionata, rivela una impronta paternalista che rischia di rafforzare il paradigma proprietario estendendolo dal piano del possesso del bene materiale al piano del possesso del valore simbolico/immateriale della sua immagine⁷¹.

lico ed identitario dell'opera d'arte ed asservendo la stessa a finalità pubblicitarie e commerciali"; Cfr. Trib. Firenze, 20.04.2023, in *Foro. it.* 2023, nella quale si legge "la società convenuta ha gravemente leso tali interessi, poiché, con la tecnica lenticolare, ha insidiosamente e maliziosamente accostato l'immagine del David di Michelangelo a quella di un modello, così svilendo, offuscando, mortificando, umiliando l'alto valore simbolico e identitario dell'opera d'arte e asservendo la stessa a finalità pubblicitarie e di promozione editoriale"; A. BARTOLINI, *Quale tutela per il diritto all'immagine dei beni culturali? (riflessioni sui casi dell'Uomo vitruviano di Leonardo da Vinci e del David di Michelangelo)*, in *Aedon*, 2023, n. II; R. CASO, *Il diritto all'immagine del bene culturale nell'epoca del sovranismo (retroattivo): Velásquez, il Duca d'Este e l'aceto balsamico*, nota a sentenza Corte di appello civile di Bologna, sent., 24 settembre 2024, in *Foro it.*

⁶⁶ Cfr. G. DORE, G. PRIORA, *The Spectre of Re-Fencing Off the Public Domain: Italian Copyright and Cultural Heritage Legal Scenarios*, in *GRUR International*, 73(11), 2024, 1057 ss.

⁶⁷ R. CASO, *Il diritto all'immagine del bene culturale nell'epoca del sovranismo (retroattivo): Velásquez, il Duca d'Este e l'aceto balsamico*, in *Foro it.*, 2024, I, 3123.

⁶⁸ Trib. Firenze, 20.04.2023, in *Foro it.*, 2023.

⁶⁹ Per la campagna del ministero del Turismo si veda il sito web disponibile all'URL: «<https://www.italia.it/it/open-to-meraviglia>».

⁷⁰ Cfr. R. CASO, *Il David, l'Uomo vitruviano e il diritto all'immagine del bene culturale: verso un'evaporazione del pubblico dominio? cit.*; M. CROCE, *op. cit.*, 192. L'autrice sottolinea come "il rischio di mercificazione del patrimonio culturale si presenta tanto nel caso in cui sia lo Stato a "mettere a reddito" i beni culturali, tanto nell'ipotesi in cui a trarne profitto siano invece gli operatori privati del settore"; per un'esposizione generale del contesto, cfr.: «<https://time.com/6275183/italy-controversial-tourism-ad-venus/>».

⁷¹ M. MODULO, *Verso una democrazia della cultura: libero accesso e libera condivisione dei dati*, in *Arch. calc. suppl.*, 9, 2017, 124; M. CROCE, *op. cit.*, 185.



È possibile, dunque, osservare come tale prassi possa facilmente tradursi in una restrizione della libertà di espressione ogniquale volta la pubblica amministrazione rivendichi un presunto diritto all'immagine sul bene culturale (e sul suo valore simbolico⁷²) con l'obiettivo di esercitare un controllo sulla compatibilità dell'uso delle immagini fatto dagli utenti. Per di più, il potere di controllo sulla compatibilità dell'uso delle immagini dei beni in relazione ai soli fini di lucro (laddove nessuna considerazione sulla compatibilità dovrebbe essere -giustamente - avanzata quando ciò avviene senza scopo di lucro) evidenzia le criticità di una disciplina che si rivela incoerente, problematica e inadeguata a garantire un controllo pubblico realmente efficace e al contempo immune da derive censorie.

Per quanto riguarda, invece, il mantenimento del controllo sul guadagno economico connesso all'uso dell'immagine, è significativa la vicenda giudiziale che ha visto coinvolti un'impresa produttrice di aceto balsamico e la Galleria Estense di Modena sull'uso del ritratto di Francesco I d'Este dipinto da Diego Velázquez e usato all'interno del marchio da parte dell'impresa⁷³. Nel caso in parola, risulta significativo osservare come la Galleria non abbia sollevato obiezioni in merito alle finalità commerciali della riproduzione, bensì abbia contestato esclusivamente il rifiuto, da parte dell'impresa, di corrispondere il canone richiesto dalla pubblica amministrazione per l'uso dell'immagine. In altri termini, questo episodio mette in luce il reale obiettivo sotteso alle pretese di controllo sulle immagini del patrimonio culturale italiano, che non risiede nella tutela dell'immagine del genio italico né nell'incompatibilità dell'uso commerciale con la finalità del bene culturale - dato che la pubblica amministrazione non ha sollevato obiezioni su tale punto - bensì nella volontà di conseguire un ritorno economico dall'utilizzo delle immagini di beni affidati alla custodia delle istituzioni museali⁷⁴.

La questione economica, sostenuta da quanti ritengono che gli introiti derivanti dai corrispettivi richiesti per l'uso lucrativo delle immagini sia necessaria per finanziare i servizi culturali, però solleva diverse perplessità soprattutto in considerazione delle peculiari dinamiche dell'ambiente digitale. La stessa Corte dei conti ha riconosciuto che il libero riuso, anche a fini commerciali, delle riproduzioni digitali realizzate dagli istituti culturali pubblici per finalità di pubblica fruizione "ha da tempo dimostrato di essere un potente moltiplicatore di ricchezza non solo per le stesse istituzioni culturali (si vedano le ben note best practices nazionali ed internazionali), ma anche

⁷² G. Severini parla di come anche l'appropriazione pubblica del valore simbolico del patrimonio culturale possa dar adito a interpretazioni divisive. G. SEVERINI, *Immaterialità dei beni culturali?*, cit.; M. CROCE, *op. cit.*

⁷³ App. Bologna, 24.09.2024, in *Foro it.*, fasc. II, parte I, 3109.

⁷⁴ Cfr.: R. CASO, *Il diritto all'immagine del bene culturale nell'epoca del sovranismo (retroattivo): Velázquez, il Duca d'Este e l'aceto balsamico*, in *Foro it.*, 2024, fasc. II, parte I, 3123; D. MANACORDA, *L'immagine del bene culturale pubblico tra lucro e decoro: una questione di libertà*, in *Aedon*, 2021, n. 1, l'A. osserva che "l'esazione di diritti di riproduzione delle immagini del patrimonio culturale pubblico" può avere l'effetto di ridurre le possibilità di creazione di reddito diffuso privilegiando, invece, "la rendita patrimoniale rispetto all'investimento produttivo".

in termini di incremento del PIL⁷⁵. Una posizione, questa, pienamente coerente con l'orientamento adottato da anni dall'Unione Europea⁷⁶.

Pertanto, sebbene le esigenze pratiche sottese al controllo sulle immagini di beni culturali in pubblico dominio possano risultare comprensibili, esse non appaiono sufficienti a legittimare la creazione di forme di privativa che si pongono in contrasto con diversi principi di diritto positivo presenti nel sistema. Ad esempio, sono regole centrali del diritto d'autore la netta dicotomia di regimi tra la proprietà del *corpus mechanicum* e quella del *corpus mysticum*⁷⁷ nonché il principio del pubblico dominio⁷⁸ il cui scopo è di creare una dimensione giuridica in cui la fruizione per scopi commerciali e non, sia libera dai diritti di esclusiva di natura proprietaria (o pseudo proprietaria). Infine, la creazione per via giurisprudenziale di nuovi diritti di privativa violerebbe il principio del *numerus clausus* dei diritti reali⁷⁹.

In conclusione, sembra che gli enti pubblici preposti alla custodia di beni culturali in pubblico dominio abbiano la possibilità di riappropriarsi delle utilità immateriali associate ai beni culturali grazie a forme di pseudo-esclusiva. In questo caso si parla di una specifica forma del più generale fenomeno di "privatizzazione della conoscenza" che schiude interessanti panorami di indagine sui beni comuni e sulle nuove caratteristiche delle forme di appartenenza che vanno diffondendosi nell'era digitale.

4. I beni comuni

⁷⁵Corte dei conti, Deliberazione 20 ottobre 2023, n. 76/2023/G, p.156; Si veda anche il sito web di AISA all'URL: «<https://aisa.sp.unipi.it/corte-dei-conti-e-open-access-alle-immagini-dei-beni-culturali/>»; per uno studio (relativo alle giurisdizioni di UE, UK, USA e Brasile) sull'uso delle licenze aperte da parte degli istituti del patrimonio culturale e sui motivi, anche commerciali, che inducono questi a rivendicare diritti d'autore su fotografie non originali di opere in pubblico dominio si veda: B. MELETTI, K. ERICKSON, A. IRAMINA, V. STOBO, *Open Licensing Models in the Cultural Heritage Sector*, 2025, Zenodo «<https://doi.org/10.5281/zenodo.15728474>».

⁷⁶Raccomandazione (UE) 2021/1970 della Commissione Europea del 10 novembre 2021 relativa a uno spazio comune europeo di dati per il patrimonio culturale; Direttiva (UE) 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE; Direttiva (UE) 2019/1024 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

⁷⁷G. RESTA, *Chi è proprietario delle Piramidi?*, cit., 580-581, Cfr. anche, in tema, L. LICINI, *L'immaterialità dell'opera d'arte*, in *Beni e attività culturali*, 2001, 9 ss.

⁷⁸Incompatibilità con la scadenza della protezione del diritto d'autore delle opere. Vedi Considerando n. 53 Direttiva (UE) 2019/790.

⁷⁹Tradizionalmente tale principio riguardava i diritti reali su cose tangibili e rispondeva alla necessità di evitare una eccessiva e poco chiara frammentazione della proprietà da parte dei privati. Tale principio è stato successivamente esteso anche ai diritti esclusivi su beni immateriali, sebbene la *ratio* che ne giustifica l'applicazione risulti inevitabilmente diversa, in ragione della diversa natura dei beni oggetto di privativa. Per una più approfondita ricostruzione fenomenologica si veda G. RESTA, *Le immagini dei beni culturali pubblici: una critica al modello proprietario*, in *Dir Inf.*, 2023, fasc. II, 143-157.; si veda anche: R. CASO, *Il David, l'Uomo vitruviano e il diritto all'immagine del bene culturale: verso un'evaporazione del pubblico dominio?*, in *Foro it.*, 2023; G. RESTA, *Le immagini dei beni culturali pubblici: una critica al modello proprietario*, cit.; E. BAFFI, *Gli "anticommons" e il problema della tipicità dei diritti reali*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2005, 455-474.



Gli ostacoli posti dal diritto alla libera fruizione delle riproduzioni digitali dei beni culturali e la conseguente messa in discussione del modello dominicale tradizionale — con la sua funzione escludente — porta a guardare con rinnovato interesse al fenomeno dei *commons*, i quali schiudono interessanti opportunità per ragionare in termini di fruizione e di godimento (anche digitale) invece che di appartenenza e appropriazione⁸⁰.

Il dibattito teorico sui beni comuni (c.d. *commons*) rilanciato, nel contesto anglo-americano, alla fine del Novecento grazie allo studio di alcuni economisti ed economiste (tra cui il premio Nobel Elinor Ostrom⁸¹) ha poi conosciuto una diffusione globale.

È fondamentale notare, brevemente, come si tratti di una categoria non priva di criticità. Il primo — e più evidente — limite consiste nella inesistenza di una chiara e concordata definizione del concetto di bene comune e dei suoi limiti di applicazione. Ci sono definizioni che ricomprendono sia beni materiali che immateriali e definizioni che, invece, limitano l'applicazione ai soli beni materiali. Un altro snodo problematico riguarda la differenza tra risorse naturali e artificiali. Infine, l'incertezza definitoria è aggravata dal fatto che le proposte positivamente formulate prediligono il carattere aperto a quello tassativo riconoscendosi il ruolo di mera esemplificazione⁸².

In Italia, ad esempio, la Commissione Rodotà del 2007 propose una definizione di bene comune e un elenco esemplificativo (non tassativo) che comprendeva, tra i tanti, i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. Nello specifico, la Commissione propose una definizione che faceva leva su una prospettiva emergente dalle pratiche dei movimenti sociali⁸³ definendoli come “utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona”⁸⁴ di titolarità pubblica o privata. La peculiarità dell'elaborazione teorica di tali beni pro-

⁸⁰ A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*. cit. L'A., in particolare, rivolge l'attenzione ai beni comuni a seguito delle riflessioni sul valore immateriale dei beni culturali iniziate da Giannini; si veda anche A. GENTILI, *op. cit.*, 227-241 il quale rileva diverse criticità del Codice Urbani; M. CENINI, *op. cit.*, 36-37; L. DI CERBO, *op. cit.*

⁸¹ Per uno studio più approfondito in materia di beni comuni a carattere conoscitivo informativo si veda: AA. VV., *La conoscenza come bene comune: dalla teoria alla pratica*, a cura di C. Hess e E. Ostrom, 2^o ed., Milano, 2009.

⁸² S. MABELLINI, *I beni culturali e lo status di beni comuni: un'assimilazione indispensabile?*, in *Economia della Cultura*, 2017 fasc. I, 81-93.

⁸³ Per un approfondimento si veda M. R. MARELLA, *The Commons as a Legal Concept*, in *Law Critique*, 2016, 61-86.

⁸⁴ Si veda il sito web del Ministero della Giustizia: «https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_2=0_10_21&previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47617#»; A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020, 239; Si noti che nella definizione di bene comune è evidente l'assimilazione al concetto di una entità oggettiva che assume rilevanza giuridica se esprime una utilità funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona. Appare quindi lecito domandarsi quale ruolo assuma il criterio della utilità funzionale rispetto alla nozione di bene in senso giuridico e rispetto al concetto di proprietà e quindi se l'utilità funzionale può modificare la struttura del contenuto del diritto di proprietà e quale rapporto intercorra tra utilità funzionale e “funzione sociale” ex art. 42 Cost. Così F. MACARIO, *Aspetti giuridici e forme di tutela della proprietà collettiva tra categorie del passato ed esigenze attuali*, in *Archivio Scialoja-Bolla. Annali di studio sulla proprietà collettiva*, 2012, n. I, 42.

posta dalla Commissione Rodotà, dunque, risiedeva nella centralità che veniva data alla funzione collettiva esercitata da questi che richiedeva una gestione che li rendesse accessibili a tutti, indipendentemente dalla titolarità⁸⁵. A differenza della proprietà - in cui il potere di esclusione resta la regola e la facoltà di accesso l'eccezione - la categoria dei beni comuni aspirava a rovesciare questo paradigma: la regola non è più l'appartenenza (e quindi lo *ius excludendi alios*) bensì l'accesso⁸⁶. In altre parole, pur nel rispetto della titolarità — pubblica o privata — dei beni culturali, veniva riconosciuta e valorizzata la loro funzione sociale, ponendo in primo piano la fruizione universale del valore immateriale che essi incarnano e superando così una concezione meramente materiale e proprietaria del bene.

Si deve notare, però, che la proposta elaborata dalla Commissione Rodotà non si è mai trasformata in legge. In Italia non esiste attualmente una norma di legge in cui vi è una definizione del concetto di beni comuni, nondimeno, la categoria ha avuto fortuna a livello dottrinale⁸⁷ e giurisprudenziale⁸⁸ promuovendo un vivace dibattito in materia che si è esteso anche ai beni immateriali come la conoscenza, l'arte, la cultura, ecc.⁸⁹.

L'impianto teorico alla base della nozione di beni comuni della Commissione Rodotà risulta rilevante per la presente analisi per due ordini di ragioni. In primo luogo, consente di superare una concezione del bene culturale legata esclusivamente alla sua dimensione materiale, in secondo luogo offre anche una base giuridica unitaria per ripensare la disciplina della fruizione del valore immateriale dei beni culturali alla luce delle opportunità offerte dal contesto digitale⁹⁰.

Sebbene, infatti, la proposta riguardasse beni (culturali) materiali, l'impostazione che pone al centro dell'attenzione la fruizione del loro valore immateriale rappresenta un punto di vista interessante per ripensare la disciplina della riproduzione dei beni culturali. Essa consente, infatti, di valorizzare la dimensione dematerializzata del bene culturale, nella misura in cui questa è funzionale all'attuazione di diritti fondamentali della persona. Inoltre, tale prospettiva appare coerente con l'attuale contesto tecnologico in cui

⁸⁵ Il disegno di legge delega venne presentato dalla Commissione Rodotà durante la XVI legislatura, atti del Senato della Repubblica n. 2031.

⁸⁶ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, 461 ss.; L. DI CERBO, *op. cit.*, 244.

⁸⁷ Tra i diversi si veda: U. MATTEI, *Beni comuni; un manifesto*, Bari, 2011; AA. VV., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M. R. Marella, Verona, 2012.

⁸⁸ Cass. Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Foro it.*, 2012. nella quale si legge che “[...] disquisire in termini di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali) - privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati”.

⁸⁹ M. CENINI, *op. cit.*, 53; A. GAMBARO, *Note in tema di beni comuni*, in *Aedon*, 2013, n. I, 10 ss; A. QUARTA, G. SMORTO, *op. cit.*, 239; in tema di beni comuni della conoscenza si veda C. HESS, E. OSTROM, *Understanding Knowledge As a Commons: From Theory to Practice*, MIT Press, 2006; AA. VV., *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in trentino*, a cura di A. Pradi e A. Rossato, Napoli, 2014.

⁹⁰ A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali. cit.*; L. DI CERBO, *op. cit.*, 240.



le riproduzioni — la cui natura è non rivale — possono circolare secondo logiche autonome e distinte rispetto al supporto materiale originario.

L'elaborazione teorica della Commissione Rodotà, dunque, ha aperto la strada verso scenari in cui la fruizione delle utilità immateriali dei beni culturali dovrebbe essere orientata prioritariamente verso la democratizzazione dell'accesso e non verso lo sfruttamento commerciale dei privati o la promozione culturale degli apparati governativi⁹¹. Infine, dopo la formulazione teorica dei beni comuni da parte della Commissione e l'estensione del discorso a livello dottrinale anche a beni di carattere immateriale come la cultura, l'arte e la conoscenza, pur mancando una disciplina di diritto positivo, non appare del tutto infondata l'argomentazione che interpreta le immagini di beni culturali come beni comuni⁹². Si tratta, infatti, di beni pubblici immateriali a carattere conoscitivo/informazionale e in quanto tali soggetti a una funzionalizzazione che li rende beni di fruizione⁹³. Inoltre, il ricorso alla categoria dei beni comuni promuove l'elaborazione di regole d'uso e di salvaguardia che permettono la conservazione del bene sempre in una prospettiva funzionale alla fruizione collettiva: se l'interesse ultimo è la cultura, il godimento è possibile solo salvaguardando il medesimo interesse degli altri consociati⁹⁴.

In conclusione, il ragionamento sui beni comuni avviato dalla Commissione Rodotà ha il merito di fornire una base giuridica unitaria in materia di fruizione pubblica dei beni culturali con particolare riferimento al loro valore immateriale e di porre un argine alle derive espansive della logica dominicale privatistica e pubblicistica cercando di salvaguardare il bene tanto dalle logiche di mercato quanto dai limiti del Codice Urbani e di imprimere un vincolo di destinazione per garantire l'accesso del bene alla collettività⁹⁵. La libera fruizione del bene - secondo nuove, condivise e differenziate forme di godimento - diviene il principale precipitato della riflessione sui beni comuni rivolta nei confronti dell'istituto proprietario applicato ai beni culturali⁹⁶.

5. Considerazioni conclusive

⁹¹ L. DI CERBO, *op.cit.*, 240

⁹² A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali. cit.*

⁹³ S. M. GIANNINI, *op. cit.*, 3-38; A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali. cit.*

⁹⁴ Il bene, quando comune, non permette l'esercizio da parte di chiunque di un potere discrezionale e autodeterminato, ma al contrario, implica un potere che può essere esercitato entro i limiti di un'azione funzionale e proporzionale allo scopo perseguito. D. G. RUGGIERO, *Destinazione culturale e proprietà dei beni*, Napoli, 2019, 148; vedi anche: G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali, I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Atti del Convegno di Assisi 25-27.10.2012, in *Aedon*, 2014, n. I.

⁹⁵ L. DI CERBO, *op. cit.*, 243-245.

⁹⁶ L. DI CERBO, *op. loc. ult. cit.*; A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali. cit.*; si veda anche M. CENINI, *op. cit.*, 51-52 la quale nota come la teoria dei beni comuni ha il pregio di mostrare come forme alternative alla proprietà privata ottocentesca possano essere efficienti, soprattutto nel lungo periodo, ponendo particolare enfasi sull'uso e godimento a vantaggio dei bisogni della collettività presente e anche di quella futura.

Come evidenziato nei paragrafi iniziali, in Italia, l'attuale disciplina in materia di riproduzione dei beni culturali configura un impianto normativo ancora fortemente orientato verso una logica dominicale che mette al centro la funzione dello *ius excludendi*. La propensione verso la funzione appropriativa ed escludente del modello proprietario si evince anche dalle nuove ed anomale forme di privativa emerse dalla più recente giurisprudenza in materia.

Per tale ragione, il ripensamento delle norme che regolano la fruizione delle immagini dei beni culturali è un problema più che mai attuale e serve a promuovere un'amministrazione più efficiente ed ispirata da una nuova *ratio* ordinante. Tale ripensamento è anche spinto da un'esigenza di contrasto agli effetti distorsivi potenzialmente derivanti da un'estensione impropria del modello proprietario, i quali vanno oltre la mera gestione obsoleta del patrimonio culturale digitalizzato.

La tendenza verso la privatizzazione delle utilità immateriali derivanti dai beni culturali porta ad una erosione del pubblico dominio che rischia non solo di ostacolare il circolo creativo intergenerazionale, ma anche di creare una cultura omologata e standardizzata. In primo luogo, è bene ricordare che, come recita il famoso aforisma, "siamo nani sulle spalle di giganti"⁹⁷: ogni invenzione, scoperta, successo, conquista nel campo dell'arte e del sapere si fonda sul patrimonio conoscitivo che abbiamo ereditato dal passato. La funzione espropriativa tipica del modello proprietario rischia di non essere funzionale alla fruizione di questo patrimonio comune. In secondo luogo, il modello proprietario, conferendo ad un singolo soggetto un potere di controllo sul valore immateriale del bene culturale, rischia di appiattire l'interpretazione di quel valore togliendo spazio alla diversità e al dialogo. Se il soggetto è pubblico l'imposizione di vincoli di destinazione d'uso rischia di imporre in modo autoritativo una visione omologata del valore culturale di un bene. L'estensione del modello dominicale del Codice Urbani sull'aspetto immateriale dei beni culturali e la creazione, per via giurisprudenziale, di nuovi diritti di privativa sembra essere il retaggio di una concezione pedagogica dello Stato (e degli istituti culturali) che vuole mantenere un controllo sui propri beni culturali ed estenderlo anche sulle utilità incorporeali provenienti da questi. Considerazioni di tal fatta provenienti da un unico soggetto, però, rischiano di porsi su una china pericolosa che può degenerare in censura preventiva o rimanere ancorata a concezioni statiche di identità nazionale⁹⁸.

In conclusione, l'elaborazione teorica avviata dalla Commissione Rodotà sui beni comuni, quando applicata ai beni culturali fornisce interessanti spunti di riflessione e critica nei confronti del tradizionale modello codici-

⁹⁷ Attribuito a Bernardo di Chartres; vedi anche R. K. MERTON, *Sulle spalle dei giganti: poscritto shandiano*, 1991.

⁹⁸ R. CASO, *Il diritto all'immagine del bene culturale nell'epoca del sovranismo (retroattivo) cit.*; L. DI CERBO, *op. cit.*, 245; M. MODULO, *La riproduzione del bene culturale pubblico tra norme di tutela, diritto d'autore e diritto al patrimonio, cit.*; per un discorso più generale sul sapere e la sua condivisione nell'ambito digitale si veda: M. C. PIEVATOLO, *I custodi del sapere*, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, 2021, disponibile all'URL: «<https://btfp.sp.unipi.it/it/2021/05/i-custodi-del-sapere/>».



stico soprattutto quando applicato alla componente dematerializzata dei beni culturali. Innanzitutto, si promuove un capovolgimento di prospettiva: la funzione della accessibilità rappresenta la regola laddove la funzione dello *ius excludendi alios* rappresenta l'eccezione (svincolandosi, dunque, sia dalle logiche proprietarie proposte dal Codice di settore sia da quelle del diritto d'autore). Infine, questa elaborazione promuove l'idea di una società culturalmente emancipata e democratica, rispondente a criteri di uguaglianza e inclusione, che si oppone tanto alle derive capitalistiche del mercato quanto all'idea di un'autorità statale che rivendica il compito di definire la direzione culturale di un popolo in qualità di proprietario di un patrimonio che in realtà non è suo ma è comune⁹⁹.

Tutti questi aspetti rappresentano degli snodi concettuali fondamentali per il ripensamento del modello di gestione del patrimonio culturale digitalizzato e il processo di liberalizzazione delle immagini dei beni culturali da forme anomale di privativa autoriale.

⁹⁹M. MODULO, *op. ult. cit.*, 32; L. DI CERBO, *op. cit.*, 245.

AZIONE DI RIDUZIONE E ONERE DELLA PROVA.

Nota a Cassazione civile, Sezione II, ordinanza, 23 luglio 2025, n. 20954

| 703

Di Luigia Romano

SOMMARIO: 1. *L'effettività della tutela del diritto alla quota di legittima.* - 2. *La vicenda processuale: genesi e sviluppo del contenzioso.* - 3. *La soluzione adottata dalla Corte di cassazione: verso una lettura funzionale dell'onere probatorio.* - 4. *L'ammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio: uno snodo irrisolto.* - 5. *Il ruolo della consulenza tecnica d'ufficio nel giudizio di riduzione.*

ABSTRACT. *La Corte di cassazione interviene a ridefinire i contorni dell'onere probatorio gravante sui legittimari nell'ambito dell'azione di riduzione. Per fondare legittimamente la domanda, si afferma, non è più necessaria l'esatta quantificazione monetaria della massa ereditaria e della quota di riserva: è sufficiente, piuttosto, una rappresentazione del patrimonio idonea a rendere verosimile l'esistenza della lesione, individuabile nella denuncia di una molteplicità di donazioni tali da assorbire la quasi totalità del patrimonio. La soluzione adottata dalla Corte, tuttavia, non chiarisce il ruolo che la consulenza tecnica d'ufficio è chiamata a svolgere in tale contesto, lasciando all'interprete il non agevole compito di definirne i confini applicativi.*

The Court of cassation intervenes to clarify the extent of the burden of proof incumbent upon the forced heirs in the context of an action for reduction. To legitimately ground the claim, it is no longer necessary to precisely quantify the monetary value of the estate and the reserved share, as it is sufficient to provide a representation of the assets that makes the infringement plausible, identifiable in the report of a variety of donations, such as to represent almost the entirety of the assets. The solution adopted by the Court, however, does not clarify the role that court-appointed expert evidence is called upon to play in this context, leaving the interpreter with the far from straightforward task of defining its scope of application.

1. L'effettività della tutela del diritto alla quota di legittima.

La rigidità interpretativa che ha storicamente connotato l'onere della prova nell'azione di riduzione si è tradotta, non di rado, in un vero e proprio ostacolo all'accesso a una tutela giurisdizionale effettiva¹. Si tratta di una rigidità - come si avrà modo di illustrare - che preclude al legittimario, incapace di quantificare *a priori* con precisione la lesione della propria quota di riserva, la possibilità di ottenere «*tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*» alla stregua del diritto sostanziale². Si consuma, in tal modo, quello scarto tra il piano delle regole e il piano dei rimedi che costituisce una delle più insidiose patologie dell'ordinamento giuridico.

La decisione in esame segna, sotto questo profilo, un significativo riposizionamento dell'orientamento di legittimità che deve essere vagliato muovendo dal quadro normativo-funzionale della quota di legittima e della sua protezione. Il sistema successorio, com'è noto, individua un punto di equilibrio tra autonomia testamentaria e solidarietà familiare mediante la riserva di una quota della massa ereditaria³ in favore dei soggetti legati al *de cuius*

¹ Sul diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, dunque, senza preclusioni processuali limitative del diritto di agire in giudizio v. L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1070.

Sul diritto a un rimedio effettivo, cioè in grado di ripristinare lo *status quo ante*, v. P. BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, 121; G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 105 ss.; ID., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Questa rivista*, 2017, 4, 187; ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 667 ss.; ID., *Il tempo dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 881 ss.

Sull'implicita costituzionalizzazione del principio di effettività nell'art. 24 Cost., cfr. L.P. COMOGLIO, *op. cit.*, 1065; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del rapporto di lavoro, del mercato e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, 68.

Sull'orientamento restrittivo della Corte Suprema, cfr. Cass., 19.1.2017, n. 1357, in *Foro It. Mass.*, 2017, 59; Cass., 14.10.2016, n. 20830, in *Foro It. Mass.*, 2016, 692; Cass., 30.6.2011, n. 14473, in *Notariato*, 2011, VI, 631; Cass., 12.9.2002, n. 13310, in *Mass. Giur. It.*, 2002; Cass., 29.10.1975, n. 3661, in *Mass. Giur. It.*, 1975.

² Queste le parole di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965, 81. Sul concetto di strumentalità del processo all'attuazione del diritto sostanziale, v. A. PANZAROLA, *La cassazione civile giudice del merito*, in *Biblioteca di diritto processuale civile*, a cura di Chiarloni, Consolo, Giorgio, Luiso e Sassani, Torino, 2005, XXXI, 2, 662; E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 52 e ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., Napoli, 2021, 33, afferma che l'art. 24, co. 1, Cost. «ha esaltato - costituzionalizzandolo - il carattere strumentale del processo». D'altra parte, la strumentalità del processo non è condivisa da S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 16 ss. e da G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, 2ª ed, Padova, 2000, 169 ss.

³ In dottrina si sono sviluppate diverse teorie sulla quota riservata. Secondo G. AZZARITI, *Successione dei legittimari e successione dei legittimi*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, a cura di Bigiavi, 3ª ed., Torino, 1997, 152 e L. FERRI, *Dei legittimari*, Artt. 536-564, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, 2ª ed., 1981, 154, la legittima, calcolata ai sensi dell'art. 556 c.c., costituisce una quota utile della massa dei beni relitti e donati e non semplicemente una quota di eredità. Secondo L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Napoli, 1977, 177 e C.M.

da un vincolo familiare qualificato⁴. L'intangibilità quantitativa della quota riservata si traduce in presidi specifici: il divieto di pesi e condizioni sulla legittima⁵ e l'azione di riduzione⁶, la quale, ove accolta, determina l'inefficacia relativa delle disposizioni testamentarie o delle donazioni lesive, con la conseguente reintegrazione della posizione del legittimario leso o pretermesso⁷. In tale cornice, non può sottacersi come la novella recata dall'art. 44 della l. 2 dicembre 2025, n. 182, abbia impresso una svolta decisiva all'assetto della tutela dei legittimari, ridisegnando gli artt. 561 e 563 c.c. con l'effetto, tra l'altro, di eliminare definitivamente il tradizionale diritto di seguito nei confronti degli aventi causa dal donatario, sostituendo la tutela reale con rimedi di natura prevalentemente obbligatoria⁸.

BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2022, 194, il termine «quota di legittima» non coincide con una «quota dell'eredità», costituendo una frazione della massa, cioè della somma formata fittiziamente ai sensi dell'art. 556 c.c. Infine, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, 4ª ed., Milano, 2000, 60 ss., evidenzia come la figura della quota di riserva sia diversa rispetto al diritto di legittima. La porzione legittima sarebbe la quota ideale di massa ereditaria fittiziamente individuata secondo i criteri dell'art. 556 c.c. Mentre, per ottenere la quota di eredità riservata al legittimario, si dovrà rapportare la porzione indisponibile spettante al legittimario, ai sensi degli artt. 537 c.c. ss., al *relictum* diminuito dei debiti. Tale rapporto dev'essere nuovamente riferito al *relictum* al lordo dei debiti.

⁴ Sul punto, cfr. M. COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnità a succedere e diseredazione*, in *Famiglia*, 2003, 1, 27 ss., secondo il quale l'origine di tale giustificazione ha radici nella tradizione romanistica, pervenuta già nel Codice civile del 1865 attraverso la codificazione francese.

⁵ L. FERRI, *op. cit.*, 103; N. COVIELLO, *Corso completo del diritto delle successioni*, a cura di L. Coviello, II, Napoli, 1915, 1087; A. CICU, *Le successioni. Parte generale. Successione legittima e dei legittimari. Testamento*, Milano, 1947, 227; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2020, 192. Per mezzo del divieto di pesi e condizioni, ai sensi dell'art. 549 c.c., se il testatore condiziona una disposizione testamentaria ad un determinato evento, ovvero la gravi di un onere, la condizione e l'onere, in quanto nulli, saranno da considerarsi come non apposti, analogamente a quanto previsto dall'art. 634 c.c., in applicazione della c.d. *regula sabiniana*. Sul punto, v. G. GIORGI, *Donazione e testamento nel passaggio generazionale di imprese, Famiglia e impresa al cospetto del passaggio generazionale*, a cura di Balestra, in *Giur. It.*, I, 2025, 230.

⁶ A. CHIZZINI, *Sulla discussa natura dell'azione di riduzione ereditaria*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2025, 22 ss. L'azione di riduzione, ai sensi dell'art. 557, 2º comma, c.c., non è rinunciabile finché il donante è in vita.

⁷ Il legittimario pretermesso acquista la qualifica di erede solo dopo il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, fino ad allora, sarà titolare di un diritto potestativo nei confronti dei destinatari delle disposizioni lesive e dei loro aventi causa.

Sul punto, cfr. Cass., 19.11.2019, n. 30079, in *Studium juris*, 2020, 6, 737; G. DI LORENZO, *Nota a Cass.*, 23.12.2011, n. 28632, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 6, 448; Cass., 15.6.2006, n. 13804, in *Mass. Giur. It.*, 2006.

⁸ Per l'analisi delle modifiche introdotte dalla riforma, cfr. G. IACCARINO, *Profili sistematici, disciplina transitoria ed effetti della riforma introdotta dall'art. 44 della l. 182/2025*, *Studio n. 06-2026/C*, 2026; G. AMADIO, *La riforma degli articoli 561 e 563 del codice civile: prima lettura*, in *CNN Notizie*, 2026; M. BOSELLI, *Prime riflessioni intorno alla Riforma dell'azione di restituzione*, in *Fam. e dir.*, 2026, 73 ss.; U. CARNEVALLI, *Riduzione della donazione lesiva della legittima e aventi causa dal donatario: una riforma attesa da tempo*, in *I Contratti*, 2026, 5 ss. Una lettura critica delle concrete ricadute della riforma è offerta da S. DELLE MONACHE, *La libertà di donare alla luce della (nuova) riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2026, 38 ss.



Sul piano probatorio, l'impostazione tradizionale della Corte di cassazione ha a lungo gravato l'attore dell'onere di allegare con rigore sin dall'atto introduttivo i limiti della lesione, individuando con esattezza il valore della massa ereditaria e della quota di riserva asseritamente violata⁹. Siffatto accertamento si innesta nel complesso procedimento contabile della riunione fittizia, scandito dalle disposizioni codicistiche¹⁰. E benché la giurisprudenza consolidata ammetta il ricorso a presunzioni semplici - purché gravi, precise e concordanti¹¹ - la prassi applicativa ha talvolta convertito tale itinerario ricostruttivo in una pretesa di compiutezza probatoria anticipata. Sicché l'accesso al rimedio presupponeva, già nella fase di proposizione della domanda, un apparato dimostrativo di cui solo il giudizio di merito dovrebbe essere portatore.

È su questo delicato crinale interpretativo che si colloca la pronuncia in esame. La questione investe tanto il *quantum* dell'onere probatorio gravante sull'attore-legittimario quanto il momento del suo adempimento. Ci si chiede, cioè, se l'*iter* ricostruttivo debba essere integralmente compiuto «a monte», già nell'*editio actionis* o nelle memorie introduttive, oppure se esso possa ragionevolmente svilupparsi «a valle», nel corso dell'istruttoria, purché la domanda sia *ab origine* sorretta da una rappresentazione patrimoniale chiara, specifica e verosimile. La scelta tra queste due opzioni non è affatto neutra: essa incide profondamente sull'effettività della tutela e, in definitiva, sull'equilibrio tra regole sostanziali di protezione della legittima e regole processuali di accesso al rimedio. La pronuncia in esame, come si avrà modo di illustrare nel prosieguo, rilegge questo bilanciamento, rifiutando quel formalismo che rischia di frustrare la funzione sostanziale dell'azione di riduzione.

2. La vicenda processuale: genesi e sviluppo del contenzioso

La vicenda da cui trae origine la pronuncia, nella sua ordinarietà fattuale, solleva questioni di principio tutt'altro che marginali. Dinanzi al Tribunale di Crotone, il coniuge e due figli del *de cuius* evocano in giudizio il terzo figlio, beneficiario di una molteplicità di atti di natura liberale posti in essere dal loro dante causa¹².

I ricorrenti denunciano come il *de cuius* avesse disposto, mediante una serie di atti, «della quasi totalità» del proprio patrimonio in favore del convenuto, violando - a loro dire - le quote di riserva loro spettanti. Chiedono,

⁹ Cfr. L. FERRI, *op. cit.*, 184 ss.; L. MENGONI, *op. cit.*, 232 ss.; N.P. VISCONTI, *La successione necessaria*, in *Successioni e donazioni*, 1, a cura di Iaccarino, 2^a ed., 2023, 1583 ss.; F. MAGLIULO, *Intangibilità della legittima*, in *Successioni e donazioni*, 1, a cura di Iaccarino, 2^a ed., 2023, 1600; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, 2023, 560.

¹⁰ In particolare, occorrerà stimare il valore dei beni relitti e donati all'apertura della successione; mentre, quanto alle donazioni in denaro, si deve far riferimento al loro valore nominale.

¹¹ Tale principio, espresso dalla Cass., 7.5.1971, n. 1297, in *Mass. Giur. It.*, 1971, è stato anche richiamato recentemente proprio dalla Cass., 19.1.2017, n. 1357, in *Foro It. Mass.*, 2017, 59.

¹² Tribunale di Crotone, 27.3.2019, n. 412, in www.bdp.giustizia.it.

pertanto, di procedere alla divisione dell'asse, previa riduzione delle donazioni, dirette e indirette, effettuate in favore del terzo figlio. La domanda si articola lungo tre linee direttrici, puntualmente evocate sin dall'atto introduttivo: in primo luogo, l'indicazione delle liberalità in favore del figlio; in secondo luogo, la rappresentazione del *relictum*, così da dar conto dei beni effettivamente residuati all'apertura della successione; infine, la richiesta - che si rivelerà cruciale - di far ricorso a una consulenza tecnica d'ufficio per finalizzare il calcolo della quota di legittima.

La decisione del Tribunale di Crotone si attesta, tuttavia, sull'orientamento tradizionale della Suprema Corte, secondo cui l'onere probatorio impone al legittimario di allegare e provare entro quali limiti sia stata lesa la quota di riserva, individuando con esattezza - e sin dall'atto introduttivo - il valore monetario della massa ereditaria, nonché quello della quota di legittima asseritamente violata. Il giudice di primo grado ritiene che gli attori non abbiano assolto tale onere e, per questo motivo, rigetta la domanda. Il Tribunale, infatti, la reputa infondata nel merito, osservando che gli attori avrebbero ben potuto precisare la domanda proposta nelle memorie ex art. 183, co. 6, c.p.c.

Va detto, anzitutto e in linea generale, che qualora il giudice reputi *ab origine* una domanda carente del requisito di specificità dei fatti costitutivi posti a fondamento della pretesa, egli debba disporre l'integrazione dell'atto di citazione, ai sensi dell'art. 164, co. 4, c.p.c. Ciò permette di sollecitare gli attori a sanare le carenze dell'atto ed evitare così una pronuncia di soccombenza nel merito per infondatezza della domanda¹³. Nella specie, peraltro, a fronte di una difficoltà non tanto nella ricostruzione del contenuto del *relictum* e del *donatum*, quanto piuttosto nella determinazione del loro valore monetario, gli attori avevano espressamente chiesto di fare ricorso a una consulenza tecnica d'ufficio. Richiesta che è stata tuttavia rigettata e, paradossalmente, valorizzata quale ulteriore conferma del difetto di allegazione.

Siffatta affermazione merita di essere attentamente vagliata giacché rischia di comprimere indebitamente l'ambito di operatività di uno strumento che, come si vedrà, può legittimamente assolvere a funzioni di integrazione probatoria. Se è vero che «*la casa brucia*»¹⁴ e che il sistema di giustizia civile è afflitto da molteplici criticità¹⁵, tra cui l'eccessiva durata dei processi¹⁶, è altrettanto vero che la risposta a tali disfunzioni non può tradursi nel sacrificio del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, mediante

¹³ In tal caso, la mancata specificità dell'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda ha come conseguenza la nullità dell'atto di citazione. Sul punto, cfr. C. MANDRIOLI, A. CARATTA, *Diritto processuale civile*, II, 29ª ed., *Processo di cognizione*, Torino, 2024, 24; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 148; G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, 66; C. CONSOLO, *Codice di procedura commentario*, II, 6ª ed., Milano, 2018, 45.

¹⁴ Queste le parole di V. ANDRIOLI, *Intervento*, in *Il processo di cognizione a trent'anni dal codice*, Atti del IX Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, (Sorrento, 1971), Milano, 1974, 104.

¹⁵ A. PROTO PISANI, *Problemi del processo civile rivisti da un ottantenne*, in *Riv. dir. proc.*, VI, 2019, 1429 ss.

¹⁶ A. CARRATTA, *La fase preparatoria del rito ordinario e le sue perduranti incongruenze*, *Processo civile: i correttivi alla riforma Cartabia*, in *Giur. It.*, VII, 2025, 1665 ss.



l'imposizione in capo all'attore di un onere di allegazione e probatorio eccessivo. Tanto più quando tale rigore derivi anche dal mancato esercizio, da parte del giudice dei poteri di integrazione dell'atto introduttivo e dei poteri istruttori d'ufficio¹⁷.

La Corte d'appello di Catanzaro, investita del gravame, conferma la sentenza di primo grado, sottolineando l'insufficienza degli elementi istruttori prodotti dagli appellanti, giudicati nuovamente inidonei a fondare la domanda¹⁸. Una conferma, questa, non priva di sfumature significative.

In tale sede, gli appellanti sottolineano come il Codice civile individui analiticamente e univocamente i criteri per determinare il valore del *relictum* e della quota di riserva. La Corte, dal canto suo, ribatte che sono proprio gli attori a dover utilizzare tali criteri per allegare e provare i fatti e gli atti posti a fondamento della domanda.

Il giudice distrettuale, pur rigettando il gravame, lascia tuttavia trasparire un'apertura maggiore rispetto alla decisione di prime cure, ritenendo eccessivamente gravoso imporre ai legittimari l'indicazione dell'entità monetaria già nella domanda. Viene nondimeno precisato che gli attori debbono comunque dimostrare, anche mediante presunzioni gravi, precise e concordanti, la sussistenza della lesione della quota di legittima.

Ad avviso della Corte d'appello, la mera elencazione dei beni ricompresi nell'asse ereditario - siano essi di proprietà al tempo della morte ovvero donati in vita - non può ritenersi sufficiente a fondare la domanda di riduzione. Viene confermato, altresì, che tale lacuna non può essere colmata ricorrendo alla consulenza tecnica d'ufficio, non essendo quest'ultima un mezzo surrogatorio dell'onere probatorio di parte¹⁹.

3. La soluzione adottata dalla Corte di cassazione: verso una lettura funzionale dell'onere probatorio

L'ordinanza della Corte di cassazione si inserisce nel solco di un più recente indirizzo intrapreso dalla giurisprudenza di legittimità²⁰, riaffermando con chiarezza che i principi dettati in tema di prova non possono essere intesi nel senso di imporre la precisa indicazione, già nell'atto di citazione, dell'entità monetaria della lesione. È sufficiente, invece, che la domanda di riduzione sia giustificata attraverso una rappresentazione patrimoniale idonea a rendere verosimile, anche per via indiziaria, la sussistenza della lesione.

Muovendo da tali premesse, la Corte Suprema non si arresta a considerare il principio - già affermato, ma evidentemente mal interpretato dalla Corte distrettuale - bensì lo declina in chiave concreta, precisando la portata del

¹⁷ Sul punto, v. *infra* par. 4, *L'ammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio: uno snodo irrisolto* e par. 5, *Il ruolo della consulenza tecnica d'ufficio nel giudizio di riduzione*.

¹⁸ Corte d'Appello di Catanzaro, 20.10.2022, n. 1250, in www.bdp.giustizia.it.

¹⁹ In tal senso, cfr. Cass., 11.8.2000, n. 10707, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass., 19.8.1998, n. 8200, in *Mass. Giur. It.*, 1998.

²⁰ Cass., 27.8.2020, n. 17926, in *Rep. Foro It.*, voce *successione ereditaria*, n. 215; Cass., 2.9.2020, n. 18199, in voce *successione ereditaria*, n. 218.

quantum probatorio richiesto ai legittimari: esso deve reputarsi soddisfatto mediante una puntuale elencazione delle donazioni effettuate - dirette e indirette - e, correlativamente, dall'inventario dei beni residuati in successione, allorché da tale rappresentazione emerga una situazione in cui il valore del *donatum* appaia molto superiore al valore del *relictum*. L'affermazione degli attori secondo cui il *de cuius* avesse «*elargito la quasi totalità*» delle proprie sostanze in «*termini di valore dei beni*» a vantaggio del solo figlio convenuto, assume, secondo la Corte, rilievo sintomatico nella prospettiva del calcolo ex art. 556 c.c. Il valore delle donazioni sarebbe, infatti, certamente più del doppio della massa ereditaria residua, rendendo verosimile la sussistenza della lesione.

La Corte distrettuale, dunque, pur richiamando formalmente il nuovo orientamento, ne avrebbe tradito lo spirito, pretendendo erroneamente dal legittimario una prova anticipata dell'effettività della lesione già al momento della proposizione della domanda: degradando così il canone della rappresentazione patrimoniale verosimile a un onere di piena dimostrazione *ex ante*, incompatibile con la fisiologia del processo e con la stessa *ratio* dell'azione di riduzione.

La Cassazione puntualizza, inoltre, che la verifica dell'effettiva sussistenza della lesione resta riservata all'istruttoria e al giudizio di merito secondo le regole generali. È entro questo perimetro che la pronuncia segna il discrimine tra l'assetto tradizionale - incline a traslare sulla fase introduttiva un onere di allegazione, ancor prima che di prova, completo dell'*an* e del *quantum* - e la più recente lettura funzionale, che consente di diluire ragionevolmente il carico probatorio nel corso del giudizio, a condizione che l'azione prenda le mosse da allegazioni specifiche e non pretestuose. Resta fermo, peraltro, che il riconoscimento dell'assolvimento di un onere di allegazione chiaro e non pretestuoso non equivale a predicare la fondatezza nel merito della domanda: esso, piuttosto, consente all'attore di usufruire dei tempi e dei mezzi propri del processo, senza precludere aprioristicamente l'accertamento della sussistenza della lesione che, se provata, condurrà all'accoglimento della pretesa. In tal modo, applicando con equilibrio la regola dell'onere della prova, viene restituita piena centralità a quella *stella che irradia la sua luce sull'intero sistema*: il principio di effettività della tutela²¹.

4. L'ammissibilità della consulenza tecnica d'ufficio: uno snodo irrisolto

Con la pronuncia in esame la Corte di cassazione definisce con rigore il *quantum* probatorio richiesto ai legittimari tracciandone compiutamente i criteri applicativi. Senonché, a differenza di altri precedenti, la Suprema Corte, limitandosi a segnalare la possibilità del ricorso a una consulenza

²¹ Come ricorda V. ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stati del processo*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, V, Padova, 1958, 409, ripubblicato in ID, *Scritti giuridici. I. Teoria generale del processo. Processo civile*, Milano, 2007, 61. Per compiuti riferimenti d'analisi del principio v. *supra* nota 1.



tecnica di parte, ha omesso di prendere posizione sulla legittimità del ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio ai fini dell'esatta quantificazione della lesione di legittima. Questo profilo, invero, merita una riflessione autonoma, tanto più che l'istituto è stato oggetto di ricostruzioni non sempre convergenti e bisognose di una ricomposizione sul piano sistematico.

Per quanto la natura di mezzo istruttorio della consulenza tecnica d'ufficio sia oggetto di ampio dibattito in dottrina²², risulta innegabile che si collochi in stretta connessione con il tema della prova e la distribuzione del relativo onere²³, segnatamente laddove l'accertamento del fatto presupponga il ricorso a cognizioni tecniche qualificate²⁴.

²² Partendo dal dato normativo, è condivisibile l'opinione di V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, in *Temi di diritto privato*, Milano, 2011, 206, secondo il quale la consulenza tecnica non può essere considerata un mezzo di prova in senso proprio, quanto, piuttosto un mezzo di istruzione probatoria in senso lato avente la funzione di fornire al giudice quegli elementi conoscitivi necessari per la corretta valutazione di dati ed elementi già acquisiti al processo.

È diffusa in dottrina l'interpretazione per cui il consulente è chiamato a consigliare il giudice, fornendo cognizioni nelle materie che quest'ultimo non è chiamato a conoscere. Sul punto, cfr. G. MONTELEONE, *op. cit.*, 418; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, 2010, Roma, II, 195; E.T. LIEBMAN, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, 98; L. MONTESANO e G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Torino, II, 1977, 190; C.M. BARONE, *Consulente tecnico, I) Dir. proc. civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, VIII, 1-10; A. GIUDICEANDREA, *Consulente tecnico*, in *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, 532; G. MOLFESE, *Il consulente tecnico in materia civile*, Padova, 2003, 22; G. GRASSELLI, *L'istruzione probatoria nel processo civile*, in *Sapere e Diritto*, Milano, 2009, 475.

Altri autori ritengono, invece, che la consulenza tecnica non si contrapponga necessariamente ai mezzi di prova, riconoscendole natura essenzialmente probatoria. Così E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, 204; G. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959, 269; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1960, II, 210; V. DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 404; S. SATTA e C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, 384; L.P. COMOGLIO e C. FERRI e M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, 578; R. CREVANI, *L'istruzione probatoria*, in M. TARUFFO, *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, 325; F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, 222.

²³ S. SATTA, *op. ult. cit.*, 100.

²⁴ È condivisa in giurisprudenza l'opinione che qualifica la consulenza tecnica d'ufficio come fonte oggettiva di prova laddove essa sia diretta ad accertare situazioni rilevabili esclusivamente mediante specifiche cognizioni tecniche, cfr. Cass., 19.1.2011, n. 1149, in *Foro It. Mass.*, 2011, 49; Cass., 30.5.2007, n. 12695, in *Mass. Giur. It.*, 2007; Cass., 21.7.2003, n. 11332, in *Mass. Giur. It.*, 2003; Cass., 17.8.2000, n. 10916, in *Rep. Foro It.*, 2000, voce *consulente tecnico*, n. 13; Cass., 25.9.1998, n. 9584, in *Mass. Giur. It.*, 1998; Cass., 6.11.1998, n. 11190, in *Mass. Giur. It.*, 1998. In particolare, come affermato da Cass., 1.4.2004, n. 6396, in *Mass. Giur. It.*, 2004: «Spetta sempre al giudice la decisione in ordine all'ammissione della consulenza tecnica d'ufficio, anche quando - anziché la sua normale funzione di fornire al giudice la valutazione relativa a fatti già acquisiti al processo - la stessa può eccezionalmente costituire fonte di prova, quale strumento non solo di valutazione ma anche di accertamento di situazioni di fatto rilevabili esclusivamente mediante il ricorso a determinate cognizioni tecniche».

In parziale disaccordo è la decisione Cass., 9.5.2002, n. 6641, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *consulente tecnico*, n. 4, in quanto ritiene che il giudice possa, nella sua discrezionalità, non ricorrere alla consulenza tecnica d'ufficio quando, pur in presenza di questioni di natura tecnico-scientifica, ritenga di poter attingere «alle proprie conoscenze ove ne sia in possesso».

Il nodo cruciale dell'ammissibilità della consulenza tecnica risiede, a ben vedere, nella distinzione - tutt'altro che scontata sul piano applicativo - tra consulenza cosiddetta esplorativa e consulenza non esplorativa. Nella prima ipotesi, allorché l'ausilio dell'esperto venga invocato per supplire alle carenze istruttorie delle parti, fornendo la prova dei fatti costitutivi dei diritti azionati, la consulenza si pone inevitabilmente in tensione con il principio dispositivo che governa il processo civile. Il giudice può, pertanto, legittimamente rifiutare di disporla²⁵. Diversa è la prospettiva ove essa non presenti carattere esplorativo: ci si interroga, allora, se il giudice abbia il potere - o, in talune ipotesi, addirittura il dovere - di disporre l'ausilio tecnico.

È indubbio che siffatta valutazione non possa che scaturire dal prudente apprezzamento del giudice, caso per caso, secondo un'analisi che, di regola, sfugge al sindacato di legittimità se non in punto di motivazione²⁶. Ciò nondimeno, appare possibile e necessario enucleare taluni criteri orientativi cui far riferimento nel vaglio dell'assolvimento dell'onere probatorio gravante sulla parte. In tal modo, si potrà tracciare un punto di equilibrio fra mezzi istruttori officiosi e principio dispositivo e scongiurare il rischio di prassi giurisprudenziali volte a «*manovrare arbitrariamente lo strumento della consulenza*»²⁷.

Non manca, in dottrina e in giurisprudenza, chi ha sollevato la necessità di disporre la nomina del consulente tecnico al fine di evitare una pronuncia di *non liquet*²⁸. In quest'ottica, l'intervento dell'esperto mira a scongiurare che la decisione si arresti alla mera distribuzione formale dell'onere proba-

Con la sentenza della Cass., S.U., (ord.) 14 marzo 2019, n. 7354, in www.wolterskluwer.com, la Corte Suprema ha precisato che il giudice «*ove egli abbia ritenuto di non avvalersi di tale strumento, deve fornire adeguata dimostrazione di aver potuto risolvere, sulla base di corretti criteri e di cognizione proprie, tutti i problemi tecnici connessi alla valutazione degli elementi rilevanti ai fini della decisione*».

²⁵ Secondo la Cass., 5.7.2007, n. 15219, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *consulente tecnico*, n. 10, «*anche nel caso di consulente percipiente, la parte non può comunque sottrarsi del tutto dall'onere probatorio e rimettere in toto l'accertamento della propria posizione processuale al c.t.u., essendo comunque necessario che vengano quantomeno dedotte le circostanze e gli elementi specifici posti a fondamento delle pretese azionate; e non potendo quindi la c.t.u. risolversi nel l'accertamento di fatti che non sono stati nemmeno affermati ed allegati in giudizio a sostegno delle proprie domande ed eccezioni*». Conformemente, Cass., 11.1.2006, n. 212, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *consulente tecnico*, n. 9; Cass., S.U., 4.11.1996, n. 9522, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *consulente tecnico*, n. 8.

²⁶ Da un lato, la motivazione sull'opportunità di disporre la c.t.u. è implicita nel caso in cui vi si ricorra, cfr. Cass., 19.3.2007, n. 6414, in *Mass. Giur. It.*, 2007; Cass., 7.12.2005, n. 27002, in *Mass. Giur. It.*, 2005, «*rientra nel potere discrezionale del giudice del merito, il cui esercizio si sottrae al sindacato di legittimità anche quando difetti un'espressa motivazione al riguardo, dovendo ritenersi implicita nell'ammissione del mezzo istruttorio la valutazione della sua opportunità*».

In caso di diniego alla richiesta di parte, invece, il giudice dovrà adeguatamente motivare la sua decisione, sul punto Cass., 1.9.2015, n. 17399, in *CED Cassazione*, secondo la quale «*la decisione di ricorrere o meno ad una consulenza tecnica d'ufficio costituisce un potere discrezionale del giudice, che, tuttavia, è tenuto a motivare adeguatamente il rigetto dell'istanza di ammissione proveniente da una delle parti*».

²⁷ F. AULETTA, *op. cit.*, 70.

²⁸ Convincimento affermato in giurisprudenza, cfr. F. AULETTA, *Nota a Cass., S.U.*, 1.2.2022, n. 3086, in *Giur. It.*, 2022, 10, 2136; *Id.*, *Nota a Cass., S.U.*, 28.2.2022, n. 6500, in *Giur. It.*, *ibidem*.

torio, cristallizzandosi nell'applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.²⁹

In tale prospettiva, si ritiene doverosa l'ammissione della consulenza tecnica d'ufficio non soltanto laddove essa rappresenti l'unico strumento idoneo a provare i fatti dedotti, ma anche nell'ipotesi in cui costituisca il *mezzo più agevole di accertamento di un fatto determinante per la decisione*³⁰.

Si è giunti ad affermare, al riguardo, che la parte abbia un vero e proprio diritto di invocare il potere del giudice affinché disponga la consulenza tecnica d'ufficio, allorché questa sia necessaria all'applicazione di particolari regole o cognizioni tecniche, sino al punto che un suo rifiuto immotivato equivalga - secondo tale prospettazione - a un diniego di giustizia³¹.

In questa cornice, l'art. 2736, co. 2, c.c., sebbene dettato in materia di giuramento suppletorio, offre coordinate ermeneutiche preziose per orientare l'apprezzamento giudiziale circa la necessità e l'opportunità di integrazione probatoria³². Dalla lettura della norma si evince che il giudice, quando non ritenga sufficientemente provati i fatti di causa e, al contempo, non reputi opportuno decidere ai sensi dell'art. 2697 c.c., potrà integrare il materiale acquisito³³. Tali poteri troveranno esercizio, in particolare, nelle ipotesi di c.d. *semiplena probatio*: vale a dire quando la domanda non risulti pienamente provata, tanto da poter essere accolta, ma neppure del tutto sfornita di prova, tanto da essere respinta, ovvero quando l'integrazione si renda necessaria al fine di determinare *il valore della cosa domandata*³⁴.

Ora, è indubbio che giuramento suppletorio e consulenza tecnica d'ufficio rispondano a funzioni eterogenee, poiché il primo verrà disposto quando il giudice non ritenga sufficientemente provati i fatti, mentre la c.t.u. presuppone la necessità di cognizioni specialistiche per la corretta valutazione o quantificazione di ciò che è stato allegato.

La circostanza che la consulenza tecnica d'ufficio presupponga la necessità di cognizioni specialistiche attiene al piano funzionale dello strumento,

²⁹ In tal senso, G. FABBRINI, *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. del dir.*, XXXIV, 1985, 736 ss.

³⁰ Cass., 8.1.2004, n. 88, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *consulente tecnico*, n. 8.

³¹ In dottrina, v. S. SATTA e C. PUNZI, *op. cit.*, 322, in giurisprudenza, v. Cass., 13.3.2009, n. 6155, in *Mass. Giur. It.*, 2009; Cass., 22.6.2005, n. 13401, in *Mass. Giur. It.*, 2005, secondo la quale «viola la legge processuale il giudice del merito che ne rifiuta l'ammissione senza verificare se in concreto la prova dei fatti poteva essere acquisita solo con l'impiego di particolari cognizioni tecniche ed, in caso affermativo, se la parte gravata dell'onere di provarli, ne avesse allegato l'esistenza».

In senso contrario, v. Circolare 14 aprile 1942, n. 2690, firmata dal Ministro Grandi e contenente le *Direttive alla Magistratura per l'applicazione del nuovo codice di procedura civile*, secondo cui: «le parti possono far presente al giudice l'opportunità di chiamare il tecnico, ma non hanno mai un diritto processuale alla sua chiamata».

³² Cass., 20.6.1994, n. 5925, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 592; Cass., 31.3.2015, n. 6560, in *Rep. Foro It.*, 2015, voce *giuramento civile*, n. 9.

³³ E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, 158.

³⁴ M. TARUFFO, *Del giuramento*, in *Commentario Cendon*, VI, Torino, 1991, 228; R. PROVINCIALI, *Giuramento suppletorio ed estimatorio*, in *Enc. del dir.*, XIX, Milano, 1970, 128. In giurisprudenza, la Corte Suprema è orientata su un giudizio estensivo sull'ammissibilità del giuramento suppletorio, valutando riduttivamente il requisito della *semiplena probatio*, sul punto, cfr. Cass., 27.6.2006, n. 14768, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Cass., 11.6.1999, n. 5752, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 1327.

vale a dire alla ragione per cui il giudice vi fa ricorso. Tale presupposto funzionale, tuttavia, nulla dice circa il grado di completezza del materiale probatorio che la parte deve aver raggiunto affinché il giudice possa legittimamente disporre l'ausilio dell'esperto. Si tratta, a ben vedere, di due piani logicamente autonomi, che non si elidono, ma si cumulano.

Ebbene, appare altrettanto innegabile che entrambi gli strumenti possano presupporre il medesimo *prius* logico: che il materiale probatorio acquisito abbia raggiunto una soglia sufficiente a giustificare l'integrazione officiosa, senza tuttavia fondare, da solo, il convincimento del giudice. I due istituti potranno condividere un medesimo orizzonte di scopo: quello di integrare, in senso lato, il materiale probatorio acquisito.

Non a caso, del resto, la giurisprudenza tende a considerare tali strumenti in modo congiunto³⁵, valorizzandone la comune natura di mezzi istruttori d'ufficio, pur qualificandoli, talvolta, in termini differenziati³⁶: proprio al fine di orientare, in concreto, il prudente apprezzamento giudiziale sulla necessità dell'integrazione istruttoria.

5. Il ruolo della consulenza tecnica d'ufficio nel giudizio di riduzione

Alla luce di tali coordinate, merita di essere vagliata la posizione assunta dai giudici di merito nella vicenda in esame sul ruolo della consulenza tecnica d'ufficio. Il Tribunale di Crotone, nel respingere la domanda di riduzione, ha qualificato la richiesta degli attori-legittimari di far ricorso al tecnico quale istanza di carattere esplorativo, ritenendola oltretutto sintomatica della carenza di allegazione delle parti³⁷.

Il medesimo orientamento restrittivo permea la pronuncia della Corte d'Appello di Catanzaro, che si limita a richiamare - quasi automaticamente - la consolidata massima³⁸ secondo cui la consulenza tecnica non è un mezzo

³⁵ Cass., (ord.) 16.5.2023, n. 13359, in *Rep. Foro It.*, 2023, voce *proprietà*, n. 15; Cass., 10.7.2001, n. 9377, in *Foro It.*, 2002, I, 130; Cass., 10.3.1986, n. 1592, in *Arch. Civ.*, 1986, 1196.

³⁶ Sul giuramento suppletorio, è oggi pacifica la natura di mezzo di prova, sul punto si veda L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 740; R. PROVINCIALI, *Giuramento decisorio*, in *Enc. del dir.*, XIX, Milano, 1970, 112; M. TARUFFO, *op. cit.*, 226.

Per una sintesi dell'evoluzione delle opinioni sulla natura giuridica del giuramento, si veda C.A. NICOLETTI, *Il giuramento della parte nel processo civile*, in *Quaderni dell'Associazione degli Studiosi del processo civile*, XXXIX, Rimini, 1982, 40.

³⁷ Sul punto, cfr. Cass., 11.1.2006, n. 212, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Cass., 6.4.2005, n. 7097, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

In particolare, Cass., 6.6.2003, n. 9060, in *Mass. Giur. It.*, 2003: «La consulenza tecnica d'ufficio non è mezzo istruttorio in senso proprio, avendo la finalità di aiutare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitino di specifiche conoscenze, pertanto il suddetto mezzo di indagine non può essere utilizzato al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, ed è quindi legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati».

³⁸ Cass., 10.12.1977, n. 5362, in *Rep. Foro It.*, 1977, voce *consulente tecnico*, 23; in ossequio all'orientamento richiamato nella precedente nota 18.



istruttorio che possa essere impiegato per esonerare le parti dall'onere della prova posto a loro carico. Non è, dunque, consentito l'espletamento per l'acquisizione e la dimostrazione dei fatti da porre a fondamento della domanda. Affermazioni, queste, che colgono indubbiamente nel segno ove riferite all'ipotesi - patologica - di una consulenza invocata per supplire a carenze strutturali dell'impianto probatorio; nondimeno, rischiano di assumere una valenza preclusiva ingiustificata ove applicate con rigidità meccanicistica. Ciò accade in particolare nelle fattispecie in cui il legittimario abbia già compiutamente delineato il quadro patrimoniale, necessitando unicamente dell'ausilio tecnico per la traduzione in valori monetari.

Il percorso interpretativo dei giudici di merito sarebbe ragionevole soltanto ove gli attori-legittimari avessero invocato l'ausilio del consulente al fine di individuare i beni che avrebbero dovuto comporre il *relictum* e il *donatum*, dei quali ignorassero l'esistenza: attività che, per quanto complessa, non richiede cognizioni tecniche scientifiche specifiche. Così, tuttavia, non è accaduto nella vicenda in esame. Ad una più attenta analisi delle ragioni sottese all'istanza istruttoria, emerge con sufficiente chiarezza che lo scopo per cui gli attori hanno richiesto l'intervento peritale non era quello di attribuire a tale strumento il ruolo di mezzo istruttorio, quanto piuttosto quello di pervenire ad una compiuta quantificazione dei cespiti già previamente individuati e allegati in giudizio, affidando al consulente un ruolo deducete³⁹.

Si impone, a questo punto dell'indagine, l'esame dei percorsi interpretativi alternativi, tracciati dalla Corte Suprema in occasione di ulteriori giudizi in materia di azione di riduzione, che delineano i confini entro i quali l'ausilio della consulenza tecnica assume o meno carattere esplorativo, ai fini specifici del computo del *relictum* e del *donatum*.

In un primo fondamentale arresto - già richiamato, peraltro, dal giudice crotonese - la Corte di cassazione ha affermato coerentemente che l'attore-legittimario ha sì l'onere di individuare il valore della massa ereditaria e la violazione della quota di legittima, ma il suddetto onere si ritiene assolto mediante l'allegazione, in via indiziaria, degli atti di provenienza dei beni e certificazioni catastali o di rendita, così da individuare le componenti patrimoniali richieste, seppur non in maniera analitica. In tale ipotesi, la Corte Suprema ha valutato positivamente l'interpretazione della Corte territoriale, la quale ha formulato una presunzione connotata dai caratteri della gravità, precisione e concordanza. Pertanto, non soltanto la parte avrebbe potuto legittimamente invocare la consulenza tecnica d'ufficio, ma il giudice era gravato dal «dovere» di disporla per procedere alla corretta stima del valore dei beni. In questa prospettiva funzionale, la consulenza si configura quale strumento elettivo per la determinazione della lesione⁴⁰.

³⁹ La tradizionale distinzione tra consulente deducete e consulente percipiente, secondo V. ANSANELLI, *op. cit.*, 214, ha l'esclusiva finalità di escludere la qualificazione probatoria delle informazioni introdotte per mezzo del consulente deducete. Tale impostazione, appare superata dalla condivisibile nozione di prova scientifica che accomuna l'attività della consulenza tecnica esperita tanto in sede di valutazione quanto in sede di formazione della prova.

⁴⁰ Cass., 19.1.2017, n. 1357, in *Foro It. Mass.*, 2017, 59.

Nella medesima direzione si colloca un'ulteriore pronuncia, espressamente richiamata nell'ordinanza in commento, nella quale la Suprema Corte opportunamente afferma che non può imporsi agli attori-legittimari una quantificazione in termini matematici né dei beni costituenti il *relictum* e il *donatum*, né della lesione asseritamente avvenuta. La Corte ha inoltre stigmatizzato chiaramente l'irragionevolezza di imporre al legittimario una perizia preventiva di parte, ovvero l'indicazione di valori arbitrariamente determinati in via meramente congetturale. Tali valori, infatti, non sarebbero vincolanti per il giudice, che in ogni caso è chiamato a precisare l'entità della lesione dedotta. In tale circostanza, l'intervento peritale non riveste più carattere esplorativo, né assolve una funzione di mezzo di prova in senso stretto: proprio perché il consulente è chiamato a «*valutare ben individuati componenti patrimoniali*»⁴¹. Infatti, la consulenza tecnica d'ufficio giova limitatamente alla determinazione con precisione del valore monetario dei beni identificati, esercitando una funzione che rientra a pieno titolo nelle competenze tecniche - e nella ragion d'essere processuale - del consulente.

L'analisi sin qui condotta consente di trarre alcune coordinate di sintesi. Innanzitutto, la decisione sulla fondatezza della domanda dell'azione di riduzione, basata sull'assolvimento dell'onere della prova in capo agli attori-legittimari, non esige necessariamente l'esatta quantificazione in termini monetari della massa ereditaria e della quota di legittima.

È sufficiente, come chiarito dall'ordinanza oggetto d'analisi, la coerenza complessiva del quadro probatorio prospettato, tale da far emergere in modo plausibile l'esistenza di una lesione, anche in via presuntiva. Pertanto, gli attori devono allegare i beni facenti parte dell'asse ereditario, rapportandoli alle disposizioni liberali compiute dal *de cuius*, al fine di rendere percepibile e verosimile la violazione della quota di riserva.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità riconosce alla consulenza tecnica d'ufficio un ruolo centrale e funzionale crescente, pur governato da un equilibrio delicato, non agevolmente calibrabile in termini astratti e generali. Se, da un lato, è stato autorevolmente affermato che essa non costituisce un mezzo di prova idoneo a supplire le carenze di allegazione, dall'altro lato resta indiscusso il suo ruolo di *ausilio* del giudice a integrazione della prova⁴². Tale ruolo è sovente imprescindibile nelle controversie a elevato contenuto tecnico, come avviene tipicamente in materia estimativa e contabile. La questione è, come sempre, di misura: occorre distinguere l'ipotesi in cui la consulenza venga invocata per colmare un vuoto di allegazione da quella in cui essa sia richiesta per tradurre in termini monetari un quadro patrimoniale già compiutamente delineato.

Entro questa cornice ermeneutica, volutamente ampia per consentire l'adattamento alle specificità del caso concreto, il giudice è chiamato a valutare l'assolvimento dell'onere probatorio alla luce della complessiva rappresentazione patrimoniale emergente dal giudizio. Conseguentemente, egli

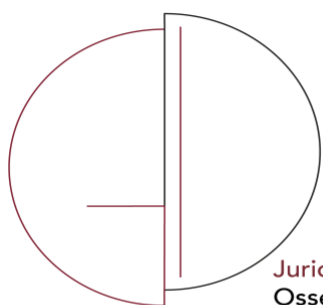
⁴¹ Cass., 2.9.2020, n. 18199, in *Studium juris*, 2021, 4, 504.

⁴² V. ANSANELLI, *La prova nel processo civile*, in *tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da CICU, MESSINEO e MENGONI, continuato da SCHLESINGER, a cura di Taruffo, 2012, 997; ID., *Il consulente tecnico d'ufficio – Un piccolo giudice alla ricerca della verità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 1216.

orienta la propria decisione in ordine al ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio: strumento sì discrezionale, ma da impiegare anche alla luce dei rilievi codicistici, quale ausilio prezioso, sorretto da adeguata consapevolezza metodologica e puntuale motivazione.

Pertanto, nell'ambito dell'azione di riduzione, appare ragionevole - e, nelle ipotesi più stringenti, doveroso - concludere che il giudice possa disporre la c.t.u. senza incorrere in alcuna violazione del principio dispositivo, allorché l'attore abbia compiutamente individuato i beni costituenti la massa ereditaria e abbia offerto una rappresentazione della situazione patrimoniale idonea a rendere verosimile, secondo i canoni elaborati dalla più recente giurisprudenza di legittimità, la sussistenza di una lesione di legittima. In siffatta ipotesi, lo scopo della consulenza sarà quello di quantificare con esattezza il valore del *relictum*, del *donatum*, e dell'entità della lesione dedotta, assolvendo a una funzione tecnica che non surroga, ma integra e perfeziona, l'attività probatoria di parte.

Osservatorio



Juridical Observatory on Digital Innovation
Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale

DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE*

Rubrica di aggiornamento dell'OGID.

Questa rubrica di aggiornamento è curata dal Prof. Salvatore Orlando e dalla Dott.ssa Francesca Zampone nell'ambito delle attività dell'OGID, Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale, costituito presso il Dipartimento di Diritto ed Economia dell'Impresa dell'Università di Roma "La Sapienza" (<https://dei.web.uniroma1.it/it/ogid> - jodi.deap@uniroma1.it).

SOMMARIO

2026/2(1)LC La lettera enciclica del 15.5.2026 “*Magnifica humanitas*” del Santo Padre Leone XIV sulla custodia della persona umana nel tempo dell'intelligenza artificiale – **Lucio Casalini**

2026/2(2)ES Approvato il Digital Omnibus sulla IA: regolamento (UE) 2026/1744 dell'8.7.2026 che modifica i regolamenti (UE) 2024/1689, (UE) 2018/1139 e (UE) 2023/1230 per quanto riguarda la semplificazione dell'attuazione di regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Omnibus digitale sull'IA) – **Elisabetta Stringhi**

2026/2(3)FZ Lo schema di d.lgs. n. 421 di adeguamento della normativa italiana all'AI Act approvato il 9.6.2026 in materia di poteri delle autorità nazionali e di utilizzo dell'intelligenza artificiale nella formazione. In particolare: le disposizioni sulla formazione – **Francesca Zampone**

2026/2(4)ME (*segue*) Le disposizioni sulle autorità nazionali – **Michele Empler**

2026/2(5)EF (*segue*) Le disposizioni sul diritto del lavoro – **Emanuela Fiata**

2026/2(6)LP (*segue*) Le disposizioni sull'equo compenso ai sensi della legge professionale – **Laura Piva**

* Contributo non sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 2.2, lett. c), del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 306 del 21.12.2023.



[2026/2\(7\)LF](#) (*segue*) Le disposizioni sulla modifica del codice di proprietà industriale in materia di informazioni aziendali e sulla competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa – **Laura Fabiani**

[2026/2\(8\)FZ](#) Lo schema di d.lgs. n. 418 di adeguamento della normativa italiana all'AI Act approvato il 9.6.2026 in materia di utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale per l'attività di polizia e di responsabilità civile e penale – **Francesca Zampone**

[2026/2\(9\)NA](#) (*segue*) Le disposizioni sull'attività di polizia e le disposizioni penali sostanziali e processuali – **Nicolò Amore**

[2026/2\(10\)TDMCDV](#) (*segue*) Le disposizioni sulla responsabilità civile – **Tommaso De Mari Casareto dal Verme**

[2026/2\(11\)FPa](#) La versione finale del 10.6.2026 del code of practice sulla trasparenza dei contenuti generati da sistemi di IA ai sensi dell'AI Act – **Federica Paolucci**

[2026/2\(12\)SO](#) Il quadro legislativo nazionale sull'intelligenza artificiale dell'amministrazione Trump, annunciato il 20 marzo 2026 – **Salvatore Orlando**

[2026/2\(13\)FC](#) Il controllo governativo preventivo dei *frontier models* negli USA: l'Executive Order n. 14409 (*Promoting Advanced Artificial Intelligence Innovation and Security*) del 2.6.2026 e le altre misure adottate dall'amministrazione Trump nel mese di giugno 2026 a proposito dei modelli Fable 5 e Mythos 5 di Anthropic e del modello GPT.5-6 di Open AI – **Fiamma Concarella**

[2026/2\(14\)FP](#) Il progetto argentino di riforma del diritto societario del 29.5.2026: la nuova *Ley General de Sociedades* tra «società automatizzate» e DAO – **Matteo Taraschi**

[2026/2\(15\)IG](#) L'annuncio del governo del Regno Unito del progetto di vietare l'accesso ai social media ai minori di anni 16 – **Ilaria Garaci**

[2026/2\(16\)IG](#) L'iniziativa del governo norvegese di vietare l'IA generativa nelle scuole per gli alunni da 6 a 13 anni e di consentirla agli alunni da 14 a 16 anni solo con supervisione degli insegnanti – **Ilaria Garaci**

[2026/2\(17\)RA](#) L'annullamento della designazione di Meta come *gatekeeper* per Marketplace ai sensi del Digital Services Act (Tribunale UE, causa T-1078/23) – **Riccardo Alfonsi**

[2026/2\(18\)FF](#) Il rapporto sull'IA dell'AGCOM del 17.6.2026 – **Francesca Ferretti**

2026/2(19)IG Il (video)gioco è una cosa seria! Il documento di raccomandazioni e buone pratiche per la protezione dei dati personali nei videogiochi emanato dalle autorità per la protezione dei dati personali spagnola e belga nel giugno 2026 – **Chiara Di Somma**

2026/2(20)AG Le Linee guida del Garante privacy italiano del 17.4.2026 sull'utilizzo di tracking pixel nelle comunicazioni di posta elettronica – **Antonio Gorgoni**

2026/2(21)GD La Corte di giustizia UE conferma in via definitiva la maxi-sanzione da 4,1 miliardi di euro inflitta a Google per abuso di posizione dominante nel caso Android (sentenza del 2.7.2026, causa C-738/22 P, Google e Alphabet c. Commissione – Google Android) – **Giorgia Diotallevi**

2026/2(22)GB La sentenza della Corte di giustizia UE nelle cause riunite C-188/24 (WebGroup Czech Republic e NKL Associates) e C-190/24 (Coyote Systems) su servizi della società dell'informazione: gli Stati membri possono esigere la verifica dell'età degli utenti di siti pornografici e vietare la diffusione di informazioni relativi a determinati controlli operati, per motivi di ordine pubblico, sicurezza o incolumità pubblica, sul traffico stradale – **Giorgia Bincoletto**

2026/2(23)RMa-MCG Il provvedimento del Garante privacy italiano n. 342 del 14.5.2026 di avvertimento nei confronti di Myndoor s.r.l. per possibile violazione del GDPR e del Codice privacy in relazione a un componente aggiuntivo per le piattaforme di messaggistica aziendale Slack e Teams finalizzato a rilevare linguaggio, emozioni e livello di stress psicologico dei lavoratori – **Riccardo Maraga/Maria Chiara Garofalo**

2026/2(24)AGa Il provvedimento sanzionatorio n. 419 del 28.5.2026 adottato dal Garante privacy italiano nei confronti di AgID per violazione del GDPR in relazione alla migrazione da INI-PEC a INAD – **Andrea Gabrielli**

2026/2(25)CI Il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM di 2 milioni di euro a Deghi S.p.A. per pratica commerciale scorretta per promozioni e sconti a termine sollecitati con “contatori alla rovescia” – **Cecilia Isola**

2026/2(26)AR L'ordinanza della Cassazione n. 20945/2026 sul requisito della sottoscrizione a parte e con firma digitale ai sensi dell'art. 1341 c.c. – **Alfredo Rocchi**

Una raccolta indicizzata dei numeri della rubrica degli anni 2020-2023 è disponibile sull'[Atlante storico del diritto dei dati 2020-2023](#). Tutti i numeri della rubrica (compresi i numeri del 2024, del 2025 e del 2026 non ancora raccolti nell'Atlante) sono facilmente consultabili nella sezione [OGID](#) del sito web della Rivista.

2026/2(1)LC

| 722

La lettera enciclica del 15.5.2026 “*Magnifica humanitas*” del Santo Padre Leone XIV sulla custodia della persona umana nel tempo dell’intelligenza artificiale

Il 25 maggio 2026 la Santa Sede ha pubblicato la prima lettera enciclica di Papa Leone XIV, intitolata *Magnifica Humanitas*, firmata il 15 maggio, in occasione del 135° anniversario della storica *Rerum Novarum* di Leone XIII. Il documento affronta in modo organico il tema della transizione digitale globale, ponendo al centro la tutela della persona nell’era dell’intelligenza artificiale (IA). Fin dall’introduzione, è subito evidente come l’enciclica non rappresenti soltanto un manifesto morale, ma tenda a delineare una vera e propria architettura di “**algoretica**” (neologismo nato dalla crasi tra algoritmo ed etica), destinata ad influenzare i futuri dibattiti di politica del diritto, nazionali e sovranazionali. Da questa prospettiva, l’enciclica di Papa Leone XIV pone nuove sfide regolatorie, inserendosi nelle intercapedini del controverso rapporto tra persona umana e intelligenza artificiale. Ad una prima lettura del testo emerge in modo chiaro un’analisi diversificata attorno a molteplici profili di stretta rilevanza non solo per la dottrina sociale della Chiesa, ma anche per la dottrina e la prassi giuridica del nostro tempo: dal dominio della tecnica al binomio dignità-lavoro, dalla “normalizzazione della guerra”, che passa dalla crisi del multilateralismo internazionale, alla polarizzazione della forza “senza limiti”. Per ragioni di sintesi, si accennerà di seguito solo ad alcuni di tali profili. Il primo attiene alla **centralità della dignità umana**, punto di partenza e filo conduttore dell’intero messaggio pastorale, elevata a criterio per orientare il progresso tecnico. **La lettera papale rigetta fermamente ogni tipo di deriva tecnocratica volta a considerare la persona come un mero dataset, oggetto di profilazione e ottimizzazione algoritmica.** Al contrario, il Santo Padre sottolinea come le **debolezze umane** non devono essere considerate come bug di un sistema da correggere in vista di obiettivi transumanisti, ispirati da una sorta di darwinismo tecnologico, ma come **elementi costitutivi della dignità umana** stessa. Di conseguenza, viene fortemente sostenuto il principio di **non-discriminazione algoritmica** e la necessità di garantire che ogni decisione automatizzata (specialmente in ambiti sensibili come welfare, giustizia e sanità) mantenga sempre una **supervisione umana** (human in the loop). Un secondo tema di grande rilevanza e impatto sociale attiene alla **disinformazione** e alla **manipolazione** del consenso tramite l’IA. In questo ambito, si invoca una regolamentazione più stringente contro la proliferazione incontrollata di contenuti falsi o mistificati - deepfake - anche al fine di contrastare i fenomeni di **polarizzazione** indotti dai **meccanismi di raccomandazione**. Occorre, invece, configurare l’accesso a un’informazione attendibile e veritiera come un vero e proprio diritto fondamentale e un bene comune dell’umanità. Altro aspetto d’interesse, specialmente se posto in parallelo con lo spirito della *Rerum Novarum*, è quello relativo all’impatto

dell'automazione sul mercato occupazionale. Qui il lavoro non viene inteso semplicemente come mezzo di sostentamento economico, ma come cardine della realizzazione della persona, ponendosi così in linea con il dettato costituzionale (cfr., in particolare, quanto alla Carta italiana, gli artt. 1, 4, 35 e 37 cost.). In quest'ottica vengono inquadrare alcune auspiccate politiche attive volte ad implementare gli **ammortizzatori sociali** e la **riqualificazione professionale** per contrastare le crescenti asimmetrie di potere, economico e tecnologico, generate dalle **nuove forme di monopolio** che dominano i mercati digitali. Un altro passaggio chiave, questa volta sotto il profilo del diritto internazionale umanitario, riguarda i sistemi militari avanzati e le c.d. **armi autonome**. Leone XIV lancia un **appello per l'imposizione di un divieto assoluto di delega alla macchina di decisioni fondamentali riguardanti la vita e la morte** dell'essere umano e denuncia il fallimento irresponsabile di quella realpolitik, quale «forma di “realismo” politico, che semina nelle coscienze e nella cultura la rassegnazione a una guerra ineluttabile, e qualifica la pace e il dialogo come posizioni utopiche o irrazionali, che ignorano i rischi in campo». Per il Pontefice occorre, invece, **«disarmare l'IA»** che «non significa rinunciare alla tecnologia, ma impedirle di dominare l'umano. Significa sottrarla ai monopoli, renderla discutibile, contestabile, e quindi abitabile, restituendola alla pluralità delle culture umane e delle forme di vita». Significa, in definitiva, contrapporre alla «cultura della potenza» la «civiltà dell'amore». L'antidoto auspicato per un ritorno alla pace (che «non è una speranza ingenua né soltanto un'assenza di guerra: è frutto, sempre possibile, della giustizia e della carità») è, dunque, un rinnovato **multilateralismo** ispirato ad una governance globale giusta e condivisa. Solo in questa chiave è immaginabile un superamento della logica della «forza senza limiti» e dei blocchi geopolitici contrapposti. Aspetto quest'ultimo su cui, recentemente, la Santa Sede ha osservato come la crescente facilità con cui possono essere impiegati i sistemi d'arma ad autonomia operativa basati sull'IA renda la guerra più facilmente “praticabile” e dunque meno soggetta al controllo umano, in aperto contrasto con il principio secondo il quale il ricorso alla forza armata debba avvenire come *extrema ratio*, ovvero quale ultima risorsa in caso di legittima difesa (nel nostro ordinamento, cfr. art. 11 cost., a mente del quale: «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali [...]»). Ad uno sguardo d'insieme e in prospettiva diacronica, ogni questione trattata nel testo si lascia apprezzare per lo stretto legame tra l'enciclica di Leone XIII e quella di Leone XIV, che non risulta essere unicamente celebrativo, ma risponde ad una precisa metodologia dottrinale. In entrambi i casi, infatti, la Chiesa interviene in un momento di vuoto regolatorio (1891) o di forte **«asimmetria epistemica, economica e politica»** (2026), proponendo criteri che ambiscono a ridefinire e attualizzare le categorie tradizionali nel segno di una ritrovata *magnifica humanitas*.

LUCIO CASALINI

[Testo lettera enciclica](#)



2026/2(2)ES

Approvato il Digital Omnibus sulla IA: regolamento (UE) 2026/1744 dell'8.7.2026 che modifica i regolamenti (UE) 2024/1689, (UE) 2018/1139 e (UE) 2023/1230 per quanto riguarda la semplificazione dell'attuazione di regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Omnibus digitale sull'IA)

In esito a procedura legislativa ordinaria avviata su impulso della Commissione europea (la **Commissione**) con la proposta di regolamento COM(2025)836, cd. *Digital Omnibus on AI* (su cui v. in questa Rubrica il contributo n. 6 nel numero 4/2025 in *PeM* 2025, p. 1036 e il contributo n. 1 nel numero 1/2026 in *PeM* 2026, p. 272), il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno adottato l'8 luglio 2026 il **regolamento (UE) 2026/1744** che modifica i regolamenti (UE) 2024/1689 (**AI Act** o **AIA**), (UE) 2018/1139 (in materia di aviazione civile) e (UE) 2023/1230 (**regolamento macchine**) per quanto riguarda la semplificazione dell'attuazione di regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Omnibus digitale sull'IA), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'UE il 24 luglio 2026 (il **Regolamento**).

La riforma dell'AI Act (sull'AI Act v. in questa Rubrica il contributo n. 2 del numero [2/2024](#) [2024/2(2)SO], in *PeM* 2024, p. 650) apportata dal Regolamento (la **Riforma dell'AI Act** o la **Riforma**) si inserisce in un più ampio processo di novellazione del diritto digitale dell'Unione, al dichiarato fine di apportarvi una razionalizzazione per rendere più sostenibile l'applicazione degli obblighi gravanti sugli operatori economici attivi nel settore dell'economia digitale, senza compromettere un adeguato livello di tutela dei diritti fondamentali.

Le modifiche all'AI Act sono contenute nell'art. 1 del Regolamento, che consta di 43 punti.

Riportiamo di seguito le principali modifiche, seguendo l'ordine della numerazione degli articoli dell'AI Act modificati dal Regolamento.

L'art. 1, punto 1) del Regolamento ha modificato l'**art. 1(2)(g) AIA**, estendendo le misure di sostegno già previste per le piccole e medie imprese (**PMI** o **SME**: acronimo inglese da Small Medium Enterprises), come definite all'articolo 2 dell'allegato della raccomandazione 2003/361/CE, anche alle piccole imprese a media capitalizzazione (**SMC**: acronimo inglese da Small Mid-Cap Companies), come definite al punto 2 dell'allegato della raccomandazione (UE) 2025/1099, comprese le start-up. In particolare, alle SMC vengono estese le agevolazioni regolatorie già previste per le PMI in materia di documentazione tecnica e di predisposizione di un sistema di gestione della qualità proporzionato alle dimensioni dell'impresa.

L'art. 1 punto 2) lett. a) e c) del Regolamento modificano l'art. 2 AIA, apportando **importanti modifiche all'applicazione degli obblighi previsti dagli artt. 9-15 e 17-25 AIA**, che costituiscono il cuore dell'AI Act.

Le modifiche riguardano l'applicazione di tali obblighi ai sistemi di IA ad alto rischio destinati a essere incorporati come componenti di sicurezza in un

prodotto, ovvero costituenti essi stessi un prodotto o disciplinati dalla normativa armonizzata dell'Unione in qualità di componenti di sicurezza o prodotti *stand-alone*.

Per comprendere tali modifiche bisogna ricordare l'assetto previsto dall'AI Act prima della Riforma relativamente ai sistemi di IA ad alto rischio (**sistemi ad alto rischio**) la cui definizione è affidata alle disposizioni dell'art. 6 AIA che individuano due categorie di sistemi ad alto rischio attraverso il riferimento agli allegati I e III del medesimo regolamento. Segnatamente: nel paragrafo 1 dell'art. 6 AIA, viene delineata una prima categoria di sistemi ad alto rischio attraverso il riferimento all'allegato I dell'AIA contenente 20 normative di armonizzazione dell'Unione; mentre l'altra categoria di sistemi ad alto rischio è individuabile attraverso le norme dei successivi paragrafi 2 e 3, tramite l'allegato III dell'AIA, contenente un elenco di 8 settori di impiego dei sistemi di IA.

La Riforma ha toccato entrambe le categorie di sistemi ad alto rischio.

Quanto ai sistemi individuabili attraverso il riferimento all'allegato I dell'AI Act (normative di armonizzazione), già prima della Riforma era previsto un diverso trattamento venendo in rilievo a tal fine la distinzione tra le 12 fonti contenute nella sezione A di tale allegato, recante l'«elenco della normative di armonizzazione dell'Unione in base al nuovo quadro legislativo» e le 8 fonti contenute nella sezione B, recante l'«elenco di altre normative di armonizzazione dell'Unione». In particolare, l'art. 2(2) AIA già sottraeva i sistemi relativi a prodotti disciplinati dalla normativa elencata nella sezione B al regime applicabile alla generalità dei sistemi ad alto rischio, disponendo che a tali sistemi si applica unicamente la norma definitoria dell'art. 6(1), l'art. 57 (in materia di spazi di sperimentazione normativa) e gli artt. 102-109 AIA. Questi ultimi articoli dispongono che gli essenziali requisiti *ex-ante* per i sistemi di IA di alto rischio previsti nella Sezione 2 del Capo III AIA (artt. 8-15 AIA) debbano essere presi in considerazione quando si adotteranno normative attuative o delegate della medesima legislazione, e dunque prevedono una sorta di applicazione indiretta o programmatica delle norme che fissano tali requisiti attraverso la previsione di un futuro adeguamento normativo.

La Riforma è intervenuta su molti punti.

Innanzitutto, il Regolamento ha **“spostato” il regolamento macchine nella sezione B dell'allegato I dell'AI Act** assoggettandolo al regime dedicato ai sistemi relativi ai prodotti disciplinati dalle normative elencate in tale sezione, sopra richiamato: art. 1, punto 41) del Regolamento. La *ratio* di questo primo intervento si trova dichiarata nel cons. 42 del Regolamento, dove si legge che l'applicazione del reg. macchine e dell'AI Act «potrebbe portare a sovrapposizioni», e si soggiunge: «[d]ata la natura specifica delle macchine e del settore delle macchine, e al fine di rispondere alla necessità di semplificare il quadro normativo per le macchine basate sull'IA, è opportuno passare a un approccio settoriale spostando il regolamento (UE) 2023/1230 [reg. macchine] dalla sezione A alla sezione B dell'allegato I del regolamento (UE) 2024/1689 [AI Act]».

In secondo luogo, è stato **modificato l'art. 2(2) AIA** come segue «Ai sistemi di IA classificati come ad alto rischio ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1,

relativo a prodotti disciplinati dalla normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato I, sezione B, si applicano unicamente l'articolo 6, paragrafo 1, l'articolo 60 bis e gli articoli da 102 a 112. Gli articoli 57, 58 e 59 si applicano solo nella misura in cui i requisiti per i sistemi di IA ad alto rischio a norma del presente regolamento siano stati integrati in tale normativa di armonizzazione dell'Unione». Il **nuovo art. 60 bis AIA** ivi richiamato - introdotto dall'art. 1, punto 25) del Regolamento - contiene una nuova disciplina *ad hoc* per la prova di tali sistemi in condizioni reali al di fuori degli spazi di sperimentazione normativa per l'IA.

La terza modifica è molto importante. Essa riguarda, come anticipato, **l'applicazione degli obblighi previsti dagli artt. 9-15 e 17-25 AIA** ai sistemi di IA ad alto rischio di cui all'art. 6(1) AIA. Per i motivi sopra esposti, la Riforma investe pertanto sia i sistemi ad alto rischio identificabili attraverso l'elenco di cui alla sezione A dell'allegato I AIA – ai quali quelle norme si applicano direttamente - quanto i sistemi ad alto rischio identificabili attraverso l'elenco di cui alla sezione B del medesimo allegato, cui quelle norme non si applicano direttamente ma possono indirettamente condizionarne il trattamento a cagione del meccanismo di adeguamento sopra ricordato.

Il Regolamento ha introdotto un **nuovo paragrafo 13 dell'art. 2 AIA** nel quale si stabilisce che **la Commissione possa prevedere limitazioni all'applicazione degli obblighi previsti dagli artt. 9-15 e 17-25 dell'AI Act**. Il Regolamento non ha meglio individuato le tipologie di limitazioni né ha specificato di quali obblighi si tratti, ma ha richiesto alla Commissione di **adottare entro il 2 agosto 2027 atti delegati per individuare i sistemi di IA interessati, gli obblighi suscettibili di limitazione e l'estensione di tali deroghe**. In ogni caso, il nuovo paragrafo 13 dell'art. 2 AIA prevede che ogni siffatta limitazione sia condizionata alla circostanza che la normativa di armonizzazione applicabile garantisca un livello di tutela della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali dei consumatori equivalente o superiore e che non determini una riduzione dello *standard* complessivo di protezione.

In materia di **alfabetizzazione all'IA**, il Regolamento - art. 1, punto 5) – ha modificato **l'art. 4 AIA**. Ai fornitori e ai *deployer* di sistemi di IA è richiesto di adottare misure adeguate affinché dipendenti e collaboratori acquisiscano competenze e conoscenze in materia di IA, senza tuttavia prescrivere il conseguimento di uno specifico livello di formazione. La Commissione europea e gli Stati membri sono tenuti a sostenere gli operatori nell'adempimento di tali obblighi, anche mediante la pubblicazione di casi pratici. Il Consiglio per l'IA europeo dovrà inoltre adottare raccomandazioni, tenendo conto dei quadri europei delle competenze, al fine di supportare la Commissione e gli Stati membri nella promozione dell'alfabetizzazione all'IA e nella definizione di obiettivi comuni.

Di particolare rilievo è l'introduzione del nuovo art. 4 bis dell'AI Act - in sostituzione del paragrafo 5 dell'art. 10 AIA - che estende i casi di applicazione della base giuridica per il trattamento di categorie particolari di dati personali ex art. 9(1) regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) per lo sviluppo e il funzionamento di sistemi di IA, come riflesso coerentemente nel nuovo testo dell'art. 2(7) AIA.

Il primo paragrafo del nuovo art. 4 bis AIA innanzitutto ammette un simile trattamento – in continuità con quanto già previsto dalla disposizione dell'abrogato paragrafo 5 dell'art. 10 AIA - per consentire ai **fornitori di sistemi di IA ad alto rischio** di trattare «eccezionalmente» categorie particolari di dati personali quando ciò sia «strettamente necessario» per assicurare la rimozione di *bias* dai *dataset* di addestramento e/o funzionamento dei sistemi: «nella misura strettamente necessaria a garantire il rilevamento e la correzione delle distorsioni in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio in conformità dell'articolo 10, paragrafo 2, lettere f) e g)». Tale facoltà è subordinata a una serie di condizioni, previste nel paragrafo 1 dell'art. 4 bis, tra cui l'impossibilità di conseguire il medesimo risultato mediante dati anonimi o sintetici, l'adozione di adeguate misure tecniche di protezione e di limitazione del riutilizzo dei dati, comprese la pseudonimizzazione e le misure di sicurezza, l'assenza di comunicazione o accesso ai dati da parte di terzi e la puntuale motivazione della stretta necessità del trattamento nel registro del titolare.

In aggiunta a ciò, e questa è la novità sostanziale introdotta dalla Riforma, i **fornitori e deployer di sistemi e modelli di IA non ad alto rischio («altri sistemi e modelli di IA»)** **nonché i deployer dei sistemi di IA ad alto rischio**, possono eccezionalmente trattare categorie particolari di dati personali qualora ciò sia strettamente necessario per individuare ed eliminare *bias* («distorsioni») suscettibili di incidere sulla salute, sulla sicurezza o sui diritti fondamentali delle persone ovvero di determinare esiti discriminatori ai sensi del diritto dell'Unione, «specie laddove gli output di dati influenzano gli input per operazioni future», purché siano rispettate tutte le citate garanzie previste dal paragrafo 1. Il paragrafo 2 dell'art. 4 bis AIA specifica che **le disposizioni del medesimo paragrafo 2 non introducono alcun obbligo di effettuare tali trattamenti**. La specificazione è limitata alla previsione del secondo paragrafo (trattamenti da parte di fornitori e deployer relativi a sistemi non ad alto rischio, trattamenti dei deployer relativi a sistemi ad alto rischio) e non anche alla previsione del primo paragrafo, posto che per quest'ultima, come chiarito dal **cons. 9 del Regolamento** il relativo trattamento ha una base giuridica legata all'obbligo dei fornitori di sistemi ad alto rischio di stabilire pratiche relative al rilevamento, alla prevenzione e alla correzione delle distorsioni suscettibili di incidere sulla salute e sulla sicurezza delle persone, di avere un impatto negativo sui diritti fondamentali o di comportare discriminazioni vietate dal diritto dell'Unione.

Il Regolamento modifica altresì il Capo II dell'AI Act introducendo attraverso le **nuove lettere b bis) e b ter) del paragrafo 1 dell'art. 5 AIA, nuovi divieti di immissione sul mercato, messa in servizio e uso di sistemi di IA destinati alla creazione di materiale pedopornografico ovvero di immagini sessualmente esplicite riferite a una persona identificabile senza il suo consenso libero, specifico, informato ed esplicito**, rafforzando così le tutele poste a presidio della dignità umana (art. 1, punto 7) del Regolamento).

Il **nuovo paragrafo 1 bis dell'art. 5 AIA** circoscrive tali divieti, mentre il **nuovo paragrafo 1 ter dell'art. 5 AIA** specifica il concetto di manipolazione di cui alla lettera b bis) dell'art. 5(1) AIA.

Il Regolamento introduce altresì alcuni **nuovi paragrafi dell'art. 6 AIA** ai fini della qualificazione dei sistemi di IA come componenti di sicurezza dei prodotti e ai fini della disposizione di cui all'art. 6(1)(b) AIA. Si tratta, rispettivamente dei **nuovi paragrafi 1 bis, 1 ter e 1 quater dell'art. 6 AIA**. Un'importante modifica riguarda i sistemi di IA che ai sensi dell'**art. 6(4) AIA** sono **considerati non ad alto rischio dal fornitore** e per i quali ai sensi di quell'articolo il fornitore documenta la relativa valutazione, mettendola a disposizione delle autorità nazionali competenti su richiesta, ed è tenuto all'obbligo di registrazione ai sensi dell'art. 49(2) AIA, dovendo fornire in sede di registrazione e poi tenere aggiornate alcune informazioni elencate nella **sezione B dell'allegato VIII dell'AIA**. La Riforma non ha modificato né l'art. 6(4) AIA né l'art. 49(2) AIA ma **ha espunto dall'elenco delle informazioni** di cui alla sezione B dell'allegato VIII dell'AI Act quelle di cui ai punti 7 e 9 del medesimo allegato, ossia il breve riassunto dei **motivi posti alla base della valutazione del fornitore** per i quali questi considera non a rischio il sistema di IA (in particolare, in applicazione dell'art. 6(3) AIA), e l'indicazione degli **Stati membri** nei quali il sistema di IA è stato immesso sul mercato, messo in servizio o messo a disposizione. La *ratio* di questo intervento è dichiarata nel **cons. 22** del Regolamento.

Relativamente alla procedura di notifica di cui all'**art. 30 AIA** e all'attività e agli adempimenti degli organismi di valutazione della conformità ivi previsti, ed in particolare per consentire di specificare l'ambito di applicazione della designazione degli organismi di valutazione, il Regolamento ha introdotto un **nuovo allegato all'AI Act, l'allegato XIV** intitolato «Elenco dei codici, delle categorie e dei corrispondenti tipi di sistemi di IA ai fini della procedura di notifica di cui all'articolo 30, che specifica l'ambito di applicazione della designazione degli organismi notificati». La *ratio* dell'introduzione dell'allegato XIV è dichiarata estensivamente nel **cons. 43 del Regolamento**, dove si trova una spiegazione dei diversi tipi di «**codici AIP**» per i sistemi di IA disciplinati dalla normativa sui prodotti di cui all'allegato I all'AI Act, «**codici AIB**» per i sistemi di IA biometrici di cui al primo punto dell'allegato III all'AI Act, e «**codici AIH**» riguardano i tipi e le tecnologie alla base dei sistemi di IA e sono definiti come «**codici orizzontali**» per i sistemi di IA perché possono essere utilizzati in combinazione con i codici AIP e AIB, questi ultimi qualificati, per questa funzione operativa, come «**codici verticali**».

Con riferimento alle autorità di notifica e al coordinamento con la normativa europea sulla sicurezza dei prodotti, viene introdotta una procedura semplificata in base alla quale gli Stati membri devono garantire che gli organismi di valutazione della conformità che richiedano la designazione sia ai sensi dell'AI Act sia della legislazione armonizzata dell'Unione di cui alla sezione A dell'Allegato I possano avvalersi di **un'unica domanda** e di **un solo procedimento di valutazione**: modifiche agli **artt. 28, 29 e 30 AIA**.

Al paragrafo 2 dell'art. 40 AIA, in materia di **norme armonizzate e prodotti della normazione**, viene aggiunta la seguente disposizione: «Conformemente al regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio [sulla normazione europea] e senza indebito ritardo, la Commissione chiede alle organizzazioni europee di normazione di elaborare

prodotti della normazione, comprese, se del caso, norme armonizzate, al fine di agevolare la conformità congiunta e la presunzione di conformità ai requisiti o agli obblighi di cui al capo III, sezioni 2 e 3, del presente regolamento e ai requisiti e agli obblighi pertinenti stabiliti nella normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato I del presente regolamento».

Si tratta di una **soluzione** che va nella direzione della ricerca di norme tecniche affidanti, ma **meno drastica di quella originariamente prevista dalla Commissione**, che proponeva di condizionare l'applicazione del capo III dell'AI Act alla disponibilità di standard (norme armonizzate) o altri strumenti a sostegno della conformità al medesimo capo III e ad una decisione della Commissione che confermasse tale disponibilità. La Riforma prevede invece una posizione più chiara: le date di applicazione non sono più legate alle norme armonizzate o ad altre misure di sostegno della conformità al capo III, ma avranno decorrenze fisse dal 2 dicembre 2027 per i sistemi *stand alone* classificati ad alto rischio ai sensi dell'art. 6(2) e dell'allegato III AIA, e a partire dal 2 agosto 2028 per i sistemi di IA classificati ad alto rischio ai sensi dell'art. 6(1) AIA relativi a prodotti assoggettati alle discipline di cui all'allegato I dell'AI Act.

L'art. 1, punto 18) del Regolamento chiarisce il coordinamento tra l'AI Act e il regolamento (UE) 2024/2847 (**regolamento sulla ciberresilienza**) quanto ai requisiti di cibersecurity, disponendo, attraverso l'aggiunta di un paragrafo all'**art. 42 AIA** che, qualora i sistemi ad alto rischio rientrino nell'ambito di applicazione del regolamento sulla ciberresilienza e siano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 12(1) di tale regolamento, tali sistemi sono considerati conformi ai requisiti di cibersecurity di cui all'articolo 15 AIA.

Viene inoltre chiarito il **coordinamento con la procedura di valutazione della conformità prevista dall'art. 43 AIA**, stabilendo che, qualora un sistema di IA ad alto rischio rientri nella legislazione armonizzata dell'Unione oppure sia classificato ad alto rischio sia ai sensi dell'Allegato I sia dell'Allegato III, la valutazione debba essere svolta tenendo conto delle pertinenti norme di armonizzazione e delle relative procedure.

Nella materia dei c.d. obblighi di trasparenza ai sensi dell'**art. 50 AIA**, la Riforma ha sottratto alla Commissione il compito di approvare con atti di esecuzione **i codici di buone pratiche**, , rimanendo in capo ad essa un ruolo promozionale e di incoraggiamento, e prevedendosi un potere di intervento ex post esercitabile eventualmente nel caso in cui la Commissione, dietro parere dell'ufficio per l'IA ritenga i Codici non adeguati. La modifica investe l'**art. 50(7) AIA** ed è spiegata nel **cons. 41 del Regolamento**.

Sono inoltre introdotte modifiche alla disciplina degli spazi di sperimentazione normativa per l'IA (**sandbox regolatorie o sandbox**) di cui all'**art. 57 AIA** dell'AI Act, precisando che ciascuno Stato membro è tenuto a istituire **almeno una sandbox nazionale, operativa entro il 2 agosto 2027**, tramite le proprie autorità competenti o congiuntamente ad altri Stati membri. La disposizione novellata attribuisce altresì al Garante europeo della protezione dei dati (**EDPS**) il potere di istituire una sandbox destinata alle istituzioni e agli organismi dell'Unione e conferisce all'ufficio per l'IA ex art.

64 AIA (**AI Office**) la facoltà di creare una sandbox regolatoria a livello europeo per i sistemi di IA rientranti nella propria competenza esclusiva, imponendo contestualmente agli Stati membri di rafforzare la cooperazione transfrontaliera tra le rispettive sandbox.

Con il già citato nuovo **art. 60 bis AIA**, a supporto dell'innovazione, viene estesa la possibilità di sperimentare, anche al di fuori delle sandbox regolatorie, i sistemi di IA ad alto rischio disciplinati dalla sezione B dell'allegato I all'AI Act, al fine di verificarne la conformità agli obblighi previsti dagli artt. 8-15 dell'AI Act.

Il monitoraggio post-commercializzazione sui sistemi di IA continua a fondarsi su un apposito piano. A tal fine, nel novellato **art. 72(3) AIA** è previsto che entro il 2 settembre 2027 la Commissione europea dovrà adottare orientamenti corredati anche da un modello standard (template), destinati a supportare gli operatori economici nell'adempimento dei relativi obblighi.

Il Regolamento, inoltre, con la modifica, fin dal titolo, dell'**art. 75 AIA**, interviene anche sull'architettura istituzionale dell'enforcement, **rafforzando le competenze dell'AI Office in materia di vigilanza su specifiche categorie di sistemi di IA, tra cui quelli basati su modelli di IA per finalità generali realizzati dal medesimo fornitore del sistema** - salvo alcune esclusioni ivi previste- nonché **sui sistemi di IA integrati in piattaforme online molto grandi (VLOPs) e in motori di ricerca di dimensioni molto grandi (VLOSEs)** ai sensi del regolamento (UE) 2022/2065 (**Digital Services Act**): **nuovo art. 75(1) AIA**. La *ratio* dell'attribuzione alla Commissione, attraverso l'AI Office, di questo nuovo potere di vigilanza sui sistemi di IA integrati in VLOPs e VLOSEs è estensivamente dichiarata nel **cons. 32 del Regolamento**.

Il **nuovo art. 75(1 bis) AIA**, prevede che, in deroga all'art. 73 dell'AI Act, i fornitori dei sistemi di IA ad alto rischio sottoposti alla vigilanza dell'AI Office sono tenuti a notificare direttamente a quest'ultimo ogni incidente grave. Numerose nuove disposizioni disciplinano inoltre il **coordinamento tra l'AI Office e le autorità nazionali competenti**, imponendo obblighi di scambio di informazioni e di reciproca assistenza nello svolgimento delle attività ispettive e nell'attuazione delle misure correttive e sanzionatorie previste dall'AI Act e dal **regolamento (UE) 2019/1020 (regolamento sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti)**.

I nuovi articoli seguenti - **nuovi articoli 75 bis (Poteri di controllo ed esecuzione dell'ufficio per l'IA), 75 ter (Impegni), 75 quater (Non conformità, sanzioni pecuniarie e penali di mora), 75 quinquies (Garanzie e ulteriori precisazioni)** - rafforzano le competenze dell'AI Office nell'ambito delle attività di valutazione della conformità dei sistemi di IA ad alto rischio soggetti alla propria vigilanza prima dell'immissione sul mercato. La riforma introduce una disciplina dettagliata dei poteri sanzionatori dell'AI Office, prevede le relative procedure e garanzie, richiamando in larga misura il modello previsto dal reg. (UE) 2019/1020 in materia di vigilanza del mercato. Nell'esercizio delle proprie funzioni, l'AI Office dispone delle prerogative riconosciute alle autorità di vigilanza del mercato dall'AI Act e dagli artt. 14(4) e 16(3) del reg. (UE) 2019/1020. Esso può, in particolare, esercitare poteri informativi, ispettivi, di accesso e di

indagine, avvalersi di esperti indipendenti, revisori esterni o personale tecnico delle autorità nazionali e ordinare agli operatori economici di consentire l'accesso ai sistemi di IA, fornirne spiegazioni e conservare dati e documenti ritenuti necessari ai fini della verifica del rispetto dell'AI Act. Il nuovo art. 75 quinquies richiama l'art. 18 del reg. (UE) 2019/1020 e riconosce agli operatori diverse **garanzie procedurali nel procedimento sanzionatorio**, quali il diritto di difesa, l'accesso agli atti istruttori, la pubblicazione dei provvedimenti e gli eventuali oscuramenti necessari a tutela della riservatezza. Il nuovo art. 75 ter AIA introduce infine l'istituto degli **impegni vincolanti**, attribuendo efficacia cogente agli impegni assunti dagli operatori e qualificandone espressamente come sanzionabile l'eventuale violazione.

Al fine di assicurare un'applicazione armonizzata dell'AI Act e del diritto dell'Unione, il **nuovo art. 77 AIA** impone alle autorità di vigilanza del mercato di mettere tempestivamente a disposizione delle autorità competenti per la tutela dei diritti fondamentali i documenti e le informazioni relativi ai sistemi di IA oggetto di indagine, nel rispetto delle rispettive competenze e dell'indipendenza istituzionale. Le due autorità sono pertanto chiamate a cooperare strettamente e a prestarsi reciproca assistenza.

All'**art. 111 AIA** è introdotto un **periodo transitorio** che consente ai fornitori di integrare retroattivamente nei propri sistemi di IA generativa le soluzioni tecniche necessarie affinché i contenuti prodotti risultino leggibili dalle macchine e identificabili come generati o manipolati artificialmente. Tali obblighi diverranno pienamente applicabili **dal 2 dicembre 2026**.

Infine, il Regolamento, pur lasciando immodificata la **data generale di applicazione dell'AI Act**, già prevista nell'art. 113, secondo comma - **2 agosto 2026** - e la data di applicazione delle "vecchie norme" dei capi I e II AIA - **2 febbraio 2025** -, modifica parzialmente il terzo comma del medesimo articolo ridefinendo il **calendario dell'entrata in vigore di alcune disposizioni dell'AI Act**:

- dal **2 dicembre 2026** troveranno applicazione le norme concernenti i nuovi divieti dell'art. 5 AIA (paragrafo 1, primo comma, lettere b bis e b ter, e paragrafi 1 bis e 1 ter);
- dal **2 dicembre 2027** per quanto riguarda i sistemi di IA classificati come ad alto rischio ai sensi dell'articolo 6(2) e dell'allegato III dell'AI Act
- dal **2 agosto 2028** per quanto riguarda i sistemi di IA classificati come ad alto rischio ai sensi dell'articolo 6(1) e dell'allegato I dell'AI Act
- dal **27 luglio 2026** gli articoli da 102 a 110 AIA.

ELISABETTA STRINGHI

[Reg. \(UE\) 2026/1744](#)

2026/2(3)FZ

Lo schema di d.lgs. n. 421 di adeguamento della normativa italiana all'AI Act approvato il 9.6.2026 in materia di poteri delle autorità nazionali e



di utilizzo dell'intelligenza artificiale nella formazione. In particolare: le disposizioni sulla formazione

| 732

Il 10 giugno 2026, il Consiglio dei ministri ha approvato due schemi di decreto legislativo – con nn. atti di Governo 418 e 421 (di seguito lo **schema** e gli **schemi n. 418 e n. 421**) – volti ad adeguare la normativa nazionale al regolamento (UE) 2024/1689 (**AI Act**), in attuazione delle deleghe contenute nella l. n. 132/2025, recante «Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale» (sull'**AI Act** v. in questa Rubrica il contributo n. 2 del numero [2/2024](#) [2024/2(2)SO], in *PeM* 2024, p. 650; sulla legge 132/2025 v. in questa Rubrica il contributo n. 1 nel numero [3/2025](#) [2025/3(1)AA], in *PeM* 2025, p. 1016).

I testi dovranno ora essere sottoposti al vaglio delle Commissioni parlamentari, della Conferenza delle Regioni e delle *Authorities* competenti entro il 10 ottobre 2026, termine previsto dall'art. 24 della medesima legge.

In questo contributo e in quelli successivi da 4 a 7 riassumeremo i contenuti essenziali dello schema n. 421, mentre nei contributi da 8 a 10 riporteremo i contenuti principali dello schema n. 418.

Lo schema n. 421 disciplina i poteri delle autorità nazionali, la formazione in materia di intelligenza artificiale, ma anche altre materie non recate dal titolo, in particolare contenendo disposizioni di diritto di lavoro e sull'amministrazione della giustizia (su cui v. *amplius* i contributi seguenti in questo numero di questa Rubrica).

Dopo un **capo I** di carattere definitorio, il **capo II** individua i poteri delle autorità nazionali competenti nell'**Agenzia per l'Italia digitale (AgID)**, con compiti di notifica, e dell'**Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN)**, quale autorità di vigilanza del mercato e solo punto di contatto con le istituzioni europee.

Sono inoltre previste competenze settoriali in capo alla **Banca d'Italia**, alla **CONSOB** e all'**IVASS** per i sistemi ad alto rischio usati dagli intermediari finanziari, nonché al **Garante per la protezione dei dati personali** per i sistemi impiegati in materia di contrasto ai reati, gestione delle frontiere, giustizia e democrazia.

Il capo III è dedicato alla formazione e prevede in percorsi di vera e propria alfabetizzazione sull'intelligenza artificiale rivolti a studenti, docenti, professionisti, pubbliche amministrazioni e magistrati.

In **ambito scolastico** sono previste, tra l'altro, l'integrazione nei **programmi** scolastici del secondo ciclo di studi delle tecnologie avanzate e IA generativa, l'inserimento dell'IA nell'insegnamento dell'educazione civica, il rafforzamento delle **competenze STEAM** (scienza, tecnologia, ingegneria, arte e matematica) e una **formazione stabile del personale** docente sui rischi, sui limiti, sulla tutela dei dati e sull'uso responsabile dei sistemi.

Ad accompagnare questa sperimentazione didattica sono previsti **comitati** tecnico-etici territoriali, organizzati in rete, pensati anche per contribuire all'aggiornamento dei regolamenti di istituto in modo rendere l'uso dell'IA sicuro e verificabile.

È inoltre previsto uno **stanziamento** di 100 milioni di euro per un piano di formazione dei docenti volto a rafforzare il ruolo della scuola nella **prevenzione dei rischi digitali, delle dipendenze, dell'opacità algoritmica e delle forme di condizionamento dei minori, anche con il coinvolgimento delle famiglie.**

Anche **Università e istituzioni AFAM** dovranno integrare **attività formative sull'utilizzo sicuro e consapevole dei sistemi di IA**, secondo un approccio interdisciplinare e laboratoriale, volto a garantire la comprensione tecnica, giuridica e critica delle nuove tecnologie.

Per le **professioni**, lo schema introduce l'alfabetizzazione sull'IA nella formazione iniziale e continua, ribadendo che la responsabilità dell'attività svolta resta in capo al professionista e non si trasferisce allo strumento tecnologico.

Quanto alle **pubbliche amministrazioni**, il testo promuove l'**introduzione di sistemi di IA** nelle politiche di reclutamento, formazione e innovazione organizzativa, con l'obiettivo di **semplificare l'azione amministrativa e accelerare i procedimenti**. In questa cornice, il **Ministro per la Pubblica amministrazione** assume funzioni di indirizzo e coordinamento, anche al fine di evitare un'adozione frammentata o disomogenea dell'IA tra amministrazioni.

Particolare rilievo è attribuito alla **formazione dei dipendenti pubblici**, che devono essere messi nelle condizioni di comprendere il funzionamento dei sistemi, interpretarne correttamente gli output, riconoscerne limiti, errori e possibili bias, proteggere dati e sicurezza, e garantire una sorveglianza umana effettiva.

Per i **magistrati**, lo schema di d.lgs affida alla **Scuola superiore della magistratura** il compito di promuovere **percorsi formativi sui profili tecnici** dei sistemi di IA utilizzati nell'attività giudiziaria, sulla **disciplina giuridica** dell'intelligenza artificiale e sull'impatto di tali sistemi sull'**organizzazione giudiziaria** e sui **diritti delle persone**.

Invece, per la **formazione del personale di polizia**, la disciplina è contenuta nell'altro schema di decreto legislativo, lo schema n. 418 (art. 6), al cui contributo si rimanda (v. in questa Rubrica contributo n. 9, *infra* [2026/2(9)NA]).

FRANCESCA ZAMPONE

[Comunicato stampa](#)

[Schema di decreto legislativo](#)

2026/2(4)ME

(segue) Le disposizioni sulle autorità nazionali

Per quanto riguarda le disposizioni sulle autorità nazionali, lo schema di decreto legislativo n. 421 approvato il 9 giugno 2026 (di seguito **schema n. 421** o anche solo lo **schema**) (sul quale v. in generale *supra*, il contributo che precede) attua la delega conferita al Governo dalla legge 23 settembre 2025,

n. 132, recante disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale (sulla legge 132/2025 v. in questa Rubrica il contributo n. 1 del numero [3/2025](#) [2025/3(1)AA], in *PeM* 2025, p. 1016) con particolare riguardo agli artt. 20 (Autorità nazionali per l'intelligenza artificiale) e 24 (Deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale). Sul piano sovranazionale, l'atto adegua l'ordinamento interno all'art. 70 del regolamento (UE) 2024/1689 (**AI Act**), che richiede a ciascuno Stato membro la designazione delle autorità nazionali competenti e di un punto di contatto unico (sull'**AI Act** v. in questa Rubrica il contributo n. 2 del numero [2/2024](#) [2024/2(2)SO], in *PeM* 2024, p. 650).

Lo schema n. 421 muove dalla designazione già operata dall'art. 20 della l. 132/2025 e ne definisce i poteri in coerenza con il regolamento europeo. La ripartizione delle funzioni tra le autorità è la seguente:

- 1) **l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) è autorità di notifica**, cui competono le procedure di valutazione, designazione e notifica degli organismi di valutazione della conformità, nonché il relativo monitoraggio;
- 2) **l'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN) è autorità di vigilanza del mercato ed è designata punto di contatto unico** con le istituzioni dell'Unione europea;
- 3) la **Banca d'Italia**, la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (**CONSOB**) e l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (**IVASS**) **esercitano la vigilanza, nei rispettivi ambiti di competenza**, sui sistemi di IA ad alto rischio impiegati dagli intermediari finanziari;
- 4) il **Garante per la protezione dei dati personali** interviene, per i profili di propria competenza, sui sistemi di IA ad alto rischio utilizzati nei settori del contrasto, delle frontiere, della giustizia e della democrazia.

Resta fermo il raccordo tra le due Agenzie e le altre autorità e amministrazioni interessate, secondo i meccanismi di coordinamento previsti dall'art. 20 della l. 132/2025. Più in particolare, il testo prevede forme di **coordinamento e cooperazione tra le autorità**, da attuarsi tramite **accordi e protocolli d'intesa**, e prevede la trasmissione di una **relazione annuale** alla Presidenza del Consiglio, per il tramite del **Comitato di coordinamento istituito presso il Dipartimento per la trasformazione digitale**.

Il comunicato precisa che lo schema si mantiene aderente alle disposizioni dell'**AI Act**, senza introdurre discipline alternative rispetto al quadro europeo. Trattandosi di esame preliminare, il testo non è definitivo. Lo schema sarà ora trasmesso alle Commissioni parlamentari competenti, alla Conferenza delle Regioni e alle Autorità interessate per i prescritti pareri; all'esito, il Consiglio dei Ministri procederà all'approvazione definitiva, cui seguirà la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Con la definizione dei poteri delle autorità nazionali l'Italia dà seguito a uno degli adempimenti richiesti agli Stati membri in vista della piena applicazione dell'**AI Act**.

MICHELE EMPLER

[Schema di decreto legislativo](#)

2026/2(5)EF

(segue) Le disposizioni sul diritto del lavoro

| 735

Lo schema di decreto legislativo n. 421 approvato il 9 giugno 2026 (di seguito anche solo lo **schema**) (sul quale v. in generale *supra*, il contributo n. 3) prevede all'articolo 40 alcune disposizioni intese a tutelare il lavoratore nei processi decisionali assistiti da intelligenza artificiale, e si compone di quattro commi, come segue.

«1. Fermo restando quanto previsto dall'art. 22 del regolamento (UE) 2016/679 [GDPR], nei processi decisionali concernenti il rapporto di lavoro, il datore di lavoro che si avvale di sistemi di intelligenza artificiale, quali definiti dall'art. 3, punto 1) del [regolamento (UE) 2024/1689 (AI Act)], assicura che le decisioni relative alla costituzione, alla modificazione o alla risoluzione del rapporto, ivi compresi i provvedimenti disciplinari, non siano adottate unicamente sulla base di un trattamento automatizzato, in conformità all'articolo 11 della [legge 23 settembre 2025, n. 132]. La decisione definitiva è in ogni caso riservata a una persona fisica, che eserciti un potere effettivo e autonomo.

2. L'utilizzo dei sistemi di cui al comma 1 avviene nel rispetto della dignità e della riservatezza del lavoratore e del principio di non discriminazione.

3. Prima dell'avvio del trattamento, il datore di lavoro assolve agli obblighi di informativa previsti dall'articolo 1-bis del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152. Il lavoratore ha diritto di ottenere, a richiesta e mediante l'intervento di una persona fisica, una motivazione intelligibile della decisione che lo riguarda, comprensiva dell'indicazione dell'eventuale incidenza dei sistemi di intelligenza artificiale sul processo decisionale e dei principali parametri considerati. Restano fermi il diritto di accesso ai dati raccolti e i diritti riconosciuti dagli articoli 13, 15 e 22 del regolamento (UE) 2016/679.

4. Il licenziamento intimato in violazione del comma 1 è nullo».

L'utilizzo dell'avverbio «**unicamente**» nel primo comma richiama quanto stabilito dall'art. 22 GDPR, che già vieta le decisioni basate unicamente su trattamento automatizzato produttive di effetti giuridici significativi, in ordine al quale il dibattito europeo ha da tempo segnalato un limite strutturale della disposizione perché espone al rischio della cosiddetta *automation bias*.

È infatti sufficiente che la decisione algoritmica venga sottoposta a una ratifica formale da parte di una persona fisica — anche quando tale intervento umano si risolva in una firma apposta senza un effettivo riesame dei presupposti — perché la fattispecie non sia più qualificabile come decisione “esclusivamente” automatizzata, con conseguente uscita dal perimetro di applicazione della tutela.

Lo schema di decreto, nonostante l'utilizzo dell'avverbio in questione, sembra però abbandonare l'impostazione dell'art. 22 GDPR attraverso l'introduzione di un correttivo che richiede un effettivo intervento umano. La disposizione prevede infatti che «la decisione definitiva è in ogni caso riservata a una persona fisica **che eserciti un potere effettivo e autonomo**».

In altri termini, l'algoritmo può concorrere a ordinare informazioni, evidenziare profili coerenti con i requisiti richiesti o segnalare criticità, ma la valutazione finale deve restare presidiata da una persona fisica, specie quando la decisione produce effetti concreti sulla vita lavorativa del lavoratore.

Si tratta della trasposizione, in chiave lavoristica, del principio di sorveglianza umana che l'AI Act pone quale requisito di progettazione e obbligo per i deployer dei sistemi ad alto rischio – cfr. artt. 14, 26(2) AI Act - e che nel contesto italiano si collega al divieto, come già rilevato, presente nell'ordinamento in materia di protezione dei dati personali, di sottoporre la persona a decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato che producano effetti giuridici che la riguardano o che incidano in modo analogo significativamente sulla sua persona.

Resta però, sul piano applicativo, la difficoltà di stabilire **quando la decisione umana sia sostanziale e quando solo apparente**.

Ed infatti, la qualificazione della decisione come «umana», verificabile solo *ex post* e in sede contenziosa, potrebbe porre significative **difficoltà probatorie a carico del lavoratore**, il quale, salvo prova contraria che dovrà spesso fondarsi su presunzioni, non dispone di strumenti agevoli per dimostrare che la firma del soggetto umano ha semplicemente ratificato un esito predeterminato dal sistema.

Pertanto, l'accesso del lavoratore ai parametri e ai criteri computazionali del sistema di IA utilizzato, necessario sia per verificare l'effettività dell'intervento umano, che per comprendere la **motivazione della decisione** ai sensi del comma 3 dell'art. 40 dello schema, potrebbe risultare limitato dalla qualificazione di tali elementi come segreto commerciale ai sensi dell'articolo 49 dello schema, con un possibile pregiudizio per l'effettività processuale della tutela riconosciuta dal predetto articolo 40.

L'art. 49 dello schema di decreto prevede infatti l'introduzione nel codice della proprietà industriale (art. 98, decreto legislativo n. 30 del 2005) di un nuovo comma 1 bis, qualificando come informazioni aziendali riservate — e dunque, ricorrendone i presupposti, come segreti commerciali — i dati, gli algoritmi e i metodi matematici per l'addestramento dei sistemi di intelligenza artificiale, comprese le architetture dei modelli, e le funzioni di ottimizzazione (v. *amplius infra* il contributo n. 7 in questo numero della Rubrica).

La qualificazione di segreto commerciale potrebbe, sul piano applicativo, incidere sulla possibilità per il lavoratore di comprendere, quantomeno nei suoi tratti essenziali, il funzionamento dei parametri che hanno concorso alla decisione, specie ove il datore di lavoro non sia il titolare originario del sistema ma un semplice licenziatario o utilizzatore di una soluzione fornita da terzi.

Né lo schema di decreto prevede alcunché in ordine ai profili procedurali e probatori e pertanto, in assenza di modifiche prima dell'approvazione definitiva del testo, tale accertamento resterà, probabilmente affidato alla giurisprudenza, chiamata a valorizzare, caso per caso, indici quali, ad esempio, la effettiva conoscibilità dei parametri computazionali da parte del decisore umano, il tempo dedicato alla valutazione, le modalità utilizzate e la possibilità di discostarsi dall'output del sistema.

L'art. 40 dello schema, oltre a prevedere, nel comma 2, che l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale «avviene nel rispetto della dignità e della riservatezza del lavoratore e del principio di non discriminazione», nel comma successivo, ribadendo quanto previsto dall'art. 11 della legge 132/2025, rinvia agli obblighi informativi previsti dall'**art. 1 bis del d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152** (introdotto in materia di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati dal d.lgs. n. 104/2022, di recepimento della direttiva UE 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili) il cui comma 8 statuisce la non applicabilità degli obblighi informativi previsti dal medesimo articolo «ai sistemi protetti da segreto industriale e commerciale».

Inoltre, come detto, il comma 3 dell'art. 40 dello schema stabilisce che «il lavoratore ha diritto di ottenere, a richiesta e mediante l'intervento di una persona fisica, una motivazione intelligibile della decisione che lo riguarda, comprensiva dell'indicazione dell'eventuale incidenza dei sistemi di intelligenza artificiale sul processo decisionale e dei principali parametri considerati», fermi restando il diritto di accesso ai dati e i diritti di cui agli articoli 13, 15 e 22 GDPR.

L'art. 40, comma 4, stabilisce infine che «il licenziamento intimato in violazione del comma 1 è nullo», ovvero l'aver adottato la risoluzione del rapporto di lavoro unicamente sulla base di un trattamento automatizzato, senza che la decisione finale sia stata riservata a una persona fisica dotata di un potere effettivo e autonomo.

La formulazione testuale della disposizione appare chiara nel prevedere la **sanzione della nullità per il solo licenziamento**, sebbene il comma 1 riferisca il divieto di decisione integralmente automatizzata a un più ampio novero di decisioni datoriali tra cui anche la costituzione, la modificazione del rapporto e i provvedimenti disciplinari.

Ne deriva che, allo stato del testo, la illegittimità di una decisione di assunzione o un provvedimento disciplinare diverso dal licenziamento, anche se assunti in violazione del comma 1, dovrà essere fatta valere secondo gli ordinari rimedi previsti dall'ordinamento.

Allo stesso modo, **la violazione dell'obbligo di motivazione intelligibile prevista dal comma 3 della disposizione è un inadempimento azionabile in via ordinaria**, ad esempio ai fini risarcitori o come elemento di prova dell'illegittimità della decisione sottostante.

L'ipotesi della nullità del licenziamento prevista dall'art. 40, comma 4 dello schema, si aggiunge, ovviamente, come **autonoma e nuova causa di nullità al catalogo già esistente nell'ordinamento lavoristico** (nullità per motivo illecito determinante, per motivo discriminatorio, per motivo ritorsivo, etc) e alla disciplina generale di tutela in caso di licenziamento illegittimo, **con conseguente applicazione della tutela reale piena, prevista dall'articolo 18, comma 1, dello Statuto dei lavoratori (come riformulato dalla legge n. 92 del 2012) per il licenziamento discriminatorio o «riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge»**, e dall'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 23 del 2015 (c.d. tutele crescenti, applicabile ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015), che utilizza una formula sostanzialmente analoga.

[Schema di decreto legislativo](#)

| 738

2026/2(6)LP

(segue) Le disposizioni sull'equo compenso ai sensi della legge professionale

L'art. 46 dello schema di decreto legislativo n. 421 approvato il 9 giugno 2026 (di seguito anche solo lo **schema**) (sul quale v. in generale *supra*, il contributo n. 3) introduce alcune norme in materia di equo compenso, attuando una delle deleghe conferite dalla legge 23 settembre 2025, n. 132 (sulla quale v. in questa Rubrica il contributo n. 1 del numero [3/2025](#) [2025/3(1)AA], in PeM 2025, p. 1016].

In particolare, **l'art. 24(2)(f) della legge 132/2025** aveva specificato che, nell'adottare i decreti di adeguamento della normativa nazionale al regolamento (UE) 2024/1689 (AI Act), **il Governo potesse prevedere una modulazione dell'equo compenso del professionista «sulla base delle responsabilità e dei rischi connessi all'uso dei sistemi di intelligenza artificiale».**

Va premesso che, ai sensi della legge 21 aprile 2023, n. 49 (Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali), la quale viene espressamente richiamata dall'art. 46(1) dello schema, **per “equo compenso” si intende un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale, nonché conforme ai compensi previsti dai decreti ministeriali per talune categorie professionali che offrono prestazioni intellettuali (avvocati, professionisti iscritti agli ordini e ai collegi, e professionisti non organizzati in ordini e collegi).**

L'art. 46 dello schema si articola in due commi.

Il primo comma stabilisce che, qualora il professionista utilizzi sistemi di intelligenza artificiale, ciò potrà comportare una modulazione dell'equo compenso ai sensi della legge 21 aprile 2023, n. 49, «secondo parametri che tengono conto della classificazione di rischio del sistema di intelligenza artificiale utilizzato». La norma esclude pertanto qualsivoglia automatismo, limitandosi a indicare il parametro di riferimento per operare, eventualmente, una simile modulazione: la classe di rischio del sistema utilizzato, secondo la classificazione prevista dall'AI Act.

La lettera del primo comma, del pari, non specifica se una simile modulazione possa tradursi in un aumento o in una diminuzione del compenso del professionista. Tuttavia, nella **relazione illustrativa** che accompagna lo schema di decreto, si specifica che ancorare la modulazione alla classe di rischio del sistema «riflette la considerazione che l'impiego di sistemi a rischio più elevato richiede al professionista competenze aggiuntive, attività di verifica e sorveglianza più onerose e una maggiore assunzione di responsabilità, che giustificano un adeguamento del compenso». **La**

modulazione sembra pertanto orientata in senso incrementale, in ragione del binomio "rischio-responsabilità" già individuato nella delega di cui all'art. 24(2)(f) legge 132/2025.

Tale interpretazione risulta inoltre coerente con la collocazione della norma, inserita nel Capo III dello schema di decreto ("intelligenza artificiale per i percorsi formativi, le professioni, il lavoro, la sanità e la pubblica amministrazione") e immediatamente dopo l'art. 45, relativo alla formazione dei professionisti in materia di intelligenza artificiale.

L'art. 46(1) individua dunque un criterio su cui basare la modulazione dell'equo compenso – la classe di rischio del dispositivo di IA –, senza però definire come debba essere applicato, né quali altri elementi possano venire in rilievo e quale sia il peso da attribuirvi.

La questione viene affrontata dal **comma 2** dell'art. 46, che **rimette integralmente la determinazione dei parametri concreti su cui basare la modulazione del compenso** del professionista che usi un sistema di IA **ai decreti ministeriali che definiscono i parametri per la liquidazione dei compensi professionali**.

Difatti, il comma 2 dell'art. 46 stabilisce che, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo, tali decreti debbano venire integrati mediante l'indicazione dei parametri utili alla modulazione dell'equo compenso, creando quindi una nuova delega.

Nello specifico, i decreti da integrare in base alla delega prevista dall'art. 46, comma 2, sono i decreti adottati ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (parametri generali per le professioni regolamentate in ordini o collegi), il decreto di cui all'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247 (parametri forensi) nonché i decreti adottati ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera c), della legge 21 aprile 2023, n. 49, concernente le professioni non organizzate in ordini o collegi.

LAURA PIVA

[Schema di decreto legislativo](#)

2026/2(7)LF

(segue) Le disposizioni sulla modifica del codice di proprietà industriale in materia di informazioni aziendali e sulla competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa

Gli articoli 49 e 50 dello schema di decreto legislativo n. 421 approvato il 9.6.2026 (di seguito anche solo lo **schema**) (sul quale v. in generale *supra*, il contributo n. 3) intervengono, rispettivamente, sulla disciplina dei segreti commerciali e sulla competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa. Le due disposizioni perseguono un obiettivo di coordinamento tra il quadro regolatorio europeo dell'intelligenza artificiale e la disciplina nazionale dei segreti commerciali.

L'art. 49 dello schema **modifica l'art. 98 del codice della proprietà industriale** (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, di seguito anche c.p.i.) mediante

l'introduzione di un **nuovo comma 1 bis**, che ricomprende espressamente tra le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali anche i dati, gli algoritmi e i metodi matematici impiegati nell'addestramento dei sistemi di intelligenza artificiale, precisando che per tali ultimi devono intendersi «le architetture dei modelli, le funzioni di ottimizzazione, le procedure e le configurazioni di addestramento, nonché ogni altro elemento tecnico-computazionale funzionale allo sviluppo dei sistemi di IA».

La disposizione subordina anche tali componenti informative alla **ricorrenza dei requisiti già previsti dal comma 1: la segretezza dell'informazione, il valore economico derivante dalla sua riservatezza e l'adozione di misure ragionevolmente adeguate a mantenerla segreta**.

La modifica si innesta sulla disciplina dei segreti commerciali introdotta dal d.lgs. n. 63/2018, attuativo della **direttiva (UE) 2016/943**, che ha armonizzato a livello europeo la tutela del **know-how riservato** e delle **informazioni commerciali riservate** contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti. La direttiva muove dal presupposto che la tutela dei segreti commerciali abbia ad oggetto la protezione di informazioni che, in quanto segrete, economicamente rilevanti e adeguatamente protette, conferiscono al loro legittimo detentore un **vantaggio competitivo**.

In tale prospettiva, la disciplina dei segreti commerciali assume un ruolo centrale nella tutela del patrimonio informativo dell'impresa, **consentendo di proteggere algoritmi non brevettati o non brevettabili, dataset non generalmente accessibili, modelli di machine learning, tecniche di addestramento, processi produttivi, metodi organizzativi e know-how operativo che, pur non beneficiando della tutela brevettuale o autoriale, rappresentano un essenziale fattore di innovazione e di vantaggio competitivo**.

L'espresso riferimento ai dati, agli algoritmi e ai metodi matematici non introduce, peraltro, una nuova categoria di beni immateriali, ma chiarisce che anche gli elementi impiegati nello sviluppo e nell'addestramento dei sistemi di intelligenza artificiale possono essere ricondotti nell'ambito delle informazioni aziendali tutelate dal codice della proprietà industriale. In tale prospettiva, assume particolare rilievo il requisito del **valore economico dell'informazione**, che non coincide con un autonomo valore patrimoniale del bene, bensì con il vantaggio concorrenziale che il legittimo detentore consegue proprio in ragione della sua segretezza, riconducibile agli asset immateriali di cui al nuovo comma 1 bis dell'art. 98 del codice della proprietà industriale, previsto dallo schema di decreto in commento. Il patrimonio conoscitivo dell'impresa costituisce, infatti, un fattore competitivo il cui valore risiede nella possibilità di conservarne l'esclusiva disponibilità; la divulgazione delle informazioni comporterebbe, per converso, la perdita di tale vantaggio competitivo.

L'intervento attua il quadro delineato dal regolamento (UE) 2024/1689 (**AI Act** o **AIA**), che, accanto agli obblighi di trasparenza e documentazione gravanti sui fornitori di modelli di IA per finalità generali, riconosce l'esigenza di salvaguardare le informazioni commerciali riservate e i segreti commerciali. In particolare, l'**art. 53 AI Act** impone ai fornitori di predisporre

e mantenere aggiornata la documentazione tecnica del modello (art. 53(1)(a) AIA), di mettere a disposizione le informazioni necessarie ai fornitori di sistemi che intendano integrarlo (art. 53(1)(b) AIA) e di pubblicare una sintesi sufficientemente dettagliata dei contenuti utilizzati per l'addestramento (art. 53(1)(d) AIA). Tali obblighi rispondono alle esigenze di tracciabilità e spiegabilità dei sistemi di IA, esplicitate dal **cons. 27 dell'AI Act** a proposito del principio della trasparenza, e devono, tuttavia, essere adempiuti nel rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, delle informazioni commerciali riservate e dei segreti commerciali.

Il medesimo equilibrio emerge dall'**art. 78 AIA**, rubricato «Riservatezza», il quale impone alla Commissione, alle autorità di vigilanza del mercato, agli organismi notificati e agli altri soggetti coinvolti nell'applicazione del regolamento di garantire la riservatezza delle informazioni e dei dati acquisiti nello svolgimento delle rispettive funzioni, tutelando, in particolare, i diritti di proprietà intellettuale, le informazioni commerciali riservate, i segreti commerciali e il codice sorgente. Nella stessa direzione si collocano i **cons. 107 e 167 dell'AI Act**, che ribadiscono come gli obblighi di trasparenza previsti dall'AI Act debbano essere attuati senza compromettere la protezione del patrimonio informativo delle imprese.

In tale contesto, la modifica dell'art. 98 del codice della proprietà industriale chiarisce che anche gli elementi informativi impiegati per l'addestramento dell'intelligenza artificiale possono beneficiare della tutela riconosciuta alle informazioni aziendali riservate, **purché ricorrano i requisiti richiesti dalla disciplina generale**. La novella si inserisce così nel più ampio processo di **coordinamento tra il diritto interno e l'AI Act**, assicurando che l'accresciuta circolazione delle informazioni richiesta dal regolamento non pregiudichi la protezione del patrimonio informativo delle imprese.

L'**art. 50 dello schema** interviene sul piano processuale, disponendo che **le controversie relative all'art. 98 c.p.i., come modificato dall'art. 49 dello schema, restino devolute alla competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. b), c.p.i.** La disposizione non introduce un nuovo criterio di riparto della competenza tra giudice ordinario e sezione specializzata, ma conferma l'operatività del sistema già delineato dal codice della proprietà industriale, chiarendo che anche le controversie aventi ad oggetto i dati, gli algoritmi e i metodi matematici richiamati dal nuovo comma 1 bis dell'art. 98 c.p.i. rientrano nella cognizione del giudice specializzato. Si tratta, dunque, di una disposizione di coordinamento processuale, funzionale ad assicurare continuità tra l'ampliamento dell'oggetto della tutela operato dall'art. 49 dello schema e il sistema di tutela giurisdizionale già previsto dal codice della proprietà industriale.

LAURA FABIANI

[Schema di decreto legislativo](#)

2026/2(8)FZ

Lo schema di d.lgs. n. 418 di adeguamento della normativa italiana all'AI Act approvato il 9.6.2026 in materia di utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale per l'attività di polizia e di responsabilità civile e penale: inquadramento

| 742

Come dianzi detto (v. contributo [n. 3 supra](#)), il 10 giugno 2026 il Consiglio dei ministri ha approvato con atti di Governo nn. 418 e 421 due schemi di decreti legislativi di adeguamento alle disposizioni del regolamento (UE) 2024/1689 (**AI Act**), il n. 418 «in materia di utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale per l'attività di polizia e di responsabilità civile e penale» (lo **schema n. 418** o lo **schema**).

Lo schema n. 418 è stato adottato ai sensi dell'articolo 24, comma 1, comma 2, lett. h), comma 3 e comma 5 della legge 23 settembre 2025, n. 132, ed è finalizzato all'adeguamento dell'ordinamento nazionale all'AI Act (sull'AI Act v. in questa Rubrica il contributo n. 2 del numero [2/2024](#) [2024/2(2)SO], in *PeM* 2024, p. 650; sulla legge 132/2025 v. in questa Rubrica il contributo n. 1 del numero [3/2025](#) [2025/3(1)AA], in *PeM* 2025, p. 1016).

Lo schema n. 418 si compone di 22 articoli suddivisi in due titoli.

Il **titolo I** (sul quale v. *amplius* in questa Rubrica il contributo seguente per un esame degli articoli) è dedicato all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale per l'attività di polizia. Esso dà attuazione all'articolo 24(2)(h) della legge 132/ 2025, che delega il Governo a prevedere una «apposita disciplina in materia di utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale per l'attività di polizia». Secondo la relativa **Relazione illustrativa**, lo schema si colloca nel quadro di adeguamento nazionale all'AI Act e «persegue l'obiettivo di **coniugare l'efficacia dell'azione di prevenzione e contrasto dei reati con la piena tutela dei diritti fondamentali e della protezione dei dati personali**».

Si tratta di un obiettivo dichiarato anche all'art. 3 dello schema, che contiene i principi a dell'uso dell'IA che si vuole vengano realizzati da parte delle Forze di polizia: centralità dell'uomo, logica “*risk-based*”, ruolo sussidiario dell'IA, valorizzazione della responsabilità degli operatori, conformità alla normativa sull'IA e sulla *privacy*. In particolare, il comma 1 dell'art. 3 dello schema di decreto n. 418, afferma che l'impiego dell'IA nelle attività di polizia deve essere improntato a un approccio antropocentrico, proporzionato e fondato sulla valutazione del rischio, in coerenza con l'AI Act, e che tenga conto della classificazione dei sistemi (con particolare riguardo a quelli ad alto rischio) e delle diverse categorie di interessati.

Il **titolo II** dello schema n. 418 si compone di due capi, contenenti, rispettivamente, **disposizioni penali sostanziali e processuali** in materia di realizzazione e impiego illeciti di sistemi di IA (**capo I**), e **disposizioni processuali civili in materia di risarcimento** dei danni cagionati dall'utilizzo di tali sistemi (**capo II**). Con queste disposizioni, il Governo intende dare attuazione alla delega di cui all'articolo 24(3) della legge 132/2025, a mente del quale il Governo è delegato ad

«adeguare e specificare la disciplina dei casi di realizzazione e di impiego illeciti di sistemi di intelligenza artificiale», con le modalità e nei limiti previsti dai successivi commi 4 e 5 del medesimo articolo.

FRANCESCA ZAMPONE

| 743

[Comunicato stampa](#)

[Schema di decreto legislativo](#)

2026/2(9)NA

(segue) Le disposizioni sull'attività di polizia e le disposizioni penali sostanziali e processuali

Come illustrato nel contributo che precede in questa Rubrica ([\[2026/2\(8\)FZ\]](#)), con lo schema di decreto legislativo approvato il 9.6.2026, atto di governo n. 418 (lo **schema n. 418** o lo **schema**), in attuazione delle deleghe contenute nell' art. 24(2)(h) e nell'art. 24(3), quest'ultima come specificata dalle disposizioni dell'art. 24(5) della legge 23 settembre 2025, n. 132 (sulla legge 132/2025 v. in questa Rubrica il contributo n. 1 del numero [3/2025](#) [2025/3(1)AA], in PeM 2025, p. 1016), il Governo ha affrontato lo spinoso problema della protezione dagli illeciti nella società assistita, e ormai pervasa, dall'intelligenza artificiale.

Nello schema n. 418, **l'IA viene regolata al contempo come strumento di ausilio e di minaccia**: di ausilio nella prevenzione e nel contrasto dei reati, e di minaccia dei diritti dei consociati da possibili eventi lesivi derivanti dal contatto con questa tecnologia.

L'analisi a prima lettura che segue si limiterà alle disposizioni aventi più diretto rilievo per la giustizia penale, ossia gli artt. 1-15 dello schema n. 418. Seguendo l'ordine dello schema, dopo l'individuazione dell'oggetto di disciplina, la puntualizzazione dei limiti normativi e assiologici all'interno dei quali ci si muove (in sintesi, il rispetto dei diritti fondamentali, dei principi di proporzionalità e non discriminazione, nonché di trasparenza e di sorveglianza umana) e la formulazione delle definizioni necessarie per la comprensione dell'articolato (**titolo I, capo I, artt. 1 e 2**), il legislatore delinea le direttive fondamentali a cui deve essere improntato l'impiego dell'IA nell'attività di polizia (**titolo I, capo II, art. 3**). In buona sintesi, si stabilisce che **l'utilizzo di sistemi di IA debba avvenire in funzione strumentale e di supporto alle forze dell'ordine, e che i risultati delle elaborazioni automatiche debbano essere sottoposti a «revisione umana qualificata», documentata in modo tracciabile, prima di essere impiegati in atti e provvedimenti incidenti sulla sfera giuridica degli interessati**. In tal modo, **si cerca di prevenire deleghe decisionali a favore dei sistemi automatizzati**, imponendo l'obbligo di adoperarli soltanto come strumenti di efficientamento delle attività, garantendo al contempo una supervisione effettiva dei processi produttivi degli output impiegati.

Gli **artt. 4, 5 e 6** dello schema n. 418 completano le misure del capo II. In particolare, si disciplinano le **collaborazioni scientifiche** con «partner» quali

università, enti di ricerca e soggetti pubblici o privati (**art. 4**), e si legittimano **spazi di sperimentazione normativa** per il trattamento di dati personali funzionali allo sviluppo di questi sistemi (**art. 5**). Inoltre, si impone la predisposizione di **corsi di formazione specifici per il personale di polizia**, che siano in grado di preparare gli agenti sui principi di funzionamento dell'IA, sui possibili bias, sul riconoscimento biometrico, sull'analisi predittiva, nonché sui profili di responsabilità e cybersicurezza (**art. 6**). Una previsione davvero imprescindibile, soprattutto nell'ottica di fornire competenze adeguate a rendere effettiva la possibilità di sorveglianza umana. Lo schema passa poi ad occuparsi dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale per l'identificazione biometrica dei soggetti rilevanti nell'ambito delle attività di prevenzione e contrasto (**titolo I, capo III: artt. 7-10**).

Il primo degli articoli di questo capo, **l'art. 7, fornisce le basi per l'effettuazione di procedure di «etichettatura, filtraggio e categorizzazione di dati biometrici»**.

A proposito di queste attività o usi «tecnici» dei dati biometrici, in primo luogo, l'art. 7(1) dello schema prevede un coordinamento con la disciplina delle «pratiche di IA vietate» ai sensi del reg. (UE) 2024/1689 (**AI Act o AIA**), precisando che **si deve trattare di dati acquisiti lecitamente, ai sensi dell'articolo 5(1)(g) ultimo periodo dell'AI Act, per finalità di polizia**.

In secondo luogo, l'art. 7 dispone che tali operazioni non possano essere compiute per inferire caratteristiche sensibili vietate, o per fondare da sole decisioni produttive di effetti giuridici nei confronti delle persone fisiche, prevedendo inoltre a carico del titolare del trattamento l'obbligo di prevenire reimpieghi dei dati per finalità incompatibili con quelle per cui sono stati raccolti.

Più in particolare, l'art. 7(1) dello schema consente gli usi «tecnici» consistenti nell'etichettatura, filtraggio e categorizzazione di dati biometrici, solo quando tali usi:

1. non sono finalizzati a inferire o dedurre le caratteristiche vietate dall'articolo 5(1)(g) primo periodo, dell'AI Act (quali, ad esempio, opinioni politiche, convinzioni religiose o filosofiche, orientamento sessuale);
2. sono funzionali alla comparazione o alla ricerca, ovvero ad altre attività conformi alla normativa vigente, e sono effettuati unicamente per finalità di polizia;
3. non costituiscono l'unico fondamento di decisioni che producano effetti giuridici negativi sulle persone interessate;
4. il titolare del trattamento adotta misure idonee a prevenire il reimpiego dei dati e dei risultati per finalità incompatibili.

Il successivo **art. 8** dello schema contiene disposizioni molto importanti. Esso è inteso a stabilire **in che modo e a quali fini possa essere effettuata la c.d. «identificazione biometrica remota in tempo reale» in conformità con le disposizioni dell'AI Act: art. 5(1)(h), 5(2), 5(3), 5(4), 5(5) e 5(6) AIA**.

Nello specifico, **le disposizioni dell'art. 8 dello schema sono circoscritte a due delle tre categorie di ipotesi eccezionali consentite dall'AI Act, ossia alla ricerca mirata di specifiche vittime di sequestro di persona, tratta o sfruttamento sessuale, nonché di persone scomparse (art. 5(1)(h)(i) AIA), e**

alla prevenzione di minacce specifiche, sostanziali e imminenti per la vita o l'incolumità delle persone ovvero di attacchi terroristici (art. 5(1)(h)(ii) AIA). La terza categoria di ipotesi contemplata dall'art. 5(1)(h)(iii) AIA, concernente la localizzazione o l'identificazione di una persona sospettata di aver commesso uno dei reati elencati nell'allegato II dell'AI Act, è considerata dall'art. 13 dello schema, a proposito dell'introduzione di un nuovo articolo nel codice di procedura penale, l'art. 359 ter c.p.p (v. *infra*). Nell'ambito considerato dall'art. 8 dello schema, l'identificazione biometrica remota in tempo reale può essere utilizzata **esclusivamente per confermare l'identità di persone specificamente individuate o individuabili, ovvero per la loro ricerca e localizzazione, mediante il confronto con banche dati lecitamente costituite**. Resta **espressamente vietato**, invece, **il ricorso ad archivi alimentati, foss'anche solo in parte, con tecniche di scraping non mirato**.

A corredo di queste previsioni, il legislatore delegato ha previsto un articolato sistema di garanzie procedurali. In effetti, **l'impiego di tale sistema richiede, di regola, una richiesta del questore o del comandante provinciale dell'Arma dei carabinieri e della Guardia di finanza, ovvero dei responsabili dei Servizi centrali** (di cui all'articolo 12 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203) e **l'autorizzazione del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto competente**, il quale deve delimitare il provvedimento quanto alle finalità perseguite, alla durata, all'ambito territoriale e ai soggetti interessati. L'autorizzazione ha efficacia massima di quindici giorni, prorogabile con provvedimento motivato. **Nei casi di urgenza, è tuttavia consentita l'attivazione immediata del sistema da parte dell'autorità di polizia** (su disposizione del questore, dei comandanti o dei responsabili sopra indicati), **previa comunicazione anche in forma orale al Procuratore della Repubblica e successiva richiesta di autorizzazione entro ventiquattro ore**; il Procuratore della Repubblica provvede sulla richiesta nelle ventiquattro ore successive. L'inosservanza delle condizioni previste dalla legge, così come il mancato rilascio dell'autorizzazione, determinano l'obbligo di immediata interruzione delle operazioni, l'obbligo di cancellazione dei dati, dei risultati e degli output e l'inutilizzabilità degli elementi acquisiti in violazione delle condizioni previste.

Al fine di rafforzare ulteriormente il quadro delle garanzie, il successivo **art. 9** dello schema **pone quale condizione per l'impiego dei sistemi di identificazione biometrica remota in tempo reale, una previa valutazione d'impatto sui diritti fondamentali ai sensi dell'art. 27 AIA**.

In aggiunta a ciò, **ogni utilizzo deve essere registrato mediante file di log non modificabili, conservati per cinque anni e accessibili alle autorità competenti ai fini dei controlli di legittimità e dell'eventuale procedimento penale**.

Lo schema prevede altresì un sistema di **notificazione al Garante per la protezione dei dati personali** (il Garante), pur con la possibilità di differirla quando ricorrano esigenze di segretezza investigativa, e demanda a un **successivo decreto ministeriale** (decreto del Ministro dell'interno di

concerto con il Ministro della giustizia e sentiti il Garante e le Autorità nazionali per l'IA) **la definizione dei requisiti tecnici minimi** di affidabilità e accuratezza dei sistemi di IA per l'identificazione biometrica in tempo reale, delle soglie operative, delle modalità di monitoraggio dei *bias* e delle misure di sicurezza.

L'art. 10 dello schema n. 418 disciplina invece il **riconoscimento facciale a posteriori mediante sistemi di videosorveglianza integrati con l'intelligenza artificiale per il contrasto di reati**. La disposizione in commento permette l'integrazione di componenti di IA in sistemi di videosorveglianza soltanto nei casi in cui la loro installazione sia consentita da specifiche disposizioni di legge, ricorrano “esigenze di ordine e sicurezza pubblica” e in conformità alla normativa sul trattamento dei dati personali e nel rispetto dell'AI Act. L'art. 10 dello schema distingue l'uso “a posteriori” del riconoscimento facciale da quello in tempo reale, in modo da non configurare un'ipotesi prevista dall'art. 5(1)(h) AI Act, prevedendo limiti temporali, di finalità e di responsabilità. A differenza dei sistemi precedenti, quelli di videosorveglianza integrati con l'IA **possono essere attivati soltanto dopo la commissione di un fatto di reato, anche tentato, e al solo fine di identificare persone già indiziate sulla base di documentazione video-fotografica e di elementi oggettivi e verificabili**.

Il comma 3 dell'art. 10 dello schema n. 418, specifica e prevede tuttavia che, in contesti caratterizzati da particolari esigenze di ordine e sicurezza pubblica, l'installazione di tali sistemi possa comportare il trattamento automatizzato dei dati biometrici delle persone che accedono ai luoghi o agli eventi, con memorizzazione locale in una base dati di riferimento, unitamente, senza far ricorso ad applicazioni biometriche di IA, ai corrispondenti dati anagrafici e, ove previsto, ad esempio nel caso di eventi con posti numerati, dell'identificativo del posto assegnato. **In caso di reato, l'attivazione delle tecnologie di riconoscimento facciale comporta il confronto biometrico a posteriori tra i dati delle persone da identificare (già indiziate) e quelli biometrici e anagrafici (e, se disponibili, ubicativi) presenti nella base dati di riferimento**.

La disposizione prevede, inoltre, specifiche misure in materia di protezione dei dati personali, relative alla conservazione, alla valutazione d'impatto sul livello di protezione, alla registrazione delle operazioni, nonché alla consultazione del Garante, statuendo il divieto di fondare sui soli risultati dell'elaborazione automatizzata le decisioni produttive di effetti giuridici in capo alle persone fisiche.

L'ultimo comma dell'art. 10, in piena continuità con gli ‘usi e costumi’ ormai invalsi negli ultimi decenni in materia di sicurezza e politica criminale, riporta la consueta clausola d'invarianza finanziaria.

Segue il **titolo II**, il cui **capo I (artt. 11-15)** contiene le norme espressamente dedicate al **diritto penale sostanziale e processuale**

L'art. 11 prevede l'applicazione delle definizioni contenute nell'art. 3 dell'AI Act.

L'art. 12 rubricato «Modifiche al codice penale» introduce il **nuovo art. 437 bis c.p.**, rubricato «**Omessa adozione di misure di sicurezza nei sistemi di intelligenza artificiale e alterazione illecita dei sistemi**». La disposizione è

inserita all'interno dei delitti di comune pericolo contro l'incolumità pubblica (libro II, titolo VI, capo I del codice penale), e incrimina, al suo primo comma, l'omessa adozione di misure tecniche idonee a prevenire malfunzionamenti o alterazioni del funzionamento dei sistemi di IA ad alto rischio, nonché l'omissione delle necessarie misure di sorveglianza umana, quando da tali condotte derivi un pericolo concreto per la vita o l'incolumità individuale, con un aggravamento di pena quando tale pericolo si estenda all'incolumità pubblica o alla sicurezza dello Stato. Al secondo comma, invece, è prevista una fattispecie sussidiaria di alterazione illecita dei sistemi di cui al co. 1, anch'essa costruita come reato di pericolo concreto e corredata da un più severo trattamento sanzionatorio. Infine, il terzo comma contempla la possibilità di punire i fatti descritti dal primo anche in caso di colpa grave. Oltre all'introduzione di fattispecie *ad hoc*, si interviene pure sulla **responsabilità amministrativa da reato degli enti**. In sintesi, **l'art. 15 dello schema n. 418 inserisce nel d.lgs. n. 231 del 2001 il nuovo art. 25 vices, che estende tale responsabilità sia al nuovo delitto di cui all'art. 437 bis c.p., sia al reato di illecita diffusione di contenuti generati o manipolati artificialmente di cui all'art. 612 quater c.p., già introdotto dalla legge 132/2025**. Per entrambe le fattispecie sono previste sanzioni pecuniarie e l'applicazione delle principali sanzioni interdittive contemplate dall'art. 9 del d.lgs. 231/2001.

Sul piano processuale, infine, **l'art. 13**, rubricato «Modifiche al codice di procedura penale» inserisce nel codice di procedura penale il **nuovo art. 359 ter c.p.p., rubricato «Identificazione e localizzazione mediante sistemi di intelligenza artificiale per l'identificazione biometrica remota in tempo reale»**. La disposizione corrisponde alla previsione della terza categoria delle ipotesi eccezionalmente ammesse ai sensi dell'art 5(1)(iii) dell'AI Act. In breve, **l'utilizzo è consentito solo per confermare l'identificazione o ricercare persone nei cui confronti sussistano sufficienti indizi della commissione di uno dei delitti indicati nell'allegato II dell'AI Act**, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni. Il comma 2 del nuovo art. 359 ter c.p.p. contiene previsioni analoghe per la ricerca di **latitanti**. L'impiego del sistema è subordinato, di regola, all'**autorizzazione del giudice per le indagini preliminari**, su richiesta del pubblico ministero, mediante decreto motivato che delimita l'ambito territoriale, le persone interessate e la durata dell'attività, comunque non superiore a quindici giorni, salvo proroga. Sono inoltre disciplinate le procedure d'urgenza, che consentono, in presenza dei relativi presupposti, l'attivazione del sistema da parte del pubblico ministero ovvero, ove strettamente necessario, della polizia giudiziaria, ferma restando la successiva convalida giurisdizionale. Anche in questo contesto, lo schema prevede l'inutilizzabilità dei risultati ottenuti mediante sistemi di IA quando essi siano impiegati fuori dei casi consentiti dalla legge o in assenza delle prescritte autorizzazioni. Completa il quadro l'**art. 14 dello schema, che interviene con una modifica di coordinamento sull'art. 104, co. 1, disp. att. c.p.p., estendendone la previsione della lettera e bis) ai dati «generati anche con sistemi di intelligenza artificiale»**.

Con questo articolato, il Governo dà corpo a un intervento molto atteso, che inizia a tracciare i profili della giustizia penale e della politica criminale che dovranno gestire i rischi illeciti determinati dalla diffusione sempre più capillare dei sistemi intelligenti. In proposito, le linee di fondo, i principi ispiratori e le finalità dell'intervento appaiono in linea con i regolamenti UE e senz'altro condivisibili. Anzitutto, concepire e adoperare l'IA quale **strumento puramente ausiliario** rispetto alle attività di polizia e dell'autorità giudiziaria è senz'altro opportuno, poiché mantiene la decisione e, con essa, la responsabilità, saldamente in capo all'agente di polizia, prevenendo tanto deleghe decisionali surrettizie quanto la dispersione dell'*accountability* nelle maglie dei processi socio-tecnici complessi. In secondo luogo, per quel che concerne il diritto penale sostanziale, era da tempo avvertita, e più volte segnalata dalla dottrina, la necessità di introdurre **fattispecie incriminatrici in grado di intervenire anticipatamente** e indipendentemente rispetto alla verifica di un evento lesivo derivante dal contatto con l'IA. In effetti, è ormai acquisito come essa rappresenti una nuova e complessa infrastruttura, che necessita di essere gestita nel suo intero ciclo vita per essere resa sicura. Pertanto, l'obiettivo di rafforzare penalmente il rispetto degli standard di sviluppo, implementazione e impiego merita di essere avallata, specie in relazione ai dispositivi c.d. ad alto rischio. A tale proposito, l'inserimento di simili illeciti nel catalogo dei **delitti presupposto della responsabilità da reato degli enti** lo si può ritenere addirittura necessitato: la polverizzazione dei processi di produzione e gestione dell'IA, distribuiti lungo catene di fornitura che assommano fornitori, sviluppatori, integratori e utilizzatori professionali, rende spesso impraticabile l'individuazione di una persona fisica cui muovere un rimprovero pienamente colpevole, sicché l'ente si candida a rimanere l'unico centro di imputazione realmente raggiungibile, anche dalla risposta punitiva.

Al netto della condivisibilità delle direttrici che sembrano sostenere questo articolato, vi sono però serie perplessità sulle tecniche e modalità impiegate per concretizzarle. A ben vedere, infatti, il provvedimento è caratterizzato da una vaghezza a tratti eccessiva, oltretutto da lacune che rischiano di comprometterne l'impianto complessivo.

Partendo dalle garanzie predisposte per l'implementazione dell'IA nell'attività di polizia, esse risultano generiche nella loro formulazione, e piuttosto limitate nella loro estensione. In primo luogo, le «forme di revisione umana qualificata» sono disciplinate in termini eccessivamente elastici, poiché la norma si limita a richiedere «adeguate forme» di controllo (cfr. art. 3(4) schema n. 418), senza fissare standard minimi di competenza del personale e demandando *tout court* la loro individuazione alle procedure interne di ciascuna Forza. Come noto, **per effettuare una sorveglianza effettiva sarebbe necessario il possesso di competenze adeguate, altrimenti non esiste alcuna reale possibilità di discostarsi motivatamente dall'output**, prevenendo il ben noto fenomeno dell'*automation bias*. Inoltre, la garanzia opera soltanto prima dell'impiego dell'output in atti o provvedimenti incidenti sulla sfera giuridica delle persone, si lascia dunque scoperta tutta la fase precedente, nella quale i sistemi di IA possono già orientare attività di polizia suscettibili di produrre comunque effetti selettivi

o stigmatizzanti (si pensi alla possibilità di effettuare controlli mirati, attenzionamenti, o valutazioni preliminari di pericolosità). Sempre in relazione al problema della competenza, poi, appare davvero poco credibile che la **formazione necessaria ad assicurare le competenze necessarie per l'utilizzo di queste nuove tecnologie, possa essere somministrata «nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente» (art. 6(1) schema n. 418)**. La formazione effettiva costa, e prevederla senza dotazioni *ad hoc* rischia di trasformarla in un mero adempimento cartolare.

Ancora, l'impiego della identificazione biometrica in tempo reale (**art. 8** dello schema) soffre di diverse criticità, la più significativa delle quali appare di tipo procedurale. Invero, trattandosi di una **tecnologia capace di convertire ogni spazio pubblico in un ambiente identificativo, la richiesta di autorizzazione preventiva al pubblico ministero appare problematica**: è evidente come tale organo, pur appartenendo all'ordine giudiziario, non sia terzo rispetto alle esigenze investigative. Invero, la riserva di giurisdizione in senso proprio – che lo stesso schema mostra di saper costruire quando, all'art. 359 ter c.p.p., affida l'autorizzazione al giudice per le indagini preliminari – avrebbe costituito la soluzione più coerente con l'intensità dell'ingerenza che l'identificazione biometrica produce.

Venendo alle disposizioni sui sistemi di videosorveglianza dotati della tecnologia di riconoscimento facciale a posteriori (**art. 10** dello schema), esse si candidano a essere le più problematiche dell'intero articolato. In primo luogo, quest'attività per essere espletata presuppone la raccolta e memorizzazione preventiva dei dati biometrici di tutte le persone che accedono a determinati luoghi o eventi. Si tratta, dunque, di un **arruolamento biometrico di una platea ampia e indifferenziata, anteriore alla commissione di qualsivoglia illecito**. In secondo luogo, il presupposto applicativo è piuttosto ampio: si parla della «commissione di un fatto di reato, anche nell'ipotesi tentata», senza alcuna distinzione sulla base della gravità dell'illecito commesso. Il rischio, dunque, è che una tecnologia altamente invasiva sia attivabile per fatti non necessariamente proporzionati rispetto alla compressione dei diritti che essa determina in capo a molti dei soggetti biometricamente acquisiti.

Parla da sola, poi, la scelta di concludere il titolo I con una clausola d'invarianza finanziaria (art. 10(13) dello schema n. 418). In effetti, si tratta di una previsione davvero poco credibile, sia per l'ambizione che questo articolato assume, sia per gli interventi che il suo adempimento presuppone. Venendo, infine, alle disposizioni dedicate al diritto penale sostanziale e processuale, vi sono diversi profili critici in materia di legalità, proporzionalità e offensività dell'intervento repressivo, nonché in relazione al rispetto del giusto processo.

Partendo dal primo dei reati introdotti dall'art. 12 dello schema (comma 1 del nuovo art. 437 bis c.p.), si tratta di un illecito solo apparentemente comune, che per di più è stato riformulato in modo poco tassativo e potenzialmente ineffettivo. Procedendo con ordine, le condotte descritte presuppongono il possesso di ruoli che, a cagione dell'ampiezza del precetto, risultano essere anche molto distanti: a solo titolo esemplificativo, vi sono il fornitore (cui fanno capo progettazione, addestramento e sviluppo del sistema),

l'importatore, il distributore, il rappresentante autorizzato (art. 3, punti 3-7, dell'AI Act), il fabbricante del prodotto che integra il sistema, figura alla quale la disciplina della responsabilità da prodotto (dir. UE 2024/2853) affianca il fabbricante di componenti e chi apporta modifiche sostanziali, fino alla persona fisica incaricata della sorveglianza umana ai sensi dell'art. 14 dell'AI Act, e del deployer che lo impiega sotto la propria autorità (il riferimento all' «utilizzo professionale» sembra alludere proprio a tale figura, con il rischio di attrarre nell'area del penalmente rilevante qualsiasi professionista che impieghi sistemi ad alto rischio nell'esercizio della propria attività). Nondimeno, nella disposizione, la loro posizione risulta del tutto parificata sotto l'ampio ombrello del “chiunque”, sulla base di soli due concetti organizzatori: la mancata adozione di misure tecniche idonee a prevenire malfunzionamenti o alterazioni dei sistemi, ovvero di misure di sorveglianza umana; il verificarsi di un pericolo concreto per la vita o l'incolumità individuale a causa di essi. Ebbene, si tratta di una soluzione che sembra dettata da un deficit di approfondimento, piuttosto che da una avveduta scelta politico-criminale. Lo dimostra la mancata tipizzazione delle condotte: sebbene esse siano suscettibili di essere meglio specificate dall'interprete attraverso la loro (non semplice, e tantomeno lineare) integrazione con l'AI Act e la normativa settoriale volta per volta rilevante, esse sono state descritte mediante clausole funzionali e rinvii tanto estesi da sollevare dubbi quanto al rispetto dei canoni di determinatezza e accessibilità del precetto penale. Inoltre, esse rischiano di produrre persino **problemi di ne bis in idem**: l'AI Act, infatti, prevede un ampio *parterre* (tra l'altro) di sanzioni amministrative, con cui questa penalizzazione “a tappeto” delle non conformità rischia di coincidere (con quanto ne segue in punto di *matière pénale* e di garanzie europee e convenzionali). E che sia il *deficit* di approfondimento a sostenere le scelte di tipizzazione del precetto sembra confermarlo pure il riferimento al pericolo concreto, che pure il legislatore sembra aver previsto proprio per correggere almeno in chiave di idoneità lesiva tale genericità, cercando al contempo di conferire alla norma un maggior grado di offensività rispetto alle mere difformità (già sanzionate in via amministrativa). A ben vedere, infatti, tale referente viene qui caricato di un compito selettivo che, da solo, non sembra in grado di assolvere. Invero, **in assenza di condotte ben tipizzate**, il suo accertamento giudiziale (da condurre su sistemi opachi, probabilistici e in continuo aggiornamento) rischia di risolversi, nella prassi, in una presunzione ricavata a ritroso dalla violazione di una qualsivoglia regola cautelare. Si tratta della ben nota fallacia del senno di poi (*hindsight bias*), che potrà eventualmente essere innescata dal riscontro di un rapporto di rischio con l'evento che si è verificato (ciò a maggior ragione nei casi in cui l'accertamento venga occasionato dal verificarsi di un accadimento lesivo dopo il contatto con queste tecnologie, dato che nella prassi finirà per vanificare ulteriormente questo filtro selettivo). Sarebbe stato più opportuno, dunque, differenziare meglio le diverse posizioni soggettive, e specificare in modo più adeguato le differenti categorie d'inosservanze suscettibili di giustificare l'intervento repressivo. In particolare, si sarebbero potute selezionare le più significative negligenze nei processi di sviluppo, addestramento, validazione, integrazione e sorveglianza,

limitando la rilevanza penale alle violazioni capaci di incidere in misura critica sulla sicurezza degli utenti finali. Pertanto, più che una macro-norma generale (*rectius*, generica), sarebbe stata preferibile una disciplina maggiormente differenziata, capace di valorizzare il tessuto regolatorio che circonda la produzione e l'impiego dei sistemi di IA nei singoli settori ad alto rischio (in ambito sanitario, per esempio, dovrebbero essere considerati non soltanto gli obblighi derivanti dall'AI Act, ma anche quelli previsti dal regolamento (UE) 2017/745 relativo ai dispositivi medici e dalle ulteriori discipline concernenti la sicurezza delle cure, la valutazione di conformità e la sorveglianza successiva all'immissione sul mercato).

Per quel che concerne, invece, la seconda disposizione incriminatrice (comma 2 del nuovo art. 437-bis c.p.), la clausola di sussidiarietà che la introduce («salvo che il fatto costituisca più grave reato») cede il passo agli illeciti più gravi, ma nulla dispone per l'ipotesi in cui l'alterazione del sistema integri anche reati informatici di gravità pari o inferiore. Lo si vede bene prendendo in considerazione il raggruppamento delle fattispecie relative al danneggiamento informatico. Quando il sistema IA ad alto rischio è altrui, l'alterazione che ne ostacoli gravemente il funzionamento o lo renda inservibile ricade nell'art. 635-quater c.p., che è punito con la reclusione da uno a cinque anni. La pena è dunque inferiore, dunque la clausola è inoperante. Se poi il sistema è di pubblico interesse (si pensi, per esempio, proprio a quelli in dotazione all'autorità di pubblica sicurezza), viene in rilievo l'art. 635-quinquies c.p., che, dopo la riscrittura ad opera della l. 90/2024, commina la medesima pena della prima ipotesi del comma in esame, ossia la reclusione da due a sei anni. Analogo discorso vale per la frode informatica. Tra l'altro, si tratta di fattispecie poste per lo più in rapporto di interferenza, e in ogni caso non di specialità unilaterale, con conseguente esclusione del criterio di specialità (art. 15 c.p.). L'esito prevedibile, quindi, è la moltiplicazione delle ipotesi di concorso formale di reati (art. 81 c.p.), con ricadute sanzionatorie che il legislatore delegato avrebbe potuto, e forse dovuto, governare in modo più attento.

Infine, la previsione che punisce i fatti del primo comma commessi per colpa grave con pena «ridotta da un terzo a un sesto» aggiunge una nota d'insolito a un edificio già pericolante. L'intervallo della diminuzione, infatti, è enunciato in ordine decrescente, contro la prassi legislativa che lo esprime dal minimo al massimo. Inoltre, si adopera una modalità di descrizione in stile circostanziale, per un precetto che – delineando un'ipotesi colposa di un reato altrimenti doloso – non può che dar vita a una fattispecie autonoma. La tecnica di redazione che doveva essere adoperata, allora, era quella che il codice impiega per esempio nella coppia degli artt. 437 e 451 c.p.: due norme distinte, non un comma di rinvio con una pena determinata in modo bizzarro e *per relationem*. Merita invece approvazione la scelta della colpa grave quale soglia di rilevanza dell'illecito colposo. Si tratta di una soglia che restringe la punibilità rispetto alla delega, operando in *bonam partem*, ed è coerente con la linea di politica del diritto che riserva la sanzione penale alle violazioni macroscopiche nei contesti connotati da speciale complessità tecnica e da incertezza nomologica (ai quali i sistemi IA ad alto rischio indubbiamente appartengono).

Venendo al piano processuale, è apprezzabile la scelta di affidare al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione all'impiego dei sistemi di cui all'art. 359-ter c.p.p., nondimeno le problematiche restano, e gravano sul piano epistemico. Difatti, non si stabilisce nulla in merito alla verificabilità scientifica e alla confutabilità degli esiti algoritmici. Esiste dunque il rischio di acquisire nel processo *output* che né le parti né il giudice sono in condizione di controllare, con evidente compressione del contraddittorio nella formazione della prova. D'altra parte, se si allarga lo sguardo alle disposizioni prevista in materia di responsabilità civile, il paradosso diventa piuttosto evidente: l'art. 19 infatti accorda al danneggiato l'esibizione dei registri, della documentazione tecnica e dei parametri di supervisione umana del sistema; nulla di simile, invece, è previsto per la giustizia penale. Né la sanzione dell'inutilizzabilità basta a risolvere le problematiche che s'intravedono, poiché essa colpisce i "risultati" forniti dal sistema, ma tace sulle prove derivate. In definitiva, le direttrici dell'intervento risultano condivisibili, ma la tecnica attuativa porta allo scoperto il *deficit* di approfondimento delle dinamiche di funzionamento e delle esigenze di tutela proprie del peculiare sistema socio-tecnico che si sta sviluppando. Sul fronte del diritto penale sostanziale e processuale, pare evidente l'esigenza di un importante intervento di modifica, che restituisca determinatezza al precetto penale, coordini le nuove incriminazioni con l'apparato sanzionatorio amministrativo europeo e incrementi le garanzie processuali, assicurando la trasparenza e l'effettiva sindacabilità degli strumenti IA impiegati. Del resto, per la giustizia penale di una repubblica democratica, non può che valere ancora, e qui più che mai, l'insegnamento di Franco Cordero, tutto proteso a creare la consapevolezza del primato del metodo, e delle sue garanzie, sul risultato.

NICOLÒ AMORE

[Schema di decreto legislativo](#)

2026/2(10)TDMCDV

(segue) Le disposizioni sulla responsabilità civile

Come illustrato *supra* nel contributo n. 8 in questa Rubrica ([2026/2(8)FZ]), con lo schema di decreto legislativo approvato il 9.6.2026, atto di governo n. 418 (lo **schema n. 418** o lo **schema**), in attuazione della delega contenuta nell'art. 24(3), come specificata dall'art. 24(5)(d) della legge 23 settembre 2025, n. 132 (sulla legge 132/2025 v. in questa Rubrica il contributo n. 1 del numero [3/2025](#) [2025/3(1)AA], in PeM 2025, p. 1016), il Governo ha previsto nel **capo II del titolo II** dello schema n. 418, agli **artt. 16-20**, una serie di disposizioni sotto il titolo «**Strumenti processuali civili per il risarcimento dei danni cagionati dall'utilizzo di sistemi di IA**».

L'art. 16 dello schema disciplina l'ambito di applicazione e il foro del consumatore. Il comma 1 prevede l'applicabilità del particolare regime di accesso alle prove introdotto dal successivo art. 17 (cfr. *infra*) a tutte le «**azioni di risarcimento del danno, sia contrattuale sia extracontrattuale,**

cagionato nell'utilizzo di un sistema di IA», mentre il comma 2 precisa che, qualora tali azioni riguardino un danno che derivi dalla **violazione di uno o più obblighi previsti dal reg. (UE) 2024/1689 (AI Act o AIA)**, si applicano anche gli artt. 18 e 19 dello schema (cfr. *infra*). Rimane salva l'applicazione, ai sensi del comma 3 dell'art. 16, delle regole di responsabilità civile poste dalla disciplina del reg. (UE) 2016/679 (**GDPR**) sull'illecito trattamento di dati personali (**art. 82 GDPR**) e dal recepimento della nuova direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso (direttiva UE 2024/2853 o **nuova PLD**). Per quanto riguarda il foro, il comma 4 dell'art. 16 dello schema dispone che, nelle azioni suddette, **quando il danneggiato è una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, è altresì competente il giudice del luogo in cui il danneggiato ha la residenza o il domicilio.**

L'art. 17 dello schema introduce un regime di accesso alle prove, simile a quanto previsto nella nuova PLD e che ricalca, in tema di divulgazione di elementi di prova, il contenuto della proposta di direttiva sulla responsabilità civile per l'IA (cd AI liability directive) del 28 settembre 2022 (su cui v. in questa Rubrica il contributo n. 1 del numero [2/2022](#), in PeM 2022, p. 500), successivamente ritirata dalla Commissione europea nel 2025. Una differenza fondamentale, però, rispetto alla precedente proposta europea è che **lo schema n. 418 non limita il regime di divulgazione alle cause risarcitorie fondate sulla colpa del convenuto, ma si estende potenzialmente a qualsiasi criterio di imputazione, soggettivo o oggettivo, extracontrattuale o contrattuale.** Il comma 1 dell'art. 17 dello schema prevede che, nelle azioni di risarcimento del danno menzionate, il giudice, su istanza della parte che allega di avere subito il danno, **ordina all'altra parte o al terzo che ne dispone l'esibizione** degli elementi di prova specificamente pertinenti relativi al funzionamento del sistema di IA, quando l'istante presenta fatti ed elementi idonei a rendere verosimile la fondatezza della domanda, anche con riferimento al collegamento tra il risultato prodotto dal sistema di IA e il danno lamentato. Viene, pertanto, mantenuta anche nella versione nazionale il **prerequisito della plausibilità della domanda per poter accedere a tale strumento processuale.** Ai sensi del comma 2 dell'art. 17, **tra gli elementi di prova di cui al comma 1 vengano elencati in via esemplificativa:**

- a) i registri di cui all'art. 12 AIA (dove si conservano le registrazioni automatiche degli eventi, o «log»);
- b) la documentazione relativa al sistema di gestione dei rischi di cui all'art. 9 AIA;
- c) le informazioni pertinenti contenute nella documentazione tecnica di cui all'art. 11 AIA;
- d) le informazioni relative ai parametri e alle modalità di supervisione umana di cui all'art. 14 AIA.

Ai sensi dell'**art. 17(3)** dello schema, l'ordine di esibizione dovrà essere limitato a quanto necessario e proporzionato rispetto alla domanda, tenendo in considerazione tutti gli interessi delle parti con particolare riguardo alla tutela dei segreti commerciali e delle informazioni riservate per la cui tutela, ai sensi del successivo **comma 4**, il giudice adotta tutte le misure idonee. Il

comma 5 dell'art. 17 dello schema fa discendere dall'ingiustificato inadempimento, totale o parziale, dell'ordine di esibizione rivolta alla parte conseguenze favorevoli per l'istante: infatti, in tali casi, il giudice può desumere argomenti di prova ai sensi dell'**articolo 116 c.p.c.**, mentre se l'inadempimento riguarda la documentazione di cui al comma 2 il giudice, valutato ogni altro elemento di prova, ritiene come ammessi i fatti allegati dall'istante, operando in maniera simile a una presunzione legale – senza, peraltro, esplicito riferimento alla possibilità di fornire una prova contraria – ovvero secondo un meccanismo di non contestazione.

Se invece l'ordine di esibizione viene rivolto a un **terzo** e questi senza giustificato motivo non adempie, anche parzialmente, il giudice lo condanna a una **pena pecuniaria** da euro 1.500 a euro 10.000 (**art. 17(6)**)

Gli artt. 18 e 19 dello schema attuano un ulteriore collegamento con la disciplina di cui all'AI Act. In particolare, l'**art. 18** prevede una (questa volta esplicita) **presunzione del nesso di causalità tra violazione di uno o più obblighi previsti dall'AI Act e danno**, quando (venga allegato che) il danno derivi dalla violazione di uno o più obblighi previsti dall'AI Act. In tal caso, è esplicitamente ammessa la prova contraria del convenuto. L'**art. 19** precisa, invece, che «**la conformità del sistema di IA agli obblighi previsti dall'AI Act, anche se certificata ai sensi del capo III, sezione 5, del medesimo regolamento, non esclude di per sé la responsabilità del convenuto**». Da tale disposizione si evince la volontà del Governo di sottolineare la differenza tra **regole di sicurezza e regole di responsabilità**, che non sempre si sovrappongono nel loro ambito applicativo, in modo da scongiurare il rischio che la sola conformità all'AI Act divenga per le imprese una sorta di *safe harbour* idoneo a schermarle da qualsiasi pretesa risarcitoria.

Infine, l'**art. 20** dello schema introduce alcune norme in tema di **azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione** del convenuto. In particolare, chi intende promuovere un'azione risarcitoria può chiedere preventivamente al soggetto che ritiene responsabile se è assistito da un contratto di assicurazione della responsabilità civile relativo al danno medesimo. Tale richiesta non costituisce condizione di procedibilità della domanda ma, in caso di omessa o incompleta comunicazione entro trenta giorni dalla sua ricezione, il giudice può desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c. Ciò premesso, il danneggiato ha azione diretta per il risarcimento del danno nei confronti dell'impresa di assicurazione del convenuto – il quale è litisconsorte necessario a norma del comma 5 – rimanendo opponibili al danneggiato le eccezioni derivanti dal contratto di assicurazione, purché anteriori al sinistro. L'impresa di assicurazione che effettua il pagamento ha poi diritto di rivalsa verso l'assicurato nella misura in cui avrebbe avuto titolo contrattuale per rifiutare o ridurre la propria prestazione. L'azione diretta è soggetta al medesimo termine di prescrizione dell'azione nei confronti del soggetto individuato quale responsabile del danno.

TOMMASO DE MARI CASARETO DAL VERME

[Schema di decreto legislativo](#)

2026/2(11)FPa

La versione finale del 10.6.2026 del code of practice sulla trasparenza dei contenuti generati da sistemi di IA ai sensi dell'AI Act

| 755

Il 10 giugno 2026 è stata pubblicata la versione finale del *Codice di buone pratiche sulla trasparenza di contenuti generati dall'intelligenza artificiale* (il **Codice**). Il Codice, elaborato ai sensi dell'art. 50(7) del reg. (UE) 2024/1689 (**AI Act** o **AIA**), è stato il frutto di un lavoro che ha riguardato oltre centottanta tra stakeholders, esperti, accademici e membri della società civile divisi in due gruppi tematici: uno relativo alla trasparenza in capo al fornitore di strumenti di IA, l'altro relativo al distributore. Con il parere della Commissione europea (la **Commissione**) sulla adeguatezza del Codice (C(2026) 4839 final), adottato l'8.7.2026 ai sensi degli **articoli 50(7) e 56(6) AIA** (il **parere della Commissione**) unitamente alla parallela conclusione del Comitato europeo per l'intelligenza artificiale (**EAIB** o **AI Board**) (la **conclusione dell'AI Board**), si è davvero chiuso il procedimento avviato lo scorso anno e che aveva visto una [prima bozza del Codice pubblicata il 17 dicembre 2025](#). Di tale prima bozza, e della sua impostazione di fondo, ci si è occupati in un precedente contributo su questa Rivista (v. in questa Rubrica il contributo n. 8 del [numero 4/2025](#), [2025/4(8)FPa] in [PeM, 2025](#), p. 1041). In quella sede, si erano messi in luce la funzione trasversale dell'art. 50 nell'architettura dell'AI Act e il ruolo di cerniera tra *soft law* e *hard law* che il Codice era destinato ad assumere. Le presenti note intendono invece soffermarsi su ciò che la chiusura del procedimento consente ora di osservare con maggiore nitidezza: la **fisionomia degli obblighi gravanti sulla filiera dei fornitori**, il significato che la **volontarietà dello strumento** assume all'indomani della valutazione di adeguatezza e, in prospettiva interna, il raccordo, tutt'altro che lineare, con le scelte compiute dal legislatore italiano con la **legge 23 settembre 2025, n. 132** (sulla legge 132/2025 v. in questa Rubrica il contributo n. 1 del numero [3/2025](#) [2025/3(1)AA], in [PeM 2025](#), p. 1016), che ha affidato al **diritto penale** la risposta ai medesimi fenomeni che l'AI Act affronta, invece, con la tecnica della trasparenza e della *soft law*. Cominciando dalle **disposizioni sui fornitori e la filiera del marking**, può osservarsi che la Sezione 1 del Codice dà attuazione agli obblighi di cui all'art. 50, parr. 2 e 5, dell'AI Act, che gravano sui fornitori di sistemi di IA generativa:

- **marcatura degli output in formato leggibile da macchina**,
- loro **rilevabilità** come artificialmente generati o manipolati,
- rispetto dei quattro **requisiti tecnici di efficacia, interoperabilità, robustezza e affidabilità**, e
- **comunicazione del risultato** della rilevazione alle persone fisiche in modo chiaro e distinguibile.

Come sottolineato dal parere della Commissione, si tratta di elementi distinti ma intrinsecamente collegati di un'unica obbligazione di trasparenza, che il Codice traduce in quattro doveri (**Commitments**) che si traducono in una pluralità di misure applicative (**Measures**): **(i)** la marcatura secondo un

approccio a doppio livello (metadati firmati digitalmente e *watermarking* impercettibile), giustificato dalla constatazione che nessuna tecnica è, allo stato dell'arte, da sola sufficiente; **(ii)** la predisposizione di una *detection solution*, in linea di principio gratuita, accessibile a *deployer*, utenti, autorità, ricercatori e società civile; **(iii)** le specifiche tecniche dei requisiti di efficacia, interoperabilità, robustezza e affidabilità, con un'implementazione a fasi dell'interoperabilità che culmina nella scadenza del 2 febbraio 2027 per le soluzioni di interoperabilità tra meccanismi di rilevazione del *watermarking*; **(iv)** infine, i processi di *testing*, verifica e *compliance* lungo l'intero ciclo di vita del sistema.

Il punto che merita maggiore attenzione è, tuttavia, il perimetro soggettivo della Sezione. **Destinatari degli obblighi sono, e restano, i fornitori di sistemi di IA generativa:** la Sezione 1 non si applica, in linea di principio, ai *deployer*, i cui obblighi di etichettatura trovano collocazione nella distinta Sezione 2. E però il Codice apre espressamente all'**adesione volontaria di due ulteriori categorie di operatori** che l'art. 50(2) AIA non contempla: i fornitori di modelli di IA generativa immessi sul mercato indipendentemente da un sistema, e i fornitori terzi di soluzioni di *marking* e *detection*. Costoro possono aderire al Codice per dimostrare che il proprio modello o la propria soluzione tecnica soddisfa i requisiti dell'art. 50, parr. 2 e 5 AIA, «con l'obiettivo di facilitare la compliance dei fornitori a valle» di sistemi costruiti su quei modelli o che si avvalgono di quelle soluzioni. La Commissione valorizza espressamente questa apertura, riconducendola all'obiettivo, enunciato dal **cons. 135 dell'AI Act**, di facilitare la cooperazione lungo la catena del valore.

Si tratta di una scelta significativa sotto un duplice profilo. Per un verso, essa prende atto della realtà industriale della trasparenza tecnica: la marcatura, e in particolare il *watermarking* a livello di modello, è tanto più robusta quanto più a monte viene implementata, sicché il baricentro effettivo della compliance tende a spostarsi dal fornitore del sistema, formale destinatario dell'obbligo, al fornitore del modello o della soluzione tecnica, che destinatario non è.

Per altro verso, la costruzione conferma che **l'art. 50 AIA impone obblighi a livello di sistema e non di modello:** la prima bozza del Codice, che aveva prospettato impegni vincolanti per i fornitori di modelli di AI generativi firmatari, è stata su questo punto ridimensionata, e il testo finale si limita a incoraggiarne l'adesione e a chiarire che, in tal caso, Commitments e Measures si intendono riferiti al modello o alla soluzione di *marking* del firmatario. Ne risulta una filiera della trasparenza a “geometria variabile”, nella quale la responsabilità ultima resta in capo al *provider* del sistema, che può fare affidamento su soluzioni e documentazione di terzi «senza pregiudizio» della propria responsabilità, mentre gli anelli a monte partecipano su base volontaria. È una soluzione coerente con il dato normativo, ma che consegna alle dinamiche contrattuali e di mercato la distribuzione effettiva degli oneri di trasparenza lungo la catena del valore.

Il secondo profilo su cui la chiusura del procedimento con la pubblicazione della versione finale del Codice consente una riflessione più matura è il **significato della volontarietà**. Formalmente, nulla è mutato: il Codice resta

uno strumento ad adesione volontaria e la stessa Commissione ribadisce che l'adesione «non costituisce prova conclusiva di conformità» agli obblighi dell'art. 50 AIA. E tuttavia la valutazione di adeguatezza ne trasforma sensibilmente la portata pratica. La Commissione conclude che fornitori e deployer «possono fare affidamento sul Codice quale strumento riconosciuto a livello di Unione considerato adeguato ad assicurare la conformità» ai rispettivi obblighi, indipendentemente dal luogo di stabilimento e dall'autorità di vigilanza competente; l'AI Board si spinge oltre, indicando alle autorità di vigilanza del mercato che il Codice deve essere considerato, a partire dal luglio 2026, «l'unico strumento pratico a livello UE» valutato come adeguato per l'attuazione degli obblighi di trasparenza.

Ne discende una situazione che è ormai familiare nell'esperienza dei codici previsti dall'AI Act, il precedente immediato è il Codice per i modelli di IA per finalità generali adottato nel corso del 2025 (su cui v. in questa Rubrica il contributo n. 7 nel numero [4/2025](#) [2025/4(7)SO], in PeM 2025, p. 1039), ma che qui si presenta con tratti peculiari. L'adesione non esonera dal controllo: le autorità conservano intatti i poteri di richiedere informazioni e di verificare che gli impegni siano stati effettivamente attuati. Chi sceglie percorsi di *compliance* alternativi, però, non si trova nella stessa posizione di chi aderisce, perché dovrà dimostrare autonomamente l'adeguatezza dei percorsi alternativi, con un onere probatorio e un margine di incertezza che rendono l'adesione, più che una scelta reputazionale, una strategia di riduzione del rischio regolatorio. **La volontarietà, in altri termini, si riduce alla scelta del percorso, non del risultato: l'obbligo di trasparenza è vincolante per legge, e il Codice ne rappresenta la via di adempimento «presuntivamente» sicura.**

Vi è di più. Sia il parere della Commissione che la Conclusione dell'AI Board configurano l'adeguatezza come condizionata e reversibile. L'AI Board individua espressamente nella “Measure 3.4” sull'interoperabilità, e nella scadenza del 2 febbraio 2027, il banco di prova del Codice, riservandosi, in caso di progressi insufficienti, di raccomandare alla Commissione una revisione mirata o l'adozione di *common rules* ai sensi dell'art. 50(7) AIA. L'AI Board segnala inoltre che la determinazione di ciò che costituisce una soluzione sufficientemente robusta «non può essere lasciata alla sola valutazione dei firmatari», invita a revisioni mirate ove emergano soluzioni di interoperabilità più robuste non adottate dai firmatari. Sul versante dei *deployer*, l'EIAB annuncia un monitoraggio sulla misura in cui, nella prassi, le etichette siano effettivamente conservate nella successiva elaborazione e distribuzione su piattaforma: questione cruciale, e volutamente lasciata aperta dal Codice, che sul punto si affida a impegni di cooperazione *best effort* nel concreto e ogni operatore per quanto di propria competenza.

L'adeguatezza si configura, dunque, non come un giudizio statico, ma come un patto di implementazione sotto osservazione, il cui inadempimento riattiva l'opzione regolatoria unilaterale. È la conferma più nitida della funzione di cerniera tra *soft law* e *hard law* che si era prospettata commentando la prima bozza: cerniera che, ora, ha anche una data di verifica.

La chiusura del procedimento consente infine di precisare **quale nozione di trasparenza** il sistema dell'art. 50 AIA effettivamente accolga. Non si tratta

di una trasparenza sul funzionamento del sistema (quella, interna alla filiera, dell'art. 13 AIA), né di un giudizio di attendibilità del contenuto: come chiarisce la Sezione 2 del Codice, la disclosure non mira a informare gli individui sulla affidabilità di ciò che vedono, ma sulla sua origine artificiale o sul ruolo dell'IA nella sua manipolazione. Si tratta, piuttosto, di una **trasparenza a doppio strato: *machine-facing***, nella misura in cui la marcatura leggibile da macchina e i meccanismi di *detection* costruiscono un'infrastruttura di verificabilità destinata a piattaforme, autorità, ricercatori e *fact-checker*; ***human-facing***, nella misura in cui etichette, icone e *disclaimer* traducono quella verificabilità in informazione immediatamente percepibile dalla persona esposta al contenuto.

Il primo strato grava sui fornitori, il secondo sui deployer; la valutazione di adeguatezza li salda in un unico ecosistema, il cui funzionamento dipende però, ed è il punto su cui entrambi i pareri concentrano le proprie riserve, dalla tenuta degli anelli intermedi: ossia, interoperabilità delle soluzioni di individuazione del contenuto artificiale e persistenza delle marcature e delle etichette lungo la catena di disseminazione.

Appare, infine, interessante, indagare il **raccordo con l'ordinamento italiano** e in particolare con **la legge n. 132/2025**.

Ed infatti, proprio la natura infrastrutturale e preventiva della trasparenza europea rende utile un confronto con la strategia seguita dal legislatore italiano. La legge 132/2025 ha infatti affidato la risposta ai fenomeni di *deception* generativa, in primis i *deepfake*, allo strumento penale, secondo tre direttrici. In primo luogo, l'introduzione all'**art. 61 c.p.** della **circostanza aggravante comune di cui al n. 11-undecies**, per l'aver commesso il fatto mediante l'impiego di sistemi di IA quando questi, per natura o modalità di utilizzo, abbiano costituito mezzo insidioso, ostacolato la difesa pubblica o privata ovvero aggravato le conseguenze del reato. In secondo luogo, l'aggravamento sanzionatorio dell'**art. 294 c.p.** quando l'inganno ai danni dell'elettore sia realizzato mediante sistemi di IA. In terzo luogo, ed è la novità di maggior rilievo sistematico, l'introduzione dell'**art. 612-quater c.p.**, che punisce con la reclusione da uno a cinque anni chiunque cagioni un danno ingiusto a una persona cedendo, pubblicando o comunque diffondendo, senza il suo consenso, immagini, video o voci falsificati o alterati mediante sistemi di IA e «idonei a indurre in inganno sulla loro genuinità».

Il confronto tra i due modelli è istruttivo anzitutto sul piano dei destinatari. L'art. 50 dell'AI Act e il Codice si rivolgono a operatori qualificati della filiera, *provider* e *deployer*, e operano *ex ante*, imponendo marcatura, rilevabilità ed etichettatura prima e a prescindere da qualsiasi danno. L'**art. 612-quater c.p.**, invece, si rivolge a chiunque diffonda il contenuto e opera *ex post*, sanzionando la lesione effettivamente cagionata. I due regimi intercettano dunque segmenti diversi, e in parte complementari, della medesima catena: il diritto europeo presidia la produzione e la prima immissione in circolazione del contenuto sintetico; il diritto penale interno ne presidia la circolazione dannosa, tipicamente ad opera di soggetti (il singolo utente che diffonde il *deepfake* non consensuale) che restano estranei tanto alla nozione di *provider* quanto, nella generalità dei casi, a quella di *deployer* rilevante ai sensi dell'**art. 50(4) AIA**.

Più delicato è il punto di contatto rappresentato dal requisito dell'idoneità ingannatoria. Ci si può chiedere, in particolare, se un contenuto regolarmente marcato ed etichettato in conformità al Codice conservi l'idoneità «a indurre in inganno sulla genuinità» richiesta dalla fattispecie. La risposta non può essere univoca. La marcatura *machine-readable* di cui alla Sezione 1, per definizione impercettibile alla persona, non incide di per sé sulla capacità decettiva del contenuto agli occhi di chi vi è esposto; l'etichetta percepibile di cui alla Sezione 2, viceversa, è astrattamente idonea a neutralizzarla, ma la sua rimozione, che il Codice affronta con obblighi di robustezza e con impegni di preservazione lungo la filiera la cui tenuta, come visto, lo stesso Board si riserva di monitorare, riporta il contenuto nella piena operatività della fattispecie penale.

Né, in senso inverso, l'etichettatura vale come salvacondotto: lo stesso Codice precisa che l'apposizione dell'etichetta non esonera dal rispetto delle altre norme dell'Unione e degli Stati membri poste a tutela dei diritti dei terzi, ivi compresi i requisiti di consenso delle persone ritratte: previsione che dialoga direttamente con l'**art. 612-quater c.p.**, imperniato appunto sull'assenza di consenso e sul danno ingiusto. Se ne può concludere che la *compliance* trasparente e la responsabilità penale corrono su piani distinti, ma non incomunicanti: l'adempimento degli obblighi di marcatura ed etichettatura potrà semmai rilevare, in concreto, nella valutazione dell'idoneità decettiva del contenuto o del carattere insidioso del mezzo ai fini dell'aggravante di cui all'**art. 61, n. 11-undecies, c.p.**, senza tuttavia elidere l'illiceità della diffusione non consensuale e dannosa.

In conclusione, la trasparenza europea e la repressione penale di matrice interna appaiono meno alternative di quanto la diversità di tecnica normativa lascerebbe supporre: la prima costruisce l'infrastruttura, di marcatura, rilevabilità ed etichettatura, che rende riconoscibile il contenuto sintetico; la seconda sanziona chi di quella riconoscibilità si disfa, o comunque impiega il contenuto per ledere. Il buon funzionamento del raccordo dipenderà, ancora una volta, dall'effettività della capacità di *enforcement* dell'una e dell'altra misura e, in particolare, dalla persistenza delle marcature e delle etichette lungo la catena di disseminazione, che la valutazione di adeguatezza ha eletto, non a caso, a oggetto privilegiato del monitoraggio che si apre ora.

FEDERICA PAOLUCCI

[Code of practice](#)

[Timeline of Code of practice](#)

[Parere della Commissione](#)

[Conclusione dell'AI Board](#)

2026/2(12)SO

Il quadro legislativo nazionale sull'intelligenza artificiale dell'amministrazione Trump, annunciato il 20 marzo 2026

In continuità con le linee di politica legislativa espressi negli *executive orders* emanati nel corso del 2025, il [National Policy Framework for Artificial Intelligence](#) della Casa Bianca, pubblicato il 20.3.2026 (il **Documento**), è un documento di indirizzo non vincolante che esorta il Congresso a stabilire un regime federale unificato, lungo tre direttrici:

- preclusione delle leggi statali sull'IA,
- supremazia tecnologica statunitense, e
- approccio favorevole all'innovazione.

Il Documento sviluppa queste tre direttrici nelle seguenti sette aree di intervento, o pilastri tematici:

- I. *Protecting Children and Empowering Parents***
- II. *Safeguarding and Strengthening American Communities***
- III. *Respecting Intellectual Property Rights and Supporting Creators***
- IV. *Preventing Censorship and Protecting Free Speech***
- V. *Enabling Innovation and Ensuring American AI Dominance***
- VI. *Educating Americans and Developing an AI-Ready Workforce***
- VII. *Establishing a Federal Policy Framework, Preempting Cumbersome State AI Laws***

Si tratta, come detto, essenzialmente di una *summa* degli *executive orders* già emanati dal Presidente Trump a partire dal gennaio 2025, con qualche novità. Il **primo** pilastro tematico (*Protecting Children and Empowering Parents*) esprime l'unica istanza di tutela delle persone fisiche esposte agli output di sistemi di IA, ravvisata dall'amministrazione Trump.

Il **secondo** pilastro tematico dal titolo piuttosto oscuro (*Safeguarding and Strengthening American Communities*) riguarda in realtà le *policies* ampiamente anticipate nei precedenti *executive orders* e altri atti di indirizzo marcatamente favorevoli allo **sviluppo di data centers**. Il *favor* è confermato anche nel Documento, unitamente al richiamo dell'esigenza di gestire l'impatto infrastrutturale e la fornitura energetica dei centri di calcolo per rafforzare (*sic*) e tutelare le comunità americane.

Relativamente al **terzo** pilastro tematico (*Respecting Intellectual Property Rights and Supporting Creators*), l'amministrazione Trump dichiara **sostanzialmente di non aver ancora individuato la direzione da adottare per risolvere i conflitti tra diritti degli sviluppatori e degli autori, e al momento richiede al Congresso di non legiferare in materia e di attendere gli sviluppi della giurisprudenza**: «*Although the Administration believes that training of AI models on copyrighted material does not violate copyright laws, it acknowledges arguments to the contrary exist and therefore supports allowing the Courts to resolve this issue. Similarly, Congress should not take any actions that would impact the judiciary's resolution of whether training on copyrighted material constitutes fair use*».

Il **quarto** pilastro tematico (*Preventing Censorship and Protecting Free Speech*) è un capolavoro letterario di rovesciamento di significato: cela le politiche di censura governativa e di soppressione della libera manifestazione del pensiero già espresse e formalmente dichiarate dall'amministrazione Trump, intestandole alla prevenzione della censura e alla protezione del *free speech*. Ci riferiamo in particolare al “Piano di azione americano sulla IA”

del 23.7.205 e al coevo *executive order* dal titolo “*Preventing Woke AI in the Federal Government*”. Con il primo intervento, l’Amministrazione Trump ha richiesto *inter alia*, al Dipartimento del Commercio di modificare il *National Institute of Standards and Technology AI Risk Management Framework* al fine di «**eliminare riferimenti al cambiamento climatico e ad iniziative DEI** [Diversità Equità Inclusione]», e ha istruito le agenzie federali affinché esse si approvvigionino soltanto di large language models (LLMs) che siano «*objective and free from topdown ideological bias*» (v. *amplius* il contributo n. 2 nel [numero 3/2025](#) [2025/3(2)SO] in *PeM* 2025, p. 1020). Similmente, l’*executive order* dall’eloquente titolo “*Preventing Woke AI in the Federal Government*” si diffonde sui **requisiti ideologici** dei sistemi di IA di cui al coevo Piano, sopra richiamato, richiedendo alle agenzie federali di attenersi a due c.d. «*Unbiased AI Principles*» (la «ricerca della verità» e la «neutralità ideologica») in particolare **vietando applicazioni IA che possano «manipolare le risposte favorendo dogmi ideologici come DEI»** (v. *amplius* il contributo n. 2 nel [numero 3/2025](#) [2025/3(2)SO] in *PeM* 2025, p. 1020).

I rimanenti tre pilastri tematici del Documento - il **quinto**, il **sesto** e il **settimo** - sono assolutamente in linea con gli *executive orders* e gli altri atti di indirizzo già emanati nel corso degli ultimi mesi dal Presidente Trump (POTUS), che riassumiamo qui di seguito:

- l’*executive order* emesso dal POTUS il 23.1.2025 dal titolo «Rimuovere le barriere alla leadership americana nell’intelligenza artificiale» (**Removing Barriers EO**) per mezzo del quale il POTUS fissava i tre obiettivi generali della sua politica di «dominio globale dell’America sull’intelligenza artificiale» individuati nella promozione della «fioritura umana», nella competitività economica e nella sicurezza nazionale, disponendo la revoca di alcune precedenti politiche e direttive sull’IA in quanto considerate alla stregua di «barriere all’innovazione americana della intelligenza artificiale», ed in particolare disponendo in merito alla revoca dell’Executive Order n. 14110 del 30.10.2023 del suo predecessore Joe Biden, intitolato *Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence* (v. *amplius* il contributo n.1 del [numero 2/2025](#) [2025/2(1)SO], in *PeM* 2025, p. 612);
- il piano già sopra citato di azione sull’intelligenza artificiale degli Stati Uniti d’America annunciato dal POTUS il 23 luglio 2025 (il **Piano di azione americano sulla IA**), contenente più di 90 raccomandazioni alle agenzie federali, su un’ampia gamma di argomenti, tra cui la **riduzione della regolazione**, la promozione della **distribuzione di modelli di IA e set di dati open source**, l’**eliminazione di “bias ideologici”** dai modelli di IA, la **formazione dei lavoratori per l’uso dell’IA**, lo **sviluppo di infrastrutture** per l’IA, l’**incremento dell’esportazione**, così individuando indirettamente altrettanti specifici obblighi per gli sviluppatori di IA in particolare per i fornitori del governo federale; e prevedendo in particolare che i sistemi di IA usati dal governo federale debbano essere «liberi da misinformation», come sopra già ricordato (v.



- amplius* il contributo n. 2 nel [numero 3/2025](#) [2025/3(2)SO] in *PeM* 2025, p. 1020);
- il già citato executive order emesso dal POTUS il 23.7.2025 dal titolo “*Preventing Woke AI in the Federal Government*” (il **Bias EO**) coevo al Piano di azione americano sulla IA, che si diffonde sui requisiti ideologici dei sistemi di IA di cui al medesimo Piano, come già sopra ricordato, e che inoltre prevede una serie dettagliata di policy recommendations per **snellire i procedimenti autorizzativi e facilitare lo sviluppo di data centers** e altre infrastrutture e per «**esportare la IA americana**» a «**partner e alleati degli Stati Uniti**» (v. *amplius* il contributo n. 2 nel [numero 3/2025](#) [2025/3(2)SO] in *PeM* 2025, p. 1020);
 - l’executive order del 24.11.2025 intitolato “[Launching the Genesis Mission](#)” (**Genesis Mission EO**) e
 - l’executive order dell’ 11.12.2025 intitolato “[Ensuring a National Policy Framework for Artificial Intelligence](#)” (**Policy Framework EO**).

Questi ultimi due ordini esecutivi (sui quali v. *amplius* in questa rubrica il contributo n. 1 del [numero 4/2025](#) [2025/4(1)SO] in *PeM* 2025, p. 1019) sono coerenti con i contenuti del Documento di cui hanno anticipato in particolare i pilastri tematici quinto, sesto e settimo.

SALVATORE ORLANDO

[National Policy Framework](#)

2026/2(13)FC

Il controllo governativo preventivo dei *frontier models* negli USA: l’Executive Order n. 14409 (*Promoting Advanced Artificial Intelligence Innovation and Security*) del 2.6.2026 e le altre misure adottate dall’amministrazione Trump nel mese di giugno 2026 a proposito dei modelli Fable 5 e Mythos 5 di Anthropic e del modello GPT.5-6 di Open AI

Nel mese di giugno 2026 l’Amministrazione Trump ha adottato una serie di misure, intestate ad **esigenze di sicurezza nazionale**, che segnano **un primo mutamento dell’approccio statunitense alla regolazione dei modelli di intelligenza artificiale avanzata**, e che prevedono l’intervento delle autorità pubbliche alla fase antecedente alla loro distribuzione.

I principali interventi adottati dall’Amministrazione statunitense nel corso del mese di giugno 2026, più sotto commentati, possono essere sinteticamente ricostruiti nei termini che seguono:

- il **2 giugno 2026**, con l’[Executive Order n. 14409](#) (*Promoting Advanced Artificial Intelligence Innovation and Security*) il Presidente degli Stati Uniti d’America (POTUS) ha disposto l’istituzione di un quadro di cooperazione volontaria tra le autorità federali competenti e gli sviluppatori dei c.d. *covered frontier models*. In particolare, la Section 3 introduce un

meccanismo di valutazione preventiva dei modelli di intelligenza artificiale avanzata. A tal fine, la **Section 3(a)** demanda alle competenti autorità federali l'elaborazione di un *classified benchmarking process* volto a individuare i modelli suscettibili di presentare rischi per la sicurezza nazionale e a verificarne l'eventuale riconducibilità alla categoria dei *covered frontier models*. Sulla base di tale processo, la **Section 3(b)** prevede l'istituzione di un *voluntary framework* nell'ambito del quale gli sviluppatori possono consentire alle autorità federali l'accesso ai modelli fino a trenta giorni prima della loro diffusione a soggetti terzi, al fine di permettere lo svolgimento di attività di valutazione preventiva dei rischi individuati dal *classified benchmarking process*. Il sistema così delineato conserva, tuttavia, carattere esclusivamente volontario, poiché la **Section 3(c)** precisa espressamente che esso non introduce alcun regime obbligatorio di autorizzazione preventiva (*preclearance*), di licenza o di altra forma di approvazione preventiva quale condizione per lo sviluppo, il rilascio o la distribuzione dei modelli di intelligenza artificiale.

- Il **12 giugno 2026**, il Governo degli Stati Uniti d'America (il **Governo**), per il tramite del proprio *Department of Commerce* (il **Dipartimento**), ha adottato una direttiva con la quale ha disposto la **sospensione dell'accesso** ai modelli di intelligenza artificiale avanzata *Fable 5* e *Mythos 5*, sviluppati dalla società **Anthropic**, nei confronti di tutti i soggetti privi della cittadinanza statunitense, anche se presenti sul territorio degli Stati Uniti, inclusi i dipendenti della stessa società di nazionalità straniera (la **Direttiva Anthropic**). Secondo quanto emerge dalle comunicazioni ufficiali diffuse da Anthropic - atteso che il testo della direttiva non risulta, allo stato, pubblicamente disponibile - la misura sarebbe stata adottata nell'esercizio dei poteri attribuiti al Dipartimento in materia di *export controls*, invocando esigenze riconducibili alla tutela della sicurezza nazionale, con particolare riguardo ai rischi derivanti dalle capacità avanzate dei modelli e dalla possibile elusione dei meccanismi di sicurezza predisposti per limitarne utilizzi impropri (c.d. *jailbreaking*). L'attuazione della Direttiva Anthropic ha evidenziato la criticità, rappresentata dalla stessa Anthropic, dell'impossibilità di verificare in modo tempestivo e sufficientemente affidabile la cittadinanza degli utenti autorizzati ad accedere ai modelli, circostanza che ha indotto la società a **sospenderne temporaneamente l'accesso per tutti gli utenti**.

- Il **26 giugno 2026**, OpenAI ha annunciato, attraverso i propri canali ufficiali, di aver limitato il rilascio iniziale del modello **GPT-5.6** ad un ristretto numero di *trusted partners*, su richiesta dell'Amministrazione statunitense. Secondo quanto dichiarato dalla società, la misura, di carattere temporaneo, era finalizzata a consentire alle autorità federali di completare la valutazione del modello sotto il profilo della sicurezza nazionale e della cybersicurezza, nell'ambito del quadro delineato dall'Executive Order del 2 giugno 2026. Allo stato, tuttavia, non risulta pubblicato alcun provvedimento amministrativo che formalizzi tale richiesta, né sono noti il relativo fondamento giuridico, i criteri di individuazione dei *trusted partners* o le modalità attraverso le quali l'Amministrazione abbia esercitato tale



interlocazione. Successivamente, la stessa OpenAI ha annunciato il progressivo ampliamento dell'accesso al modello.

- Il **30 giugno 2026** il Dipartimento ha revocato i controlli all'esportazione applicati ai modelli *Fable 5* e *Mythos 5* sulla base della Direttiva Anthropic. Secondo quanto riportato da fonti di stampa sulla base di una lettera del Segretario al Commercio degli Stati Uniti Howard Lutnick - successivamente confermata da Anthropic mediante un comunicato ufficiale - il Dipartimento ha disposto la revoca dei controlli all'esportazione applicati ai modelli *Fable 5* e *Mythos 5*, in considerazione dell'adozione, da parte della società, di misure di mitigazione del rischio. Tale decisione ha determinato dunque la **cessazione degli effetti** della Direttiva Anthropic del 12 giugno 2026 e ha consentito il progressivo ripristino dell'accesso ai modelli.

Come detto, l'Executive Order del 2 giugno 2026 segna un primo mutamento dell'approccio statunitense alla regolazione dei modelli di intelligenza artificiale avanzata, anticipando l'intervento delle autorità pubbliche alla fase antecedente alla loro distribuzione. Il fulcro del nuovo modello non risiede nell'introduzione di limiti all'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale già immessi sul mercato, bensì **nell'istituzionalizzazione di un meccanismo di valutazione preventiva dei rischi**, attraverso il quale la sicurezza nazionale diviene un parametro rilevante già nella fase di sviluppo e di pre-rilascio dei *frontier models*. Nel quadro delineato dall'Executive Order del 2 giugno 2026 si colloca la vicenda concernente il rilascio del modello **GPT-5.6** sviluppato da OpenAI. L'episodio concernente il rilascio del modello *GPT-5.6* appare di particolare interesse non tanto per il temporaneo differimento della sua diffusione, quanto per le modalità attraverso le quali l'Amministrazione statunitense sembra aver perseguito gli obiettivi di sicurezza nazionale delineati dall'Executive Order del 2 giugno 2026. Pur in assenza di un provvedimento formalmente adottato e pubblicamente conoscibile, l'interlocazione tra autorità pubbliche e sviluppatore ha infatti inciso in maniera significativa sulle modalità e sui tempi di distribuzione del modello. A differenza della successiva vicenda Anthropic, infatti, **non emerge l'adozione di un provvedimento amministrativo formalmente vincolante**, bensì una richiesta rivolta allo sviluppatore, alla quale OpenAI ha spontaneamente aderito, limitando il rilascio iniziale del modello. Tale circostanza assume rilievo sotto un duplice profilo. Da un lato, essa conferma come il modello delineato dall'Executive Order trovi una prima applicazione concreta attraverso forme di interlocazione diretta tra autorità pubbliche e sviluppatori dei modelli avanzati. Dall'altro, evidenzia come il perseguimento di esigenze di sicurezza nazionale possa realizzarsi anche **in assenza dell'esercizio di poteri autoritativi, mediante strumenti di cooperazione** che, pur privi di una veste provvedimentale di carattere formale, **risultano idonei ad orientare le modalità di rilascio dei modelli**. In conclusione, pur in assenza di un provvedimento formalmente vincolante, l'interlocazione con l'Amministrazione ha determinato **un concreto differimento delle modalità di rilascio del modello**, incidendo sull'attività dell'operatore economico senza ricorrere all'esercizio di poteri coercitivi. Sotto tale profilo, il caso OpenAI si iscrive in un modello di **soft regulation**. Infatti, più che un esempio di esercizio del potere amministrativo, la fattispecie sembra

rappresentare una forma di **regolazione cooperativa**, nella quale il perseguimento di obiettivi pubblici viene affidato, almeno sul piano formale, non all'imposizione di obblighi giuridici, bensì alla collaborazione tra amministrazione e operatori economici.

Resta tuttavia aperto l'interrogativo se tale cooperazione sia effettivamente espressione di una libera adesione del destinatario ovvero se il significativo squilibrio istituzionale tra autorità pubblica e operatore economico finisca, di fatto, per attribuire alla richiesta governativa un'efficacia conformativa non dissimile da quella di un atto autoritativo. La fondatezza di tale interrogativo emerge con ancora maggiore evidenza dal raffronto tra il caso OpenAI e quello concernente Anthropic. Se, nel caso OpenAI, l'intervento governativo sembra essersi sviluppato nell'ambito di un modello di regolazione cooperativa, coerente con l'impostazione delineata dall'Executive Order del 2 giugno 2026, **la misura adottata nei confronti di Anthropic costituisce, invece, un intervento autoritativo, riconducibile alla disciplina statunitense dei controlli all'esportazione.**

Particolarmente significativo appare, infatti, l'oggetto stesso della misura. La direttiva:

- non riguardava il trasferimento di componenti *hardware*, infrastrutture di calcolo, *model weights* o altre tecnologie tradizionalmente assoggettate alla disciplina dei controlli all'esportazione, bensì l'accesso remoto ai modelli di intelligenza artificiale *Fable 5* e *Mythos 5*, distribuiti da Anthropic secondo il modello *AI-as-a-Service*;
- individuava i destinatari secondo un criterio personale, anziché territoriale, trovando applicazione anche nei confronti dei soggetti non aventi cittadinanza statunitense indipendentemente dal luogo in cui essi si trovassero;
- era motivata, secondo quanto comunicato da Anthropic, dalle preoccupazioni dell'Amministrazione circa l'impossibilità, per la società, di verificare in modo tempestivo e sufficientemente affidabile la cittadinanza degli utenti autorizzati ad accedere ai modelli.

Proprio tale circostanza ha indotto Anthropic a sospendere temporaneamente l'accesso ai modelli per tutti gli utenti, procedendo al progressivo ripristino del servizio soltanto dopo il ritiro dei controlli all'esportazione disposto dal Department of Commerce il 30 giugno 2026. Al fine di assicurare l'immediata osservanza della direttiva, la società ha quindi disabilitato integralmente *Fable 5* e *Mythos 5* per **tutti gli utenti**.

La vicenda evidenzia come un provvedimento formalmente circoscritto ai soggetti non aventi cittadinanza statunitense possa produrre, nella pratica, effetti generalizzati sull'accessibilità dei modelli, quale conseguenza delle caratteristiche tecniche della piattaforma di distribuzione. Rimangono, tuttavia, non conoscibili, in assenza della pubblicazione della direttiva, il percorso decisionale seguito dall'Amministrazione, i presupposti tecnico-fattuali posti a fondamento della misura e gli elementi istruttori che hanno condotto a qualificare i modelli *Fable 5* e *Mythos 5* come suscettibili di compromettere la sicurezza nazionale. **Anthropic ha contestato la ricostruzione dell'Amministrazione**, sostenendo che le vulnerabilità richiamate riguardavano esclusivamente tecniche già note, di limitata

rilevanza e comunque individuabili anche in altri modelli concorrenti di intelligenza artificiale già liberamente disponibili sul mercato. La società ha inoltre evidenziato come il Governo non aveva fornito elementi tecnici dettagliati né dimostrato l'esistenza di una effettiva *universal jailbreak*, ossia di una tecnica idonea ad eludere le misure di sicurezza del modello. **Solo a seguito dell'adozione**, da parte della società, **di ulteriori misure di mitigazione del rischio**, il Dipartimento ha disposto il ritiro dei controlli all'esportazione applicati ai modelli *Fable 5* e *Mythos*.

Di particolare interesse è il profilo concernente il fondamento giuridico della direttiva. In assenza della pubblicazione del provvedimento, non è possibile individuare con certezza la base normativa sulla quale il Dipartimento ha fondato il proprio intervento. Tuttavia, sia la qualificazione dell'atto come *export control directive*, sia il successivo ritiro dei controlli all'esportazione disposto il 30 giugno 2026, inducono ragionevolmente a ritenere che la misura sia stata adottata nell'esercizio dei poteri attribuiti al Dipartimento dalla disciplina statunitense in materia di controlli all'esportazione, e in particolare dall'**Export Control Reform Act (ECRA)** e dalle relative **Export Administration Regulations (EAR)**. Se tale ricostruzione fosse corretta, la direttiva costituirebbe la prima applicazione pubblicamente nota di tali strumenti ad un modello di intelligenza artificiale avanzata distribuito come servizio, anziché al trasferimento di beni o tecnologie tradizionalmente soggetti ai regimi di esportazione. Nel caso di specie, invece, l'oggetto della restrizione non sembra essere il trasferimento della tecnologia in senso tradizionale, bensì l'accesso remoto alle capacità offerte da un modello di intelligenza artificiale distribuito mediante infrastrutture cloud. **L'“esportazione” tende così a coincidere non più con la circolazione materiale della tecnologia, ma con la possibilità stessa di fruirne da remoto.**

Nel complesso, la successione degli interventi adottati nel corso del mese di giugno 2026 evidenzia una significativa tensione interna al nuovo modello statunitense di regolazione dei *frontier models*. A soli dieci giorni dall'adozione dell'Executive Order del 2 giugno 2026, che fonda la gestione dei rischi sull'adesione volontaria degli sviluppatori ad un sistema di cooperazione preventiva con le autorità pubbliche, **il Department of Commerce è ricorso ad una export control directive** formalmente vincolante, limitando direttamente l'accesso a specifici modelli di intelligenza artificiale avanzata. La fattispecie sembra così dimostrare come, nell'ordinamento statunitense, gli strumenti di cooperazione e quelli autoritativi non costituiscano modelli alternativi, **bensì strumenti tra loro complementari, suscettibili di essere impiegati in funzione dell'intensità del rischio percepito per la sicurezza nazionale.**

Gli interventi dell'Amministrazione sollevano, altresì, rilevanti questioni sotto il profilo delle garanzie procedurali. Allo stato, infatti, non è possibile verificare i criteri utilizzati per qualificare i modelli *Fable 5* e *Mythos 5* quali tecnologie suscettibili di compromettere la sicurezza nazionale, né valutare la proporzionalità e la ragionevolezza dell'intervento, non essendo stati pubblicati né il testo della direttiva né i presupposti tecnico-giuridici che ne hanno giustificato l'adozione. Secondo quanto emerge dalle

informazioni disponibili, la misura è stata infatti comunicata ad Anthropic mediante una lettera riservata (*private directive letter*), mai resa pubblica. Tale circostanza pone, più in generale, interrogativi circa la trasparenza, la sindacabilità e il controllo giurisdizionale di misure adottate nell'esercizio dei poteri statali in materia di sicurezza nazionale.

Sotto entrambi i profili trattati, gli atti dell'Amministrazione statunitense confermano una progressiva qualificazione dei *frontier models* quali tecnologie strategiche, suscettibili di essere assoggettate a limitazioni analoghe a quelle previste per altre tecnologie rilevanti ai fini della sicurezza nazionale. Il controllo pubblico non riguarda, infatti, la conformità del modello o le modalità del suo utilizzo, bensì l'accesso stesso alle sue capacità computazionali. Da ultimo, la decisione di Anthropic di sospendere temporaneamente l'accesso ai modelli per tutti gli utenti, motivata dall'impossibilità tecnica di verificare con immediatezza la nazionalità dei destinatari, dimostra come provvedimenti nazionali possano determinare effetti sostanzialmente globali quando applicati a servizi digitali distribuiti attraverso infrastrutture cloud, ponendo nuove questioni in ordine ai rapporti tra sicurezza nazionale, sovranità statale e circolazione transfrontaliera dei servizi di intelligenza artificiale.

FIAMMA CONCARELLA

[Executive order 14409](#)
[Statement on the US government directive to suspend access to](#)
[Fable 5 and Mythos 5](#)
[Anteprima di GPT-5.6](#)

2026/2(14)MT

Il progetto argentino di riforma del diritto societario del 29.5.2026: la nuova *Ley General de Sociedades* tra «società automatizzate» e DAO

Il 29 maggio 2026, il *Poder Ejecutivo Nacional* ha trasmesso al Congresso argentino un progetto di legge che propone l'abrogazione integrale della *Ley de Sociedades Comerciales* (Ley n. 19.550, vigente dal 1972) e la sua sostituzione con una nuova *Ley General de Sociedades*.

Il progetto si connota per il tentativo, esplicitamente dichiarato, di facilitare l'attività delle imprese, semplificare le norme e adattare il sistema societario alle innovazioni tecnologiche.

Quanto all'impostazione della *Ley General de Sociedades*, in estrema sintesi, possono individuarsi alcune principali direttrici di intervento. In primo luogo, può osservarsi l'ampliamento della sfera di autonomia riservata ai soci nello stabilire l'organizzazione interna, le funzioni e le modalità di funzionamento delle società. Tale ampliamento supera la tradizionale impostazione della vigente *Ley de Sociedades Comerciales*, tradizionalmente interpretata come disciplina a carattere imperativo, attribuendo alla legge, nel progetto di riforma, una funzione prevalentemente suppletiva (ad eccezione di specifiche norme imperative).



In secondo luogo, il progetto modifica l'impostazione precedente anche con riferimento alla disciplina della responsabilità degli amministratori e dell'oggetto sociale. Si presume, infatti, la buona fede delle decisioni gestorie, purché assunte in modo informato e in assenza di conflitto di interessi, con possibile attenuazione della responsabilità civile degli amministratori. Al contempo, si rileva una maggiore flessibilità dell'oggetto sociale, che può essere ampio, plurimo e persino indeterminato, ove lo statuto non lo definisca. In terzo luogo, **la *Ley General de Sociedades* accentua la digitalizzazione della vita societaria, attraverso firme digitali, domicili elettronici, libri digitali e procedimenti interamente da remoto.**

Ancora, in materia di tipi di società, il progetto semplifica il sistema, riducendolo a cinque tipi societari: la società semplice, la società a responsabilità limitata, la società anonima, la società per azioni semplificata, nonché l'innovativa *Sociedad Descentralizada Autónoma Operativa* (DAO). Tra i profili più qualificanti della riforma, meritevoli di approfondimento, vi è l'esplicito riconoscimento che **la società possa operare mediante sistemi algoritmici autonomi o agenti di intelligenza artificiale.**

In particolare, il progetto argentino introduce, all'art. 14 delle *Disposiciones Generales*, la figura della ***Sociedad Automatizada* (società automatizzata), configurata non come autonomo tipo societario, ma come qualificazione riferibile a una società appartenente a uno qualsiasi dei tipi previsti dalla legge, allorché essa persegua il proprio oggetto sociale mediante sistemi algoritmici autonomi o agenti di intelligenza artificiale, senza richiedere, per la propria operatività ordinaria, l'impiego di lavoratori subordinati né, più in generale, di risorse umane.** In tale prospettiva, la qualificazione di "automatizzazione" deve risultare espressamente dallo statuto e la denominazione sociale deve contenere l'espressione "*automatizada*".

La disposizione assume rilievo in quanto prende in considerazione l'ipotesi, ormai non più soltanto teorica, di un'impresa nella quale l'organizzazione produttiva non si fonda stabilmente su una struttura "umana", bensì su un'infrastruttura computazionale. In tale prospettiva, l'algoritmo non assurge al rango di soggetto di diritto, né diviene titolare di un'autonoma sfera patrimoniale, dovendosi unicamente intendere quale strumento attraverso cui la società svolge la propria attività.

Coerentemente, lo stesso art. 14 stabilisce che **la società automatizzata risponde con il proprio patrimonio nei confronti dei terzi per i danni causati dai sistemi algoritmici autonomi o dagli agenti di intelligenza artificiale.** L'attività materialmente svolta dal sistema o dall'agente, dunque, resta attività della società, con la conseguenza che i danni derivanti dalla stessa vengono riferiti al patrimonio sociale. La disposizione sembra così voler esplicitamente escludere l'argomento, talvolta evocato in termini suggestivi, secondo cui l'autonomia tecnica del sistema potrebbe determinare una zona di irresponsabilità.

Su un piano diverso, ma complementare, si colloca l'art. 102, dedicato ai **sistemi di intelligenza artificiale nella gestione. La norma consente all'organo amministrativo di utilizzare sistemi di IA o algoritmi per l'esecuzione di funzioni operative o per l'adozione di decisioni. Tuttavia, il loro impiego non esclude o limita la responsabilità degli**

amministratori, né costituisce esimente rispetto al dovere di configurazione e supervisione del sistema e dei relativi risultati.

Ulteriore aspetto che rende il progetto di riforma del diritto societario argentino di particolare interesse riguarda la decisione di **affrontare normativamente il fenomeno delle organizzazioni autonome decentralizzate, o secondo la prevalente denominazione anglosassone *Decentralized Autonomous Organizations* (DAO).** Si tratta di forme organizzative la cui crescente diffusione pone rilevanti problemi in termini di qualificazione giuridica, imputazione degli atti, responsabilità dei partecipanti e disciplina applicabile. Solo alcuni ordinamenti hanno scelto di regolare espressamente tali organizzazioni. In ordinamenti come quello italiano, allo stato, manca una disciplina organica delle DAO, mentre altri Stati hanno iniziato a sperimentare forme di riconoscimento normativo, come avvenuto, tra gli altri, a Malta, Abu Dhabi, nelle Isole Cayman e, negli Stati Uniti, in Vermont, Wyoming, Colorado, Tennessee, Utah e New Hampshire (sulla legge dello Stato del Wyoming del 21 aprile 2021 v. in questa Rubrica il contributo n. 12 nel [numero 4/2021](#) [2021/4(12)BC] in *Atlante*, p. 138, in *PeM* 2021, p. 905). Il progetto di *Ley General de Sociedades* affronta tale tematica prevedendo – agli artt. da 258 a 265 – **l'introduzione di un nuovo tipo sociale, la *Sociedad Descentralizada Autónoma Operativa***, mutuando, sotto diversi profili (*inter alia*, rappresentanza legale, personalità giuridica e specifiche cause di scioglimento), la disciplina dettata dalla *DAO Model Law* della *Coalition of Automated Legal Applications* (COALA, 2021).

In particolare, **l'art. 258 qualifica la DAO come tipo societario, prevedendo che essa possa essere strutturata in modo totalmente o parzialmente autonomo e decentralizzato**, in conformità alle regole di organizzazione interna, alle funzioni e alle modalità di funzionamento stabilite nell'atto costitutivo o nel **protocollo**. Quest'ultimo è definito – con terminologia volutamente ampia, idonea a comprendere le varie esperienze che si riscontrano nella realtà “*on-chain*” – come **l'insieme delle regole tecniche e di governance che determinano il funzionamento della DAO, indipendentemente dalla tecnologia o dal supporto (tecnico e tecnologico) utilizzato**.

La disposizione, peraltro, chiarisce esplicitamente che **non possono qualificarsi in termini di DAO le società che si limitino a utilizzare la tecnologia per finalità meramente strumentali o amministrative, senza che essa incida in modo essenziale sulla struttura organizzativa o sui meccanismi di governance**. In sostanza, oltre a individuarne il perimetro definitorio, la *Ley General de Sociedades* detta una norma di principio a garanzia della conformità della *Sociedad Descentralizada Autónoma Operativa* ai caratteri strutturali – in termini di decentramento e applicazioni tecnologiche – del fenomeno DAO. Merita rilievo, peraltro, l'esplicito rinvio, per eventuali applicazioni analogiche e suppletive, alla disciplina della *Sociedad por Acciones Simplificada*, oltre che a quella contenuta nelle *Disposiciones Generales*.

L'art. 259, in materia di partecipazioni, chiarisce che queste possono essere rappresentate da titoli, *token* o gettoni crittografici emessi su *distributed ledger technology* (DLT) o altre applicazioni tecnologiche, e

possono anche essere prive di valore nominale. L'acquisto e il trasferimento avvengono mediante registrazione nella DLT o nel sistema tecnologico dichiarato dalla società, senza necessità di ulteriori formalità, purché il sistema ne garantisca la tracciabilità.

Risolvendo l'annoso dilemma della rappresentanza delle DAO nel mondo "off-chain", l'art. 260 impone che la rappresentanza legale sia attribuita a una o più persone fisiche chiamate a rappresentare la DAO nei suoi rapporti con i terzi e a compiere gli atti che richiedono l'intervento umano. In sostanza, la norma supera quelle difficoltà che più volte sono state evidenziate in dottrina e che hanno spinto molti, tra studiosi e sviluppatori di DAO, a immaginare il collegamento tra DAO e mondo esterno mediante un *legal wrapper*.

Con riferimento all'atto costitutivo, l'art. 261 statuisce che esso sia formato e iscritto secondo le regole previste in termini generali per tutte le società (artt. 6, 7 e 8 del progetto di riforma), indicando, tra l'altro, il promotore, il rappresentante legale, la denominazione, il domicilio, la sede, l'identificazione del protocollo o dello *smart contract*, e la determinazione dell'oggetto sociale.

Particolarmente significativa è la previsione di cui all'art. 261, n. 7), secondo cui l'acquisto o il trasferimento delle partecipazioni sociali deve avvenire solo con modalità idonee ad assicurare la conoscibilità dell'identità del relativo titolare. La norma, nelle sue implicazioni pratiche, merita di essere posta in adeguato rilievo, risolvendo *ex lege* il problema dell'identità dei detentori dei *token* di partecipazione delle DAO. Infatti, come si è avuto modo di vedere in esperienze giurisprudenziali straniere (tra tutte, la ben nota pronuncia della *Southern District Court* della California, *Sarcuni v. bZx DAO*, del 27 marzo 2023), la natura stessa della tecnologia *blockchain* assicura l'anonimato ai detentori dei *token* di partecipazione, con tutte le implicazioni, *ex multis* in materia di responsabilità, che ne derivano.

Proprio al tema della responsabilità è dedicato l'art. 262 del progetto di legge in commento. Tale disposizione delinea un sistema di imputazione degli effetti giuridici in forza del quale la DAO risponde con il proprio patrimonio per le obbligazioni assunte e per i danni cagionati nello svolgimento della sua attività, ivi compresi quelli derivanti da operazioni eseguite automaticamente dal protocollo. Lo stesso art. 262 individua, inoltre, il regime di responsabilità cui sono soggetti il rappresentante legale e il promotore della DAO. Il primo, in particolare, è responsabile secondo il regime previsto dall'art. 257, che, relativamente alla *Sociedad por Acciones Simplificada*, dispone che i rappresentanti rispondono esclusivamente per i danni derivanti da dolo, abuso dei propri poteri, ovvero da violazione della legge, dello statuto o delle istruzioni impartite dall'organo competente. Il promotore – tipicamente, per le DAO, si tratta di uno o più sviluppatori che creano la piattaforma, composta da *smart contract* implementati su reti *blockchain*, e che, coerentemente, l'art. 261, n. 1), definisce come la persona che sottoscrive l'atto costitutivo, promuove e cura la costituzione della *Sociedad Descentralizada Autónoma Operativa* –, invece, risponde illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni contratte ai fini della costituzione e dell'iscrizione della DAO,

salvo liberazione a seguito dell'iscrizione e dell'assunzione delle obbligazioni stesse da parte della società.

Quanto agli aspetti pubblicitari e documentali, gli artt. 263-264 prevedono che **i registri digitali possano sostituire tutti i supporti fisici, a condizione che siano pubblicamente verificabili, riproducibili in formato leggibile e idonei a consentire la ricostruzione della situazione patrimoniale della DAO.**

Un ulteriore indice di come il fatto tecnico divenga fatto rilevante per il diritto societario, si evince, infine, dall'art. 265, il quale **prevede specifiche cause di scioglimento della DAO connesse all'irreversibile impossibilità tecnica di eseguire il protocollo, alla perdita definitiva di accesso al protocollo o allo smart contract, nonché alla modifica del protocollo idonea a eliminare i meccanismi di identificazione dei membri.**

In conclusione, appare evidente come il progetto di legge argentino si candidi a divenire uno dei tentativi più innovativi di modernizzazione del diritto societario. Con particolare riferimento alle DAO, tuttavia, resta da verificare se un modello così costruito sarà in grado di attrarre effettivamente le DAO più radicalmente decentralizzate, le quali potrebbero percepire l'identificazione dei titolari e la presenza di rappresentanti umani come un arretramento rispetto alla logica originaria del fenomeno.

MATTEO TARASCHI

[Testo ufficiale](#)

2026/2(15)IG

L'annuncio del governo del Regno Unito del progetto di vietare l'accesso ai social media ai minori di anni 16

Con un [comunicato stampa](#) del 15 giugno 2026, il Primo Ministro britannico Keir Starmer ha annunciato di voler introdurre un divieto generalizzato di accesso alle piattaforme di social media per i minori di sedici anni, sul rilievo che tali servizi «rendono i bambini infelici», li espongono a contenuti dannosi o pericolosi e sono «progettati per creare dipendenza». La misura è destinata a riguardare le piattaforme di interazione sociale, quali **Snapchat, TikTok, YouTube, Instagram, Facebook e X**, con esclusione dei servizi di messaggistica quali WhatsApp, ma sono state prospettate ulteriori misure, quali il blocco delle funzioni di *livestreaming* e della comunicazione tra minori ed estranei, destinate ad essere applicate ad una più ampia gamma di servizi on line, compresi i siti di gioco.

L'iniziativa del governo si ispira all'esperienza australiana. Con l'*Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Act 2024*, che ha modificato l'*Online Safety Act 2021*, l'Australia è stata infatti il primo Paese a vietare l'accesso ai social ai minori di sedici anni (v. in questa Rubrica, il contributo n. 53 del numero [4/2024](#) [2024/4(53)RRa], in PeM 2024, p. 1570), ma si inserisce in un trend che sta interessando diversi ordinamenti. Così l'Indonesia, che dal marzo 2026 applica un analogo divieto per i minori di 16

anni e il Canada, il cui progetto di legge sulla sicurezza digitale, presentato recentemente, mira a precludere ai minori di 16 anni la titolarità di account social, imponendo altresì ai chatbot fondati sull'intelligenza artificiale limiti alla produzione di contenuti dannosi. Altri Stati, come la Francia, la Spagna (v. in questa Rubrica, il contributo n. 18 del numero [4/2025](#) [2025/4(18)RR], in PeM 2025, p. 1088), la Danimarca e la Corea del Sud hanno annunciato l'intenzione di adottare misure analoghe.

Si tratta di un modello regolatorio radicale, la cui introduzione solleva alcune questioni. Viene in rilievo la difficoltà applicativa di tale divieto, considerando anche l'esigenza di approntare sistemi di verifica dell'età proporzionati e non lesivi della privacy degli utenti. Si pone inoltre il tema del bilanciamento tra l'esigenza di protezione del minore e quella della sua autodeterminazione, che include la libertà, per il minore capace di discernimento, di accedere a uno spazio ormai divenuto sede di esercizio di diritti e di sviluppo della personalità. Si è inoltre osservato che un divieto d'accesso incentrato sull'età potrebbe distogliere l'attenzione dagli interventi sulla progettazione delle piattaforme, che mirano ad escludere o comunque mitigare all'origine rischi suscettibili di incidere non solo sui soli minori, ma sulla generalità degli utenti e, in particolare, sulla categoria di soggetti vulnerabili a prescindere dall'età.

ILARIA GARACI

[Press release](#)

2026/2(16)IG

L'iniziativa del governo norvegese di vietare l'IA generativa nelle scuole per gli alunni da 6 a 13 anni e di consentirla agli alunni da 14 a 16 anni solo con supervisione degli insegnanti: la protezione del minore si sposta sul livello cognitivo

Il Primo Ministro norvegese Jonas Gahr Støre ha annunciato, in una [conferenza stampa](#) del 19 giugno 2026, che, a partire dal nuovo anno scolastico, il Governo limiterà significativamente l'impiego degli strumenti di intelligenza artificiale generativa nelle scuole. In particolare, per gli studenti di età inferiore ai tredici anni è previsto un divieto generalizzato di utilizzo; per le fasce successive l'uso è subordinato alla supervisione degli insegnanti (studenti dai quattordici ai sedici anni) ovvero ricondotto a percorsi progressivi di educazione critica (studenti dai diciassette ai diciannove anni). La ratio dell'intervento, come dichiarato dallo stesso Primo Ministro, risiede nella necessità di garantire lo **sviluppo delle competenze cognitive fondamentali** dei più giovani, che si teme possa essere compromesso da un impiego precoce e non guidato di tali sistemi. La misura, che, differenziando l'intervento per fasce d'età, gradua la restrizione sulla capacità evolutiva del minore, muove dalla consapevolezza dell'emersione di una nuova categoria di rischio: quella della cosiddetta «**delega cognitiva precoce**», suscettibile di tradursi in un mancato sviluppo o comunque indebolimento delle capacità

cognitive. Affidare alla macchina attività complesse, ordinariamente rimesse alla mente umana, come **la scrittura, la sintesi, la risoluzione di problemi**, comporta il rischio che lo studente non sviluppi tali capacità, con pregiudizio per il **pensiero critico e autonomo** e pertanto per la sua **capacità di autodeterminazione**.

L'iniziativa si inserisce nel solco di una strategia nazionale più ampia, volta a governare in modo più sostenibile l'ambiente digitale e, in particolare, quello scolastico. Si consideri, da un lato, il divieto degli smartphone nelle aule introdotto nel 2024 e l'annunciato ritorno al libro cartaceo e alla scrittura manuale, in controtendenza rispetto alla massiccia digitalizzazione degli ultimi decenni; dall'altro, il disegno di legge, atteso in Parlamento entro la fine del 2026, volto a fissare a sedici anni la soglia d'accesso ai social media. Quest'ultima previsione segue, peraltro, l'esempio dell'Australia, che con l'*Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Act 2024* è stata il primo Paese a vietare l'accesso ai social ai minori di sedici anni, e si allinea a un orientamento che sta interessando diversi altri paesi (v. *supra* in questa Rubrica, il contributo che precede).

La misura di limitare l'impiego dei sistemi di IA generativa nelle scuole lascia, nondimeno, intendere la necessità di introdurre nuovi parametri di conformità dei prodotti digitali e, in particolare, dei sistemi di intelligenza artificiale generativa, **non più soltanto circoscritti alla sicurezza o alla liceità dei contenuti, ma estesi anche alla loro compatibilità con le finalità educative e con lo sviluppo progressivo delle capacità del minore**.

ILARIA GARACI

[Press release](#)

2026/2(17)RA

L'annullamento della designazione di Meta come *gatekeeper* per Marketplace ai sensi del Digital Services Act (Tribunale UE, causa T-1078/23)

Con sentenza del 3 giugno 2026, resa nella causa T-1078/23, il Tribunale dell'Unione europea ha parzialmente accolto il ricorso proposto da Meta Platforms Inc. (**Meta**) avverso la decisione del 5 settembre 2023 con cui la Commissione europea (la **Commissione**) l'aveva designata come *gatekeeper* ai sensi dell'art. 3 del *Digital Markets Act (DMA)*, tra l'altro, in relazione ai servizi Facebook, Messenger e Marketplace (v. in questa Rubrica il contributo n. 3 del numero [3/ 2023](#) [(3)RA] in *PeM* 2023, p. 587).

Nella decisione impugnata, in particolare, la Commissione aveva qualificato Messenger e Marketplace come “*servizi di piattaforma di base*” ai fini del DMA, reputandoli, rispettivamente, un servizio di comunicazione interpersonale indipendente dal numero e un servizio di intermediazione *online*. Avendo accertato il superamento delle soglie quantitative previste dall'art. 3(2) DMA per ciascuno di tali servizi, la Commissione aveva



reputato operanti le presunzioni relative alla sussistenza dei requisiti necessari per la designazione di Meta come *gatekeeper* con riferimento a entrambi.

Meta ha tuttavia proposto ricorso ai sensi dell'art. 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), chiedendo al Tribunale dell'Unione europea l'annullamento della decisione della Commissione nella parte relativa ai servizi Marketplace e Messenger. In parziale accoglimento del ricorso, il Tribunale ha annullato la decisione con riferimento a Marketplace, confermandola, invece, nella parte relativa a Messenger.

Quanto a Messenger, infatti, il Tribunale ha ritenuto che la Commissione avesse correttamente qualificato tale servizio come autonomo servizio di piattaforma di base, distinto dal *social network* Facebook. A tale conclusione conducono, secondo il Tribunale, l'esistenza di applicazioni autonome dedicate ai due servizi, la possibilità di utilizzare Messenger indipendentemente da Facebook e la presenza di strumenti specificamente destinati all'interazione con gli utenti di ciascun servizio. Non possono, invece, essere considerate sufficienti a deporre in senso contrario né la stretta integrazione tra i due servizi, né la sostanziale coincidenza delle rispettive basi di utenti. Il Tribunale, per un verso, ha poi precisato che l'esigenza, prevista dall'art. 3(9) DMA, secondo cui ciascun servizio deve costituire "*individualmente*" un punto di accesso importante non impone alla Commissione di computare soltanto gli utenti di Messenger che non siano anche utenti di Facebook. Per altro verso, ha escluso che la Commissione fosse tenuta ad avviare un'indagine di mercato ai sensi dell'art. 17(3) DMA prima di concludere che Messenger costituisse un punto di accesso importante, non avendo Meta fornito argomenti sufficienti a mettere manifestamente in dubbio le presunzioni previste dal DMA.

A diversa conclusione il Tribunale è giunto, invece, con riferimento a Marketplace. A tale proposito, occorre rammentare come la Commissione avesse reputato di potersi basare, ai fini della qualificazione del servizio, sui dati relativi ai tre esercizi precedenti la designazione. Secondo il Tribunale, tale impostazione confonde il periodo rilevante per verificare il superamento delle soglie quantitative, che può richiedere una valutazione retrospettiva, con quello pertinente alla qualificazione, di natura qualitativa, del servizio di piattaforma di base. In assenza di una diversa previsione normativa, quest'ultima valutazione deve essere compiuta sulla base degli elementi di fatto e di diritto esistenti al momento dell'adozione della decisione.

A tale ultimo fine assumono, pertanto, rilievo le modifiche apportate da Meta a Marketplace il 31 luglio 2023 (e, dunque, prima della decisione), mediante le quali è stato limitato il numero di annunci pubblicabili da ciascun utente. Tali modifiche, secondo il Tribunale, hanno inciso direttamente sul criterio da utilizzare per individuare gli utenti commerciali, fondato sulla categoria dei c.d. *power seller*, sicché la Commissione ne avrebbe dovuto tenere conto al fine di qualificare (o meno) Marketplace come servizio di intermediazione *online*. La decisione impugnata, invece, si è limitata a considerare tali limitazioni come ancora in fase di attuazione e ad affermare, in termini ipotetici, che gli utenti avrebbero comunque potuto essere considerati commerciali in funzione delle circostanze del caso concreto, senza tuttavia spiegare quali circostanze dovrebbero reputarsi rilevanti né in che modo le

modifiche già attuate incidono (o meno) sulla qualificazione di Marketplace come servizio di intermediazione *online*.

Il Tribunale ha quindi ravvisato, sul punto, sia un errore di diritto che un difetto di motivazione della decisione impugnata, poiché essa non consente a Meta di comprendere adeguatamente le ragioni poste a fondamento della qualificazione del servizio, né al giudice dell'Unione di esercitare il proprio sindacato sulla legittimità della decisione stessa.

Ne è conseguito, come accennato, l'annullamento della decisione della Commissione, nella parte in cui ha designato Meta come *gatekeeper* per Marketplace.

RICCARDO ALFONSI

[Testo ufficiale](#)

2026/2(18)FF

Il rapporto sull'IA dell'AGCOM del 17.6.2026

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) ha pubblicato il 17 giugno 2026 il proprio [Rapporto sull'intelligenza artificiale](#) (il **Rapporto**), un documento volto ad offrire una ricostruzione organica e interdisciplinare delle principali evoluzioni tecnologiche, economiche, sociali e giuridiche connesse allo sviluppo e alla diffusione dei sistemi di IA, con particolare attenzione ai settori di competenza dell'Autorità e al ruolo che essa è chiamata a svolgere nell'ecosistema digitale italo-europeo.

Il Rapporto si articola in **due parti**, definite dagli stessi autori come «autonome e complementari».

La [prima parte](#), predisposta dall'[Ufficio intelligenza artificiale dell'AGCOM](#), ha una funzione introduttiva e ricostruttiva, volta a fornire le basi tecniche, economiche e concettuali necessarie per comprendere il fenomeno dell'IA. Essa si compone di sei capitoli: dopo il capitolo 1, contenente un'**introduzione generale**, il capitolo 2 ripercorre l'**evoluzione storica** dell'IA, dalla sua affermazione come disciplina scientifica nel 1956 fino agli sviluppi più recenti, quali l'IA generativa e l'IA agentica; il capitolo 3 è dedicato alle **caratteristiche tecniche** dell'IA, evidenziando come la comprensione del suo funzionamento costituisca un presupposto indispensabile, poiché «senza una reale comprensione del motore sottostante [...] ogni discussione normativa o economica rischia di essere astratta, sbilanciata o poco efficace»; il capitolo 4 analizza le **peculiarità economiche** del “bene” IA e dei mercati e delle industrie che ne sostengono lo sviluppo e l'impiego; il capitolo 5 affronta le principali **questioni aperte**, esaminando, accanto ai profili tecnologici ed economici, gli impatti di carattere generale, ambientale e sui diritti fondamentali, fungendo da raccordo con la seconda parte del Rapporto; il capitolo 6 contiene, infine, le **considerazioni conclusive**.

La [seconda parte](#) del Rapporto è elaborata dal **Comitato sull'intelligenza Artificiale**, istituito presso l'AGCOM con [delibera 11/24/CONS](#) del 24



gennaio 2024 per fornire all'Autorità supporto scientifico e consultivo in relazione all'impatto dell'IA sulle materie di propria competenza. Essa rappresenta il naturale sviluppo della prima parte, poiché sposta l'attenzione dall'inquadramento tecnico ed economico del fenomeno all'analisi delle sue **implicazioni giuridiche, regolatorie e sociali nei settori affidati all'AGCOM**.

Il Rapporto del Comitato si articola in nove capitoli.

Dopo il capitolo 1, contenente l'Introduzione di **Andrea Renda**, dedicata all'evoluzione dell'*AI Act* nel **quadro regolatorio europeo**, anche alla luce dei più recenti sviluppi tecnologici, **Giovanna de Minico**, nel capitolo 2 ricostruisce le **competenze dell'AGCOM** nell'assetto delineato dall'*AI Act* e dal Digital Services Act; il capitolo 3, curato da **Andrea Imperiali di Francavilla**, offre una ricognizione dell'impatto dell'IA sui **settori di competenza dell'Autorità**, dalle comunicazioni elettroniche ai servizi digitali, dai media audiovisivi ai servizi postali e alla tutela dei consumatori. I capitoli successivi affrontano alcune delle principali questioni aperte poste dall'IA: **Andrea Simoncini**, nel capitolo 4, analizza le **implicazioni costituzionali** per la democrazia e la libertà di informazione, alla luce del ruolo assunto dalle piattaforme digitali quali formazioni sociali titolari di un potere normativo privato su scala globale. **Giovanni Boccia Artieri**, nel capitolo 5, esamina i **rischi sistemici derivanti dall'impiego dell'IA generativa quale infrastruttura cognitiva del discorso pubblico**. **Giuseppe Cassano**, nel capitolo 6, si sofferma sui problemi dell'autorialità e della tutela del **diritto d'autore**. **Mauro Giusto**, al capitolo 7, affronta il tema dell'**educazione** e dell'alfabetizzazione digitale delle giovani generazioni. **Giovanna De Minico**, nel capitolo 8, dedica infine un ulteriore contributo al rapporto tra tecnica e diritto, interrogandosi sul rischio di una progressiva transizione dalla *rule of law* alla *rule of tech*. Il Rapporto si conclude con le **raccomandazioni** elaborate dal Comitato, contenute nel capitolo 9, che sottolineano l'esigenza di un ruolo proattivo dell'AGCOM nell'attuazione del nuovo quadro europeo.

Si offre di seguito una sintetica ricostruzione dei contenuti essenziali del Rapporto. La numerazione adottata richiama quella del documento: il numero romano ne identifica la parte (**Parte I** e **Parte II**), mentre il numero arabo individua il relativo capitolo. Restano esclusi da un esame autonomo i capitoli introduttivi e conclusivi.

Parte I: Il Rapporto tecnico dell'Ufficio IA

I.2. Evoluzione storica

Il **capitolo 2** ripercorre l'evoluzione storica dell'IA a partire dal [Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence](#) del 1956, occasione nella quale **John McCarthy** coniò l'espressione «*Artificial Intelligence*», definendola come «*the science and engineering of making intelligent machines*». Il Rapporto richiama, tuttavia, anche il precedente contributo di **Alan Turing**, il cui celebre [test del 1950](#) rappresenta uno dei primi tentativi di verificare la capacità delle macchine di riprodurre un comportamento intelligente.

L'analisi ricostruisce quindi l'alternarsi di fasi di forte sviluppo (*AI springs*) e di periodi di rallentamento della ricerca (*AI winters*), evidenziando la

contrapposizione tra l'approccio **simbolico**, e quello **sub-simbolico** o connessionista. Il Rapporto individua nell'attuale fase, definita «**terza primavera dell'IA**», avviata a partire dal 2012, il momento di definitiva affermazione dell'approccio sub-simbolico, resa possibile dalla combinazione tra la disponibilità di enormi quantità di dati (*big data*) e l'incremento della capacità computazionale. Da tale evoluzione deriva anche lo **sviluppo di interfacce conversazionali in linguaggio naturale che favoriscono l'antropomorfizzazione dei sistemi di IA**. Va altresì segnalato il progressivo spostamento degli investimenti dalla ricerca pubblica a quella privata, con conseguente concentrazione dello sviluppo tecnologico nelle mani di **pochi grandi operatori**. La ricostruzione storica costituisce la premessa per l'analisi delle caratteristiche tecniche dell'IA sviluppata nel capitolo successivo.

I.3. Caratteristiche tecniche

Nel **capitolo 3**, il Rapporto distingue tra **modelli simbolici**, fondati su regole logiche ed esplicite e caratterizzati da un funzionamento deterministico, e **modelli sub-simbolici**, basati sull'apprendimento automatico (*machine learning*) nei quali le inferenze derivano dall'individuazione di relazioni statistiche tra i dati e assumono natura probabilistica. All'interno di questi ultimi, particolare attenzione è dedicata al *deep learning*, fondato su reti neurali profonde, ispirate al funzionamento del cervello umano. Se i modelli simbolici risultano più trasparenti e interpretabili, quelli sub-simbolici presentano prestazioni sensibilmente superiori, ma pongono il noto problema della *black-box*, ossia della difficoltà di ricostruire il percorso logico seguito dal sistema nell'elaborazione dell'*output*.

Il Rapporto richiama inoltre le principali modalità di apprendimento automatico – supervisionato, non supervisionato, per trasferimento e per rinforzo – per poi soffermarsi sull'**IA generativa** (GenAI), una particolare applicazione del deep learning capace di produrre contenuti originali sulla base dei dati di addestramento. Tale evoluzione è stata resa possibile dall'[architettura Transformer](#), introdotta nel 2017 da Ashish Vaswani e alcuni suoi colleghi, fondata su nuove modalità di rappresentazione ed elaborazione del linguaggio naturale (NLP). Il capitolo si conclude distinguendo gli attuali sistemi di **IA debole** (*weak AI*), progettati per svolgere compiti specifici, dalle prospettive dell'**IA generale** (*Artificial General Intelligence* – AGI), ancora oggetto di ricerca, richiamando, quale esempio delle più recenti evoluzioni, la [Darwin Gödel Machine](#), modello sperimentale capace di modificare autonomamente il proprio codice al fine di migliorare le proprie prestazioni.

I.4. Caratteristiche economiche

Il **capitolo 4** esamina le caratteristiche economiche dell'IA, descritta tanto come un bene privato, a seguito del processo di *commodification*, quanto come bene dinamico a vocazione globale, distribuito secondo logiche flessibili di accesso, segmentazione e aggiornamento. L'IA costituisce il nucleo emergente di una **infrastruttura economica** riconducibile ad un **mercato multilaterale** (*multi-sided market*), fondato su due principali relazioni economiche: quella tra piattaforme e produttori dei contenuti utilizzati per l'addestramento dei modelli, nella quale il ricorso a materiali



protetti da *copyright* ha favorito il passaggio dalle controversie sul *fair use* e sull'uso trasformativo alla conclusione di accordi di *licensing ex ante*; e quella tra piattaforme e utenti finali, nella quale prevalgono modelli di offerta di tipo *freemium*.

La **struttura produttiva** dell'IA è fortemente *capital intensive*, in ragione degli ingenti costi fissi necessari allo sviluppo dei modelli, alla produzione di semiconduttori avanzati e alla realizzazione di infrastrutture computazionali (*data center* iperscalabili), che costituiscono rilevanti barriere all'ingresso. Ai modelli inizialmente chiusi, fondati sul segreto industriale e su meccanismi di *lock-in*, si affiancano oggi forme differenziate di apertura (*data transparency*, *open weights*, *code transparency* e *open source*), che non hanno tuttavia eliminato l'elevato livello di integrazione del settore. Le imprese leader, infatti, operano contemporaneamente quali sviluppatori di modelli di IA, fornitori delle infrastrutture computazionali, gestori delle piattaforme di accesso al mercato e fornitori dei servizi digitali finali, realizzando strategie di integrazione verticale e di filiera lungo l'intera catena del valore. Ne deriva una **struttura di mercato oligopolistica**, fondata su vantaggi cumulativi e su un potere economico e cognitivo di dimensione sovranazionale.

1.5. Questioni aperte sull'IA

A conclusione della parte tecnico-economica, emergono alcune «questioni aperte» raccolte nel **capitolo 5**. L'attuale fase di sviluppo dell'IA è caratterizzata da una netta asimmetria tra l'innovazione tecnologica e la capacità delle istituzioni di governarne gli effetti. Tale criticità si accentua con la diffusione di sistemi di **IA agentica**, che segnano un momento-soglia dell'evoluzione tecnologica, essendo in grado di pianificare ed eseguire autonomamente sequenze di azioni, e rendendo imprescindibile il mantenimento di un controllo umano effettivo (*human in the loop*). Assumono altresì rilievo anche gli **aspetti ambientali**, legati all'elevato consumo di energia, acqua e risorse computazionali richiesto dall'addestramento e dall'impiego su larga scala dei modelli di IA. Da qui l'esigenza di promuovere una **Sustainable AI**, orientata allo sviluppo di sistemi più efficienti e a minore impatto ambientale, attraverso una chiara definizione delle priorità strategiche.

Merita, infine, un cenno la **posizione dell'Europa** nello scenario globale. Se, da un lato, essa si conferma leader nella definizione di un modello di *governance* etica e regolatoria, dall'altro continua a scontare un ritardo sul piano tecnologico e industriale rispetto ai principali *competitor* internazionali. Ne deriva l'esigenza di rafforzare un ecosistema europeo dell'IA, valorizzando modelli autonomi, coordinando gli investimenti pubblici e privati e superando la tradizionale polarizzazione tra Stati Uniti e Cina. In questa direzione si colloca il **Piano d'Azione per l'Intelligenza Artificiale** (*AI Continent Action Plan*) presentato dalla Commissione europea il 9 aprile 2025. Nello stesso quadro possono essere lette anche iniziative operative quali **LLMs4EU**, volte a promuovere lo sviluppo di modelli linguistici europei e a tradurre in pratica l'obiettivo di una maggiore autonomia tecnologica dell'Unione. Strategia industriale, innovazione tecnologica e

tutela dei diritti fondamentali sono così concepite come dimensioni complementari di un'unica politica europea dell'IA.

Parte II: il rapporto giuridico del Comitato IA di AGCOM

Su queste premesse si innesta la seconda parte del Rapporto, dedicata all'analisi del quadro regolatorio e del ruolo che l'AGCOM è chiamata a svolgere nell'ecosistema digitale.

II.2. La *regulation* dell'AGCOM nell'ecosistema digitale

Il capitolo 2 ricostruisce le **competenze** dell'AGCOM attraverso una lettura coordinata del reg. (UE) 2022/2065 (**Digital Services Act** o **DSA**) e del reg. (UE) 2024/1689 (**AI Act** o **AIA**) (sui quali, v. in questa Rubrica, rispettivamente il contributo n. 1 del [numero 4/2022](#) [2022/4(1)ST] e il contributo n. 2 del [numero 2/2024](#) [2024/2(2)SO]). Il fondamento della sua competenza è individuato nell'art. 49 DSA che introduce la figura del *Digital Services Coordinator* (DSC), [funzione attribuita in Italia all'AGCOM](#) mediante modifica additiva della legge istitutiva (l. n. 249/1997) ad opera del decreto Caivano (d.l. 123/2023). L'Autorità è chiamata a vigilare sulla diffusione di «contenuti illegali», cioè contrari al diritto dell'Unione o nazionale *ex art.* 3(1)(h), DSA, la cui mera circolazione integra *ex se* un illecito di pericolo.

Diversamente, né l'*AI Act* né la legge italiana sull'IA (l. n. 132/2025, sulla quale, v., in questa Rubrica, il contributo n. 1 del [numero 3/2025](#) [2025/3(1)AA]) attribuiscono specifiche competenze all'AGCOM, individuando quali autorità di riferimento l'Agenzia per l'Italia Digitale (**AgID**) e l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (**ACN**), salvo il richiamo alla disciplina sul diritto d'autore (art. 25(1) legge 633/1941: **l.d.a.**), che estende la tutela anche alle opere realizzate con l'ausilio dell'IA, purché espressione del lavoro intellettuale dell'autore. L'AGCOM, pertanto, non esercita poteri sull'IA in quanto tale, ma interviene sugli effetti che essa produce nei settori di propria competenza, in particolare quando costituisce lo strumento di diffusione di contenuti «illegali». A tali competenze si aggiunge quella in materia di pubblicità politica online: il Reg. (UE) 2024/900 rinvia infatti, per gli obblighi gravanti sui prestatori di servizi intermediari (artt. 7-17 e 21), al sistema di vigilanza delineato dal DSA (art. 22, par. 3), attribuendo all'AGCOM le relative funzioni, ferme restando la competenza del Garante *privacy* (europeo o nazionale) in materia di *targeting* (artt. 18 e 19) e quella della Commissione europea nei confronti di piattaforme e dei motori di ricerca di dimensioni molto grandi (VLOPs e VLOSEs).

II.3. L'impatto IA nei settori regolati dall'AGCOM

Il capitolo 3 offre una mappatura sistematica degli impatti dell'IA nei settori di competenza dell'AGCOM, quali: comunicazioni elettroniche; servizi digitali e *media* audiovisivi, servizi postali e tutela dei consumatori. Per ciascun ambito sono distinti gli impatti effettivi da quelli potenziali, ne è valutata la priorità in rapporto alla gravità del rischio e al grado di preparazione normativa e sono individuati gli strumenti di intervento disponibili, secondo una scansione *ex ante*, *in itinere* ed *ex post*, corrispondente a una regolazione continua fondata sulla prevenzione, sulla vigilanza e sulla correzione.



Tra i rischi più rilevanti figurano, nelle **comunicazioni elettroniche**: la discriminazione algoritmica del traffico, la collusione automatizzata dei prezzi e la perdita di controllo umano nella gestione delle reti; nei **servizi digitali**: la diffusione dei *deepfake*, l'incidenza degli algoritmi di raccomandazione sul pluralismo e le manipolazioni del processo elettorale; nei **servizi postali**: la sorveglianza commerciale, il monitoraggio delle merci e il *greenwashing* algoritmico; infine, nella **tutela dei consumatori**: l'opacità delle decisioni automatizzate, la sorveglianza biometrica e le tecniche di manipolazione cognitiva dei soggetti vulnerabili, secondo logiche di *addiction by design*.

La ricognizione è completata dal confronto con le esperienze di altri regolatori europei, tra cui Ofcom (Regno Unito), Arcom (Francia) e BNetzA (Germania), e dall'analisi del quadro normativo applicabile. In tale contesto assume rilievo l'art. 70 *AI Act*, che consente agli Stati membri di designare come autorità nazionali competenti anche autorità di settore: una scelta che potrebbe riconoscere all'AGCOM, nei mercati già sottoposti alla sua vigilanza, competenze parallele e coordinate rispetto a quelle già attribuite ad AgID e ACN.

II.4. Democrazia costituzionale e libertà dell'informazione al tempo dell'IA

Il **capitolo 4** esamina la libertà in una prospettiva costituzionale tridimensionale: libertà di conoscere, tutelata dagli artt. 21 e 33 cost.; libertà di informare, riconducibile all'art. 21 cost.; libertà di comunicare, garantita dall'art. 15 cost. Il riferimento dell'art. 21 cost. a «ogni altro mezzo di diffusione» conferma la capacità della Costituzione di adattarsi ai mutamenti tecnologici (cd. *future proof*). In questo quadro, le piattaforme digitali assumono la natura di «formazioni sociali» ex art. 2 cost., nelle quali si sviluppano relazioni decisive per la costruzione dell'identità personale. Esse rappresentano, tuttavia, al tempo stesso spazi di libertà e possibili fonti di compressione dei diritti: divenute ormai essenziali per l'ordinaria partecipazione alla vita sociale, espongono gli utenti ai rischi della profilazione, del filtraggio algoritmico delle informazioni e del passaggio dai «motori di ricerca» ai «motori di risposta», che restituiscono contenuti diretti relegando in secondo piano le fonti originarie. La libertà non può quindi essere intesa soltanto come assenza di interferenze del potere pubblico, ma richiede protezione anche rispetto alla selezione e alla manipolazione privata dei flussi informativi. Trasparenza, *accountability*, educazione digitale e consapevolezza degli utenti costituiscono pertanto condizioni essenziali per l'effettivo esercizio delle libertà costituzionali nell'ecosistema digitale.

II.5. (Segue). IA generativa, disinformazione e hate speech

Strettamente collegato al precedente, il **capitolo 5** esamina l'IA generativa non come semplice strumento, ma come «infrastruttura cognitiva» capace di ridefinire le condizioni di produzione e circolazione del discorso pubblico. I principali rischi riguardano la manipolazione informativa, attraverso *deepfake*, *voice cloning* e contenuti sintetici prodotti su larga scala; la degradazione discorsiva, mediante l'amplificazione automatizzata dell'*hate speech*; i meccanismi dell'economia dell'attenzione, fondati su *micro-targeting*, sistemi di raccomandazione e circuiti di retroazione algoritmica.

Per ciascun rischio sono individuati specifici strumenti regolatori, dai sistemi di *provenance* e *labeling* dei contenuti ai protocolli di risposta rapida, delineando per l'AGCOM un ruolo di coordinamento e garanzia quale «infrastruttura della fiducia» dell'ecosistema digitale.

II.6. Diritto d'autore e IA generativa

Il **capitolo 6** affronta il tema del diritto d'autore nell'era dell'IA, muovendo dalla premessa che la creatività giuridicamente rilevante resta quella umana. Ne consegue che la tutela può estendersi anche alle opere realizzate con l'ausilio dell'IA, purché espressione del lavoro intellettuale dell'autore, mentre resta esclusa per gli *output* interamente generati dalla macchina. In tale prospettiva si inserisce la modifica dell'art. 1 della l.d.a. ad opera della legge italiana sull'IA.

Il capitolo affronta inoltre l'utilizzo di opere protette per l'addestramento dei modelli. Mentre l'esperienza statunitense ricorre al principio del *fair use*, quella europea si fonda sulle eccezioni per il *text and data mining* previste dagli artt. 3 e 4 della direttiva (UE) 2019/790, recepite nell'ordinamento italiano dagli artt. 70-ter e 70-quater l. n. 633/1941. La loro applicazione resta tuttavia controversa: il [Landgericht München I, con sentenza dell'11 novembre 2025 \(42 O 14139/24\)](#), nel caso GEMA c. OpenAI, ha escluso l'applicazione dell'eccezione, distinguendo la mera estrazione dalla stabile memorizzazione delle opere nel modello e dalla loro successiva riproduzione negli *output*; di segno opposto è invece la [decisione del Landgericht Hamburg del 27 settembre 2024](#), relativa al progetto LAION, che ha ritenuto applicabile l'eccezione per il *text and data mining* in favore di un'organizzazione senza scopo di lucro operante nella ricerca scientifica. In questo quadro, il [Codice di buone pratiche per l'IA](#), il cui capitolo 2 è specificamente dedicato al *copyright*, è considerato uno strumento utile a bilanciare le esigenze di sviluppo dei modelli con la tutela dei titolari dei diritti.

II.7. L'IA e l'educazione dei giovani

Il **capitolo 7** affronta la dimensione educativa della sfida posta dall'IA, evidenziando il paradosso di una generazione «più connessa, ma meno consapevole». Tra i principali rischi per i minori sono richiamati l'abbandono educativo, la dipendenza tecnologica e la sostituzione delle relazioni umane con l'interazione costante con sistemi di IA, che, offrendo risposte sempre accondiscendenti e forme di accettazione incondizionata, ostacolano lo sviluppo dell'identità personale e della capacità critica. A ciò si aggiunge il rischio di una persuasione occulta, alimentata da *filter bubble*, *deepfake* e contenuti sintetici, che rende sempre più difficile distinguere il vero dal falso. Il capitolo individua nella **scuola** il principale presidio educativo, qualificato anche dall'*AI Act* come ambito ad alto rischio, e propone un percorso di alfabetizzazione fondato sull'**algoretica**, articolato nei livelli della conoscenza, del discernimento critico e della responsabilità partecipativa. In tale prospettiva, l'AGCOM è chiamato a contribuire alla definizione di standard di tutela dei minori e di educazione digitale nell'ecosistema informativo.

II.8. Il mosaico di regole nell'Ecosistema digitale

Il **capitolo 8** esamina il mutamento del rapporto tra **Diritto e Tecnica**. Muovendo dal mito prometeico narrato da Eschilo e dalla riflessione



aristotelica, la tecnica è ricostruita come un fattore di emancipazione per l'uomo solo finché resta subordinata ai fini definiti dalla politica e dal diritto. Nel lungo percorso che si snoda dalla Grecia antica fino agli odierni mercati digitali, questo equilibrio tende progressivamente a invertirsi: la tecnica erode la primazia della regola giuridica e, da strumento servente, si trasforma in una fonte normativa autonoma, dotata di forza effettiva ma priva di una corrispondente legittimazione democratica.

L'evoluzione è articolata in tre passaggi.

(i) Il completamento discrezionale delle norme antitrust aperte.

La disciplina della concorrenza ricorre a clausole elastiche e concetti indeterminati, destinati ad adattarsi al mutamento dei mercati; spetta quindi all'Antitrust precisarne il contenuto nel caso concreto, attraverso parametri economici e tecnici. L'Autorità non si limita così ad applicare una regola già definita, ma contribuisce a costruire il criterio del giudizio, esercitando una funzione ibrida tra *iuris dictio* e *iuris latio*, con una componente di indirizzo politico. Nei mercati digitali, tale attività impone inoltre di superare la rigida separazione tra concorrenza e protezione dei dati, poiché la lesione della *privacy* può costituire anche un indice di abuso del potere di mercato.

(ii) L'autoregolazione privata come fonte normativa

Codici di condotta, standard tecnici e regole predisposte dagli operatori digitali non restano confinati alla sfera privata, ma incidono in modo generale sui comportamenti e sui diritti degli utenti. La loro trasformazione in veri e propri «codici-fonti» è ammissibile soltanto in presenza di adeguate garanzie di rappresentatività, trasparenza, partecipazione, imparzialità, controllo pubblico e tutela dei diritti fondamentali. In assenza di tali condizioni, la coregolazione rischia di legittimare un potere normativo privato sottratto a effettivi contrappesi.

Da questa prospettiva emergono le criticità dei codici volontari previsti dal DSA, il cui contenuto resta in larga misura affidato agli stessi operatori regolati. Analoga cautela riguarda l'*AI Act*, che, pur orientato alla protezione della persona, fa ampio ricorso ad autodichiarazioni, valutazioni interne e procedure di conformità predisposte dai fornitori, non sempre compensate da controlli pubblici indipendenti.

(iii) Il rischio che i sistemi di IA divengano direttamente *source of law*.

Il rischio più radicale si manifesta quando il sistema di IA produce direttamente decisioni particolari e concrete. La statuizione algoritmica tende allora a sostituirsi alla norma generale e astratta, indebolendo la certezza del diritto, rendendo opachi i criteri decisionali e riproducendo discriminazioni incorporate nei dati e nei modelli. È in questo passaggio che *la rule of law* rischia di cedere alla *rule of tech*.

La soluzione proposta consiste nel ridefinire il **rapporto tra Diritto e Tecnica**, assegnando a ciascuno un ruolo distinto. Alla norma spetta ricondurre la pluralità degli interessi entro un quadro unitario di valori; alla tecnica, svilupparsi nel rispetto di tali coordinate. In questa prospettiva, il legislatore europeo dovrebbe «fare meno», ma «in modo diverso»: da un lato, eliminando regole superate, inutilmente invasive o discriminatorie nei confronti dei piccoli operatori; dall'altro, correggendo gli squilibri prodotti dal potere tecnologico attraverso rimedi effettivi nei confronti delle grandi

piattaforme e sostituendo i meccanismi di autodichiarazione con controlli pubblici realmente indipendenti. Solo a queste condizioni l'intreccio tra politica e tecnica può diventare un fattore di rafforzamento, anziché di erosione, dell'ordinamento democratico.

Osservazioni conclusive

Numerose sono le suggestioni che emergono dal Rapporto. Volendo trarne sinteticamente le fila, possono formularsi alcune considerazioni finali.

In primo luogo, emerge l'esigenza di un intervento tempestivo dell'AGCOM, senza attendere la piena stabilizzazione del quadro normativo europeo, destinato a rimanere in continua evoluzione anche alla luce del *Digital Omnibus Package*. Se, da un lato, il primo tassello di tale pacchetto – il cd. *Digital Omnibus on AI*, originariamente presentato con la proposta COM(2025)836 (sulla quale v., in questa Rubrica, la notizia n. 6 del [numero 4/2025](#) [2025/4(6)Est] e la n. 1 del [numero 1/2026](#) [2026/1(1)Est]), è stato adottato con il [Reg. \(UE\) 2026/1744](#) dell'8 luglio 2026 (v. *supra* contributo n. 2 in questo numero di questa Rubrica [2026/2(2)ES]) dall'altro, l'iniziativa COM(2025)837 relativa al cd. *Data Acquis* europeo (sulla quale v. il contributo n. 5 del [numero 4/2025](#) [2025/4(5)Est]) è tuttora all'esame del legislatore europeo. La persistente evoluzione del quadro regolatorio non può, tuttavia, tradursi in inerzia istituzionale, soprattutto in un settore caratterizzato da una rapidissima innovazione tecnologica.

In secondo luogo, il Rapporto evidenzia come l'IA non possa essere affrontata secondo una logica settoriale, ma richieda un paradigma regolatorio trasversale. I principi comuni – trasparenza, supervisione umana, non discriminazione e tutela dei soggetti vulnerabili – devono essere declinati attraverso strumenti differenziati in relazione ai diversi contesti applicativi, secondo un approccio inevitabilmente interdisciplinare, capace di integrare competenze giuridiche, economiche, tecnologiche e sociali.

In questa prospettiva si colloca anche il richiamo alla costruzione di un'infrastruttura tecnologica europea ([EuroStack](#)), quale presupposto della sovranità digitale dell'Unione. La competitività tecnologica non è presentata come un obiettivo alternativo alla tutela dei diritti fondamentali, ma come una condizione per preservare l'autonomia regolatoria europea rispetto ai grandi operatori globali. In tale contesto, l'AGCOM è chiamata a svolgere un ruolo di raccordo istituzionale, contribuendo a una *governance* della tecnologia fondata sulla legittimazione democratica e sull'*accountability* pubblica, attraverso l'imprescindibile coordinamento con le altre autorità nazionali ed europee.

FRANCESCA FERRETTI

[Rapporto IA 2026](#)

2026/2(19)CDS

Il (video)gioco è una cosa seria! Il documento di raccomandazioni e buone pratiche per la protezione dei dati personali nei videogiochi



emanato dalle autorità per la protezione dei dati personali spagnola e belga nel giugno 2026

| 784

Nel mese di giugno 2026, realizzando una mirabile espressione di cooperazione tra le autorità di controllo in vista di una coerente applicazione del reg. (UE) 2016/679 (il **Regolamento** o **GDPR**) in tutta l'Unione europea (cons. 10, 123 art. 50 GDPR) le autorità di controllo per la protezione dei dati spagnola e belga hanno licenziato le ***Recommendations and best practices for data protection in video games***” (le **Raccomandazioni** o il **Documento**). Si tratta di un corposo documento, degno di nota nella forma e nel contenuto, rivolto a professionisti e organizzazioni coinvolti nell'ecosistema dei videogiochi, teso a fornire indicazioni legali e a individuare misure organizzative e tecniche per la progettazione, lo sviluppo e la fornitura di videogiochi coerenti con i principi e i requisiti del GDPR.

Il Documento, esemplare anche nella sua struttura per i titolari del trattamento che devono attuare il principio di *accountability* e i correlati obblighi di *privacy by design* e *by default* (cfr. artt. 5(2), 24 e 25 GDPR, e Linee guida 4/2019 del Comitato europeo per la protezione dei dati (**EDPB**) sull'art. 25 GDPR, intitolate “Protezione dei dati fin dalla progettazione e per impostazione predefinita”) procede individuando e approfondendo i seguenti sette ambiti:

- **cosa sono e come possono classificarsi i videogame;**
- **i principali attori coinvolti nel processo industriale di creazione del prodotto;**
- **le fasi di tale processo;**
- **i dati personali raccolti e ulteriormente trattati in ciascuna fase,**
- **le finalità dei trattamenti e le categorie degli interessati;**
- **le principali minacce e i rischi ai quali i dati sono esposti nelle diverse fasi del ciclo di vita di un videogame;**
- **le raccomandazioni da rispettare e le buone prassi da applicare in ciascuna di queste fasi.**

Il Documento si conclude con cinque allegati contenenti una **checklist** indicativa e non esaustiva per la verifica dell'adozione delle principali misure tecniche e organizzative suggerite ai soggetti a vario titolo coinvolti nel ciclo di vita di un videogame.

Il Documento presenta quindi uno **schema logico estremamente utile** per un'efficace attuazione degli obblighi di protezione dei dati personali che i titolari potranno e dovrebbero mutuare non solo in tale settore ma, con le dovute modifiche, anche nei più disparati cotesti.

Con specifico riferimento al settore esaminato, un osservatore superficiale potrebbe individuare in alcune delle buone prassi indicate nel Documento (quali la creazione di “*GDPR role gate*”; la compilazione di inventari, *checklist*, mappe scritte del ciclo di vita dei dati o *data dictionary*, l'introduzione di etichette sulla *privacy*, la costituzione di centri o *hub* dedicati alla *privacy* etc.) l'imposizione di ulteriori adempimenti formali. Al contrario, quanto suggerito fornisce una dimostrazione plastica dell'attuazione del principio di *accountability*.

Salvo rare eccezioni, infatti, il GDPR non indica le misure in concreto richieste al titolare per attuare e dimostrare i principi di protezione dei dati personali, rimettendone la scelta al titolare.

Ebbene il Documento, che riconosce un'opportunità nella libertà di forme concessa dal GDPR, esemplifica, in maniera estremamente efficace, cosa si intende per atteggiamento proattivo, attraverso l'esemplificazione di una serie di misure specifiche che, presupponendo una profonda e imprescindibile conoscenza delle tecnologie impiegate, risultano non solo altamente adattate al contesto di riferimento ma che producono altresì l'effetto di semplificare lo svolgimento degli ulteriori adempimenti specificamente richiesti dal Regolamento.

Venendo al **PRIMO AMBITO DI APPROFONDIMENTO** (cosa sono e come possono classificarsi i videogame) il Documento sia apre riportando alcune informazioni sul mercato dei videogiochi. Si ricorda che **il gaming è un settore di mercato in continua espansione**, che, grazie anche all'interazione con l'intelligenza artificiale, produce ricavi annuali globali stimati intorno ai 200 miliardi di dollari. La maggior parte dei giochi è venduta in formato digitale, producendo un significativo slancio per lo sviluppo di piattaforme e servizi *online* e nuovi modelli di *business*.

Tutto ciò contribuisce ad accrescerne l'interesse e la centralità rispetto ai temi di protezione dei dati personali, tenuto conto anche degli specifici rischi correlati ai videogame, amplificati dal riguardare un **momento ricreativo** della vita degli individui, naturalmente meno propensi all'**attenzione**, dal coinvolgere per lo più soggetti vulnerabili, in quanto **minori**, e dal prevedere spesso **trattamenti opachi** che superano di gran lunga la legittima aspettativa degli interessati.

Il **videogioco** è definito, considerando sia i giochi tradizionali che quelli più evoluti, come **un'esperienza digitale** in cui uno o più giocatori interagiscono tra loro e con ambienti virtuali attraverso un sistema di regole, obiettivi e *feedback*, solitamente utilizzando dispositivi elettronici come *computer*, *console*, *smartphone* o piattaforme *cloud*, ma anche realtà virtuali o aumentate e sistemi di intelligenza artificiale.

In sintesi, gli elementi caratterizzanti un videogame sono: **l'interattività; la presenza di un'interfaccia digitale; regole e obiettivi; un sistema di feedback; l'intrattenimento.**

Il Documento crea una tassonomia dei videogame sulla base di diversi criteri:

- in base all'obiettivo: il gioco può essere **di intrattenimento puro, educativo/formativo o "serio"**;
- in base al livello di connettività: vi sono giochi ***on line* e *off line***; ù
- in base alla piattaforma tecnologica impiegata: vi sono giochi **su hardware dedicati**, giochi che si svolgono **in cloud/streaming, in realtà virtuali o nel metaverso**;
- in base al modello economico o alla strategia di monetizzazione impiegata: il gioco può richiedere un **acquisto una tantum**, il pagamento di un **canone ricorrente**, può essere **"Free-to-Play" (F2P)** - ossia consentire ai giocatori di accedervi gratuitamente - generando ricavi attraverso microtransazioni, pubblicità *in-game* o altri metodi di monetizzazione o infine **"Freemium"** - ossia basato su



una combinazione di contenuti gratuiti e *premium*, offrendo l'accesso gratuito al gioco ma prevedendo un costo per le funzionalità avanzate.

Per ciascuna categoria di gioco l'interessato è esposto a **diverse tipologie di rischi**, anche in relazione alla probabilità che essi si verifichino e alla gravità delle conseguenze che ne possono conseguire.

Venendo al **SECONDO AMBITO DI APPROFONDIMENTO** (i principali attori coinvolti nel processo industriale di creazione del prodotto) Il Documento individua:

- i fornitori di *hardware*;
- i creatori, *designer* e sviluppatori;
- i fornitori di tecnologie per lo sviluppo dei giochi;
- gli editori;
- i distributori.

Vieppiù viene messo in evidenza come sovente sia **la stessa comunità di giocatori** ad arricchire i videogiochi creando dei contenuti (*User-generated content*: UGC), rendendo così i videogame dei veri e propri **ecosistemi collaborativi** in cui i giocatori contribuiscono a plasmare l'esperienza.

Quanto al **TERZO AMBITO DI APPROFONDIMENTO** (le fasi del processo industriale di creazione del prodotto), aderendo a una delle più comuni concettualizzazioni del ciclo di vita dei videogiochi, il Documento individua tre principali macro fasi:

- **pre-produzione e produzione** (a sua volta divisa in ideazione, pre-produzione, produzione, collaudo e pre-lancio);
- **release** (rilascio al pubblico, in modo che i giocatori possano giocare);
- **post-produzione** che include attività di correzione dei *bug*, il rilascio di aggiornamenti graduali e di contenuti scaricabili, il *marketing*.

Il Documento si rivolge quindi al **QUARTO E AL QUINTO AMBITO DI APPROFONDIMENTO** ossia all'**individuazione delle categorie dei dati raccolti e ulteriormente trattati**, e alle **finalità dei relativi trattamenti**.

Il Documento sottolinea innanzitutto l'enorme quantità di dati personali che possono essere trattati nelle diverse attività che si sviluppano durante tutto il ciclo di vita dei videogame.

Vengono in evidenza: **dati identificativi diretti** (es. username, indirizzo di posta elettronica, identificativo dell'*account*); **dati pseudonimi**, comunque idonei ad identificare in maniera univoca l'interessato (es. ID dei dispositivi, *token* di sessione o lo UUID - *Universally Unique Identifier* - che identifica un singolo giocatore attraverso varie sessioni di gioco senza rivelarne dati identificativi diretti); **metadati**, ossia dati che forniscono informazioni su altri dati o eventi all'interno dell'ambiente di gioco (es *timestamp*, *ping* di geolocalizzazione) riferibili ad un determinato soggetto. Perfino i profili di gioco resi (apparentemente) "anonimi" possono consentire l'identificazione di singoli individui se analizzati tramite "*fingerprinting*" comportamentali.

I dati personali degli utenti vengono generalmente raccolti, in primo luogo, per **la creazione e gestione degli account** degli utenti e per i connessi processi di autenticazione. Più nello specifico, questa fase include la: creazione dell'*account*; fase cd di IAAA (*Identification, Authentication, Authorisation, and Accountability*); personalizzazione e customizzazione dei

contenuti; gestione delle interazioni con altri giocatori; assistenza clienti e risoluzione delle controversie; prevenzione delle frodi e sicurezza.

I dati personali dei giocatori vengono poi trattati per una particolare forma di monitoraggio, definita “**telemetria**”, che determina la registrazione nel tempo del comportamento dei giocatori e le metriche relative alle loro prestazioni (es. la durata e la frequenza delle interazioni nel gioco; il livello raggiunto, statistiche, tempo di assenza dal gioco, dati biometrici come movimenti oculari, dilatazioni delle pupille, informazioni tecniche come indirizzo ip etc.), generalmente trasferendo via *internet* i dati a *server* remoti e poi trattati per successive analisi.

La telemetria può essere realizzata, in particolare, utilizzando servizi di analisi integrati per il monitoraggio degli eventi, registrando *log* sia sul *browser* che sul *server*; attraverso API *Application Programming Interface* di telemetria remota e flussi UDP *User Datagram Protocol*.

I videogiochi sono quindi ambienti unici, veri e propri “**laboratori naturali**”, **in cui il comportamento dei giocatori può essere innescato intenzionalmente e poi monitorato a sua insaputa.**

Impiegando avanzate metodologie di analisi dei dati, basate anche sull'apprendimento automatico o sull'Intelligenza artificiale, i dati forniti direttamente e consapevolmente dagli interessati sono elaborati con i dati grezzi da essi prodotti inconsapevolmente nell'interazione con il gioco (telemetria) e raccolti a loro insaputa per **inferirne informazioni comportamentali**. Informazioni quindi che non sono in nessun modo, né implicito né esplicito, fornite dagli interessati ma desunte dal titolare sulla base di specifiche analisi.

Queste invasive (specie per la loro opacità) operazioni di trattamento, sono generalmente volte: al miglioramento del gioco, alla monetizzazione e al *marketing*, alla personalizzazione e customizzazione del prodotto, alla prevenzione di frodi e sicurezza.

Su questa base, e avvicinandosi così ai suoi obiettivi di indirizzo, il Documento passa al **SESTO AMBITO DI APPROFONDIMENTO (le principali minacce e i più probabili rischi ai quali i dati sono esposti nelle diverse fasi del ciclo di vita di un videogame).**

A tal proposito, nel Documento si procede osservando che gli editori e le piattaforme di videogame possono collegare diverse informazioni riferite al medesimo interessato, anche generate e fornite in contesti differenti, per crearne un **profilo estremamente raffinato (*linkability*)**.

Attraverso l'uso (ad esempio) di *cookies* o *web beacons* i giocatori possono essere tracciati nelle diverse sessioni di gioco **anche se non sono loggati**. Può contribuire al tracciamento il *nickname* del giocatore impiegato in differenti giochi e piattaforme così come alcune sue caratteristiche univoche.

Non sono solo i dati raccolti e generati nel contesto del gioco che contribuiscono alla profilazione dell'utente ma **anche dati esterni a tale ecosistema; si pensi, quindi, ai profili social con i quali sempre più spesso le piattaforme di gioco invitano gli utenti a collegarsi.**

Ebbene, tutto ciò offre alla piattaforma di gioco la possibilità unica di creare, ad insaputa dell'utente e attraverso sofisticati strumenti di analisi dei dati, dei **profili molto specifici e dettagliati dei giocatori, esponendoli a rischi di**

sfruttamento, manipolazione e discriminazioni tanto all'interno quanto all'esterno del contesto ludico dove questi profili sono generati.

Nell'ambito dell'ecosistema del gioco risulta quindi quasi impossibile per l'utente evitare il rischio di identificazione. Non solo l'utente fornisce spesso personalmente dati identificativi diretti per la creazione di un *account* ma la sua identità (se non il suo profilo) è, come visto, spesso rapidamente **desumibile dall'incrocio con altre informazioni** anche esterne alla piattaforma o dall'elaborazione di informazioni inferite.

Il rischio di identificazione evolve e si concretizza in un episodio di cd **“doxing”** quando vengono pubblicamente divulgate informazioni private relative a una persona che intendeva mantenerle riservate.

In un contesto nel quale hanno (inaspettatamente) luogo operazioni di trattamento anche molto invasive per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati, il rischio, più che concreto, di inesattezza dei dati può accrescere la pericolosità dei trattamenti (*inaccuracy*).

L'interazione di un giocatore con un videogame può essere discontinua o “frettolosa” per cui è verosimile che le informazioni ad esso riferite siano inesatte o diventino presto obsolete; così come è verosimile che ne vengano inferite di sbagliate. Tutto ciò si riverbera sull'utente oltre che sulla qualità della sua esperienza di gioco.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ai rischi collegati alla verifica dell'età che se condotta in maniera inaccurata può, non solo, escludere soggetti adulti dal prendere parte a giochi a loro rivolti ma soprattutto consentire indebitamente l'accesso di minori a contenuti vietati; o ancora ai dati di telemetria volti a personalizzare i contenuti da presentare agli utenti che in caso di inesattezze possono vedersi offerte esperienze di gioco del tutto incoerenti con le loro preferenze.

L'ecosistema del videogame diventa un'enorme banca dati composta dalla registrazione e conservazione costante e progressiva di dati e comportamenti dell'utente e quindi una solida catena di prove delle azioni compiute che questi non può contestare (*non-repudiation*).

I meccanismi di non ripudio determinano l'impossibilità di negare in modo plausibile qualsiasi azione o comportamento anche involontario. Ciò, specie nel caso di correlata violazione del principio di esattezza dei dati, può comportare gravi conseguenze sociali, legali e di stigmatizzazione sia all'interno che all'esterno dell'ambiente di gioco.

Come tutti i *data base* anche quelli dei videogame sono inoltre esposti a concreti rischi di *data breach*, verosimilmente destinati a produrre un impatto elevato sui diritti e le libertà fondamentali degli interessati.

Le piattaforme di gioco espongono gli interessati al rischio di trattamenti ingannevoli (*deception*) principalmente per fini economici.

Strumenti come **“dark patterns”**, **modelli di design ingannevoli e tecniche manipolative** vengono impiegati per influenzare il comportamento dei giocatori fino a indurli ad adottare decisioni che diversamente non avrebbero preso, ivi incluse quelle di condividere informazioni particolarmente delicate. L'efficacia di queste tecniche fa spesso leva sulla vulnerabilità psicologica o sui *bias* cognitivi degli utenti che, in vario modo sedotti (attraverso, ad

esempio, l'offerta di ricompense), possono variare le proprie emozioni, sottoscrivere abbonamenti o a "cliccare" su annunci pubblicitari.

Attraverso le pratiche manipolative, generalmente, l'utente è inconsapevolmente spinto a compiere attività che possono produrre effetti negativi. Ne costituiscono un sottoinsieme i modelli volti a creare dipendenza **(come il gioco su appuntamento o il "grinding") che inducono l'utente a trascorrere molto più tempo sulle piattaforme digitali di quanto sia salutare o fisiologico** che facciano, aumentando conseguentemente le occasioni per la piattaforma di raccogliere dati personali, in una spirale del tutto viziosa e negativa per l'inconsapevole giocatore.

È evidente quindi come i giocatori possano essere facilmente indotti a condividere e fornire a loro insaputa molte più informazioni di quelle effettivamente necessarie allo scopo (*data disclosure*).

È invero fondamentale **distinguere tra i dati forniti consapevolmente dagli utenti e quelli inferiti o raccolti implicitamente (tramite telemetria o analisi comportamentale)**. Mentre infatti sui primi gli interessati possono esercitare un controllo attivo, sui secondi (che per altro sono spesso idonei a rivelare informazioni altamente sensibili) sono naturalmente privi di poteri di intervento, a totale detrimento della loro autodeterminazione informativa.

Al riguardo, è **segnalato il crescente uso delle neurotecnologie nel contesto del gaming** (cd *neurogaming*) ed in particolare delle BCI (*Brain-Computer Interfaces*) tanto "attive" - che consentono ai giocatori di addestrare il sistema ad associare una specifica azione immaginata o strategia mentale a un comando di gioco ben definito - quanto "passive" (sistemi neuroadattivi) - che monitorano continuamente gli stati cognitivi o emotivi (come il coinvolgimento, lo *stress* o la fatica) del giocatore per adattare la difficoltà, il ritmo o il contenuto del gioco alle sue (dedotte) esigenze.

Si tratta quindi di forme di gioco che per loro stessa natura comportano la raccolta e il trattamento di (neuro)dati degli utenti.

Ma sono ancora molte altre le informazioni che un giocatore si trova più o meno consapevolmente a condividere nel *gaming* (dati desunti da altre *app* presenti sul dispositivo, dati di geolocalizzazione, persino dati di terzi) che i titolari sovente trasferiscono a soggetti terzi stabiliti in ogni parte del mondo. Alla limitazione, se non assenza, di ogni forma di consapevolezza e possibilità di controllo e intervento da parte degli interessati sui loro dati trattati dalle piattaforme di gioco e all'opacità dei sistemi di raccolta, si somma generalmente l'inadeguatezza delle informative sul trattamento dei dati personali (*unawareness and uninterventionability*).

A dispetto di quanto richiesto dalla normativa vigente tali documenti sono spesso prolissi, redatti con un linguaggio complesso o impiegano formule vaghe che non consentono agli interessati di comprendere gli aspetti essenziali del trattamento, come la relativa base giuridica o le modalità di esercizio dei diritti.

La natura di soggetti vulnerabili, l'elevato livello di coinvolgimento, l'alfabetizzazione digitale limitata e l'attenzione del settore alla raccolta e alla monetizzazione dei loro dati rende i soggetti minori di età la categoria di interessati maggiormente esposta ai rischi sopra richiamati e per questo



meritevoli di maggior tutela (*threats to children and other vulnerable players*).

In carenza di adeguate cautele, i rischi di *privacy* che si possono verificare nel contesto del *gaming* possono determinare conseguenze molto gravi per i giovani interessati, come furto d'identità, perdita di reputazione e discriminazione, sia attuale che futura, bullismo e persino stigmatizzazione e abusi.

L'ascesa dei modelli *free-to-play* (F2P) e delle microtransazioni espone i minori a pressioni di *marketing* che potrebbero non essere in grado di gestire. Un *design* ingannevole può sfruttare tali vulnerabilità, ad esempio creando l'impressione che i giocatori che non effettuano determinati acquisti all'interno del gioco rimangano esclusi da contenuti esclusivi o vantaggi o incoraggiando acquisti impulsivi, fino a contribuire alla dipendenza dal gioco d'azzardo.

Sulla base dei risultati di questo imponente lavoro di ricognizione, il Documento assolve dunque alla sua funzione, dedicandosi al **SETTIMO E ULTIMO AMBITO DI APPROFONDIMENTO** per fornire **specifiche raccomandazioni e indicando talune buone prassi** impiegabili da titolari e responsabili del trattamento dei dati personali nell'ecosistema dei videogame in ciascuna delle fasi rilevanti e per ciascuna tipologia di videogiochi, di dati personali e di trattamenti come delineati nel medesimo Documento.

Le Raccomandazioni fanno salvo, naturalmente il principio di *accountability* e gli obblighi di *privacy by design* e *by default* statuiti dal GDPR, ai sensi dei quali, il titolare è chiamato ad individuare le misure tecniche e organizzative più adeguate al contesto di riferimento.

Le Raccomandazioni partono **dalla fase di pre-produzione e produzione**, in quanto è solo affrontando sin dalla progettazione tutte le implicazioni di protezione dei dati personali che una determinata attività, nel caso di specie la creazione di un videogame, può determinare che si assicura l'effettivo rispetto della normativa applicabile.

I soggetti coinvolti nella fase in esame sono, in primo luogo, chiamati a definire i propri ruoli di protezione dei dati quali titolari o responsabili, avendo a mente le responsabilità che ne conseguono.

Per ogni specifica attività di trattamento (*rectius* finalità perseguita) le Raccomandazioni chiedono che venga (pre)definito il ruolo assunto, considerando che la realtà fattuale ben può cumulare in capo allo stesso soggetto pluralità di ruoli, funzioni e responsabilità.

Il Documento assume quindi le sembianze di **un vero e proprio manuale** nella misura in cui suggerisce che, **prima della creazione** di un nuovo gioco, ogni soggetto coinvolto (fornitori di *hardware*; creatori, *designer* e sviluppatori; fornitori di tecnologie per lo sviluppo dei giochi; editori; distributori) passi per un “**GDPR role gate**”. Nello specifico, per tutti i trattamenti di dati personali necessari allo scopo, preventivamente censiti, ciascun soggetto è chiamato a rispondere ad una serie di domande che lo aiuteranno a meglio comprendere il proprio ruolo. Infine, è richiamata l'attenzione sull'importanza che gli (eventuali) accordi di contitolarità (ex art. 26 GDPR) e gli atti di nomina dei responsabili del trattamento (ex art. 28 del Regolamento) siano, se del caso, correttamente adottati e sottoscritti.

Prima del rilascio del videogame, il titolare dovrebbe **predisporre un inventario** che ricomprenda **tutte le categorie di dati trattati** durante l'intero ciclo di vita del gioco, distinguendo i dati comuni da quelli inerenti alle particolari categorie, il cui trattamento non dovrebbe di regola essere ammesso.

Il successivo passaggio richiede la puntuale e circoscritta **definizione degli scopi** che si intende perseguire con i predetti dati e una verifica, non solo della relativa liceità, ma anche dell'effettiva necessità e della proporzionalità del tempo di conservazione.

L'effettiva applicazione dei principi di limitazione delle finalità e della conservazione e di minimizzazione dei dati è invocata, in particolare, in relazione ai trattamenti di telemetria o inferenza, ammissibili, ad esempio, solo in relazione a finalità specifiche, quali la "necessità tecnica".

Il titolare del trattamento dovrebbe assicurare che l'*hardware*, i sistemi operativi, le tecnologie di sviluppo e le relative funzionalità siano progettati così da garantire per impostazione predefinita i principi di minimizzazione e di limitazione della conservazione dei dati.

In omaggio al principio di *accountability*, le decisioni assunte andrebbero **registrate in apposite checklist o data dictionary**, anche al fine di facilitare il compimento degli ulteriori adempimenti richiesti dal GDPR (es. informativa agli interessati, registro dei trattamenti, valutazione di impatto).

Da ultimo, quindi, va individuata la **base giuridica** idonea a supportare la raccolta e i successivi trattamenti necessari agli scopi che si intendono perseguire.

Tenendo a mente che tra le condizioni di liceità del trattamento di cui all'art. 6 del GDPR non esiste alcuna relazione gerarchica, il titolare dovrà farsi guidare dal principio di necessità per la scelta di quella in concreto più idonea, fermo restando che i dati personali raccolti per una finalità non possono essere ulteriormente utilizzati in modo incompatibile, se non in presenza di una distinta base giuridica.

Il documento suggerisce come ulteriore misura per assicurare effettiva applicazione al principio di *accountability* una **"mappa scritta del ciclo di vita dei dati"**, che illustri come ciascuna categoria di dati entri nell'ecosistema del videogame, venga trattata, conservata, trasferita, archiviata e cancellata, offrendo altresì l'indicazione di ulteriori e specifiche misure tecniche e organizzative che andrebbero, in determinati casi, implementate per impostazione predefinita.

La mappatura del dato all'interno dell'ecosistema del videogioco si dimostra particolarmente utile in quanto è più che verosimile che i dati dei giocatori vengano anche trasferiti a soggetti terzi stabiliti fuori dal territorio dell'Unione, nonché per evitare che, anche per l'effetto dell'impiego di *Software Development Kit* (per arginare i rischi dei quali il documento indica specifiche misure), si crei un fenomeno di scatole cinesi (o "effetto matrioska"), che porti alla perdita del controllo delle informazioni trattate.

Se è vero che la normativa in materia di protezione dei dati personali prevede specifici obblighi di *privacy by design* e *by default*, sono quindi onerati al loro rispetto anche i creatori, designer e sviluppatori dei videogame, per i quali essi rappresentano un vero e proprio **"vincolo creativo"**, un parametro

fondamentale della progettazione, che definisce quali meccaniche siano ammissibili senza un trattamento sproporzionato dei dati personali dei giocatori. Anche in questo caso il documento fornisce numerose indicazioni esemplificative.

Creatori, *designer* e sviluppatori per migliorare l'esperienza immersiva del videogame, vi integrano sempre più spesso NPC *Non-Player Character* (*Personaggio Non Giocante*), basati sull'intelligenza artificiale. Attraverso gli NPC è possibile elaborare i dati dei giocatori (es. messaggi di *chat*, comandi vocali, scelte di gioco e modelli comportamentali) per generare, ad esempio, risposte o adattare le narrazioni. A tal fine, non solo, sono richieste una specifica base giuridica, un'informativa agli interessati e il rispetto di tutti gli altri principi sanciti dal GDPR, ma per un principio di equità, devono altresì essere evitati esiti discriminatori da parte dei modelli di IA.

Inoltre, fermo restando che l'eventuale addestramento degli NPC basati sull'IA con dati relativi alle interazioni dei giocatori (*log* delle *chat*, scelte, modelli vocali, ecc.) comporta un nuovo e distinto scopo di trattamento (con tutte le conseguenze in termini di verifica della relativa liceità e degli ulteriori adempimenti connessi), il documento suggerisce come tale finalità ben potrebbe essere perseguita attraverso l'uso di **dati sintetici** o comunque impiegando svariati accorgimenti per minimizzare l'uso di quelli identificativi dei giocatori.

Attengono alla fase *design* anche le misure volte ad evitare che le interfacce di gioco e gli accordi contrattuali consentano o nascondano modelli ingannevoli o che creino dipendenza.

Così, ad esempio, i titolari del trattamento devono progettare le interfacce assicurando che l'accettazione e revoca di determinate scelte possano essere espresse con lo stesso livello di facilità, **evitando caselle preselezionate, tecniche di “confirmshaming” o opzioni di rinuncia mascherate.**

Deve essere limitata la conservazione dei dati (di gioco) dell'utente (ad esempio, le ultime 3 sessioni) per impedire la creazione di *dossier* che possano consentire deduzioni relative a punti deboli o vulnerabilità (ad esempio, segnali di dipendenza, *stress* finanziario) idonei a rivelare aspetti molti intimi degli interessati.

Particolare attenzione è rivolta ai cd “*loot box*”, “**pacchetti misteriosi**”, spesso collocati all'interno dei videogiochi di cui l'interessato non conosce il contenuto ma solo la tipologia (comuni, rari, epici, etc.) e che possono essere ottenuti giocando o tramite acquisto diretto. Essi **si fondano sul principio del rinforzo a frequenza variabile, lo stesso che sta alla base delle slot machine**: i premi sono imprevedibili, il che stimola fortemente il sistema di ricompensa del cervello e spinge i giocatori a continuare a provare “**ancora una volta**” sviluppando tratti di impulsività, bisogno di novità o tendenze al gioco d'azzardo.

Secondo il Documento (p. 51), nei casi in cui non sia addirittura equiparabile al gioco d'azzardo, **i titolari dovrebbero quanto meno vietare tale prassi ai minori e renderla facoltativa per il resto dei giocatori.**

Anche gli “**elementi cosmetici**”, pur non influenzando direttamente il *gameplay*, come la creazione e personalizzazione dell'immagine e dei profili degli *avatar*, può incidere sulla dipendenza dal gioco. La scelta di elementi

come la *skin* e gli abiti di tali personaggi può, infatti, contribuire all'identificazione del giocatore con il personaggio stesso, che ne riconosce un'espressione (virtuale) di sé.

Sono diverse le pulsioni e le motivazioni che spingono ogni singolo giocatore a “investire” sul proprio *avatar* (sperimentazione, espressione di sé, prestigio sociale) ma facendo leva su ciascuna di queste le piattaforme possono indurre il giocatore ad azioni o transazioni, ripetute e compulsive.

Il documento raccomanda, quindi, il preventivo svolgimento di un *UX test* (*usability test*) per individuare e quindi evitare modelli ingannevoli, atti a creare dipendenze.

Per tutto quanto sopra, i trattamenti di dati personali svolti nell'ecosistema dei videogame sono considerati come “ad alto rischio” e quindi meritevoli di una preventiva **valutazione di impatto** ai sensi dell'art. 35 del Regolamento. I **minori** sono i principali utenti delle piattaforme di gioco, questo onera i titolari del trattamento ad un atteggiamento particolarmente corretto che tenga concretamente conto della vulnerabilità e dell'assenza di strumenti di difesa solidi rispetto alle minacce sopra descritte nonché delle loro specifiche abilità cognitive nella comprensione dei documenti informativi che devono quindi essere appositamente adattati. Alcune delle funzionalità tipiche dei videogiochi (tra cui i canali di comunicazione pubblici, gli algoritmi di suggerimento degli amici, le interazioni basate sulla posizione, le realtà aumentate (AR) basate sulla fotocamera, gli *avatar* e le microtransazioni non trasparenti come i *loot box*) risultano particolarmente rischiose per i minori. Tutto ciò implica, ad esempio, che anche i videogame espressamente pensati per un'utenza adulta siano rispettosi dei diritti dei minori, attraverso strumenti di *parental control* o verifica dell'età, e che, quando spetta agli esercenti la potestà genitoriale esprimere il consenso per i minori ex artt. 8 GDPR e 2-*quiquies* d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (**Codice in materia di protezione dei dati personali** o **Codice**), siano implementate misure atte a garantire l'effettiva applicazione di tale previsione nel rispetto altresì del principio di minimizzazione.

I creatori, i progettisti e gli sviluppatori devono quindi preventivamente valutare la compatibilità di un gioco con il cd *best interest of the child* e se del caso prevedere delle misure che, per impostazione predefinita, ne riducano l'impatto sui diritti dei minori, rafforzando al contempo la sicurezza, la *privacy* e la conformità al GDPR.

Uno dei trattamenti maggiormente rischiosi per i minori è rappresentato dalla profilazione comportamentale (e dalla pubblicità) finalizzata alla monetizzazione. In questo senso, tutti gli attori del settore dovrebbero adottare un approccio “*safe-by-default*” (sicuro per impostazione predefinita), ad esempio disabilitandola esplicitamente per gli utenti generici che non dimostrino di aver superato una soglia di età richiesta.

La **fase di lancio** del gioco segna il momento in cui esso da mero progetto diventa realtà operativa e quindi i principi di protezione dai dati devono materialmente ora concretizzarsi nelle interfacce, nelle impostazioni, negli *user journeys*, nei flussi di monetizzazione e nei sistemi di *backend*.



Il documento ribadisce l'importanza di determinare i ruoli di protezione dei dati già definiti nella fase di pre-produzione e produzione, suggerendo nuovamente delle “domande guida” per i soggetti coinvolti.

All'avvio di un nuovo videogame, gli interessati devono essere chiaramente informati dei trattamenti di dati personali che questo comporta (*embedding transparency in the player experience*).

Il GDPR richiede ai titolari che le informative siano concise, trasparenti, intelligibili, facilmente accessibili e rese con un linguaggio semplice e chiaro ma non ne impone una forma precisa. In questa libertà il documento riconosce una grande opportunità per i titolari che possono adattare le modalità di adempimento più adeguate al peculiare contesto di riferimento. I giochi offrono un enorme margine creativo per integrare la trasparenza, anziché relegarla a un testo legale statico e nascosto in una sezione remota del sito.

In particolare, è fortemente raccomandato l'inserimento graduale dei concetti relativi alla *privacy* nel processo di *onboarding*; così facendo l'interessato, piuttosto che venire sopraffatto da informazioni che sarebbe portato a tralasciare per loro lungaggine, viene progressivamente edotto delle implicazioni di *privacy* del gioco nel pieno rispetto del principio di trasparenza.

In concreto ciò potrebbe essere realizzato attraverso la presentazione progressiva e continua di “etichette sulla privacy”, ferma restando la possibilità per i giocatori interessati di richiedere o accedere alle informazioni più dettagliate che potrebbero essere rese auspicabilmente reperibili presso “Centri o *Hub* dedicati alla privacy” appositamente creati.

Massima trasparenza è raccomandata infine sia rispetto alla telemetria, attraverso la creazione di appositi cataloghi, che alle *loot box*, oggetto di sempre maggiore attenzione da parte delle autorità di regolamentazione europee.

Al momento del lancio, e per l'instaurazione di un clima di fiducia, i titolari del trattamento devono attuare meccanismi di consenso solidi, che soddisfino i requisiti per un consenso valido ai sensi degli articoli 4, paragrafo 11, e 7 del GDPR (*obtaining valid consent*).

È raccomandata quindi la visualizzazione di *banner* dettagliati e separati prima dell'inizio del gioco, con chiare indicazioni in ordine alla raccolta di dati telemetrici, alla profilazione, alla condivisione con terze parti e alle diverse finalità perseguite (es. funzionalità *social*, monetizzazione). I titolari del trattamento dovrebbero utilizzare il "*meccanismo clickwrap*" per la raccolta del consenso e le opzioni di scelta fornite all'interessato devono essere chiare ed equilibrate, con pulsanti di attivazione/disattivazione separati per ciascuna categoria.

Tutti gli attori che partecipano all'ecosistema dovrebbero creare uno schema o un dizionario degli *account* ed eseguire *script* di verifica per garantirne l'aggiornamento e verificare periodicamente che non vengano raccolti o conservati dati eccedenti, disponendo la cancellazione automatica degli *account* inattivi dopo un periodo prestabilito.

Come detto non è solo nella fase di creazione dell'*account* che vengono raccolti i dati personali dei giocatori, durante l'esperienza di gioco infatti i dati sono continuamente generati dall'utente, raccolti e ulteriormente trattati

dalla piattaforma. Ciò è ammesso a condizione che ogni flusso sia funzionale al perseguimento di una specifica e predefinita finalità e supportato da un'idonea condizione di liceità. A tal fine, i titolari del trattamento dovrebbero fissare uno schema di telemetria e inferenza di produzione ammesse, una *whitelist*, rifiutando quindi aggiornamenti o *hotfix* che aggiungano eventi o attributi non documentati o arbitrari (***ensuring purpose limitation and data minimisation during gameplay***).

È indispensabile che i titolari del trattamento facciano una chiara distinzione tra i trattamenti di dati personali necessari per consentire l'esperienza di gioco e quelli necessari solo alla monetizzazione, che generalmente richiedono il preventivo consenso degli interessati.

Eventuali offerte mirate o prezzi personalizzati basati sul comportamento degli utenti o su dati di telemetria (il cui impiego deve comunque essere ridotto al minimo) devono essere rappresentati chiaramente, evitando meccanismi che sfruttino *bias* cognitivi o altre vulnerabilità, integrando trattamenti opachi di profilazione manipolativa o, in generale altre, pratiche sleali.

Al contrario, le piattaforme di gioco dovrebbero promuovere il benessere dei giocatori, inserendo punti di controllo, salvataggi automatici e pause naturali (*timer* di sessione, messaggi che suggeriscono di fare una pausa) per limitare un coinvolgimento eccessivo (***aligning monetisation mechanics with GDPR principles***).

La peculiarità dell'ecosistema dei videogame si apprezza anche rispetto alle modalità con le quali gli interessati dovrebbero poter esercitare facilmente i propri diritti di protezione dei dati. L'esercizio dei diritti in generale avviene tramite moduli *web* o richieste via e-mail, queste modalità potrebbero risultare inefficaci nel (video)gaming dove essi dovrebbero, più efficacemente, essere considerati come elemento dell'esperienza di gioco, a prescindere dalla piattaforma o dal dispositivo utilizzato (***facilitating the exercise of data subject rights through player-centric interfaces***).

La quantità ed eterogeneità di dati raccolti e generati nel contesto dei videogame potrebbe complicare la corretta gestione delle istanze di accesso ai dati. A fronte di una richiesta di accesso, i titolari non dovrebbero inondare gli interessati di enormi e incomprensibili quantità di dati grezzi, fornendo invece (o anche consentendo il *download* dagli *account*) dati strutturati accompagnati se del caso da note esplicative e/o riassuntive. Ciò al fine di consentire ai giocatori di comprendere cosa stia realmente accadendo ai propri dati personali e in che modo ciò possa influenzare la loro esperienza di gioco (***the right of access***, art. 15 GDPR).

Ai rischi, sopra richiamati, che possono derivare dall'inaccuratezza dei dati, segue l'importanza di garantire ai giocatori effettiva applicazione al diritto di rettifica degli stessi. I titolari del trattamento devono progettare sistemi in grado di rispondere alle richieste di rettifica che non compromettano l'integrità del *gameplay* né aprano la strada ad abusi. È quindi necessario fornire ai giocatori indicazioni chiare su quali dati possano o non possano essere rettificati e perché (***the right to rectification***, art. 16 GDPR).

Nei giochi, l'effettiva applicazione del diritto di cancellazione spesso si complica per i complessi insiemi di dati relativi alla progressione, ai grafici

sociali, agli acquisti e agli inventari raccolti durante l'esperienza di gioco; i titolari del trattamento devono, in ogni caso, implementare misure adeguate a soddisfare le richieste degli interessati, nonché notificarle a eventuali terzi destinatari dei dati. I giocatori dovrebbero essere informati, in un linguaggio semplice, su ciò che accade all'esito della cancellazione dei dati: se i loro progressi andranno persi definitivamente, se le loro comunicazioni saranno rimosse o rese anonime, se la cronologia degli acquisti dovrà essere conservata temporaneamente per motivi legali e se alcuni elementi (ad esempio, transazioni irreversibili all'interno del gioco) non potranno essere annullati.

La **cancellazione** dovrebbe, in linea di principio, essere semplice quanto la creazione dell'*account* stesso. Per i minori e, ove necessario, i tutori, deve essere disponibile la possibilità di avviare la cancellazione tramite una *dashboard* genitoriale, in linea con il requisito dell'articolo 8 del GDPR, secondo cui il consenso e di conseguenza anche la sua revoca, ove il minore abbia un'età inferiore ai sedici anni (quattordici per il contesto italiano secondo quanto disposto dall'articolo 2-*quinqüies* del Codice), deve essere prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale (*the right to erasure*, art. 17 GDPR).

Anche il **diritto alla limitazione del trattamento** (art. 18 GDPR) può svolgere un ruolo cruciale nei sistemi interattivi come i videogiochi a tutela della posizione dei giocatori allorché, ad esempio, venga contestata l'accuratezza dei dati o la liceità dei trattamenti. Attraverso il diritto di limitazione l'interessato può ottenere la sospensione di processi di analisi dei dati non essenziali o di profilazione comportamentale per la durata di un eventuale contenzioso, scaturito ad esempio in ragione della classificazione operata da modelli *anti-cheat* o di rilevamento della tossicità.

Per l'effettiva applicazione di tale diritto, i titolari del trattamento devono progettare meccanismi interni per contrassegnare e isolare i dati soggetti a limitazione, al fine di impedirne un utilizzo involontario nelle operazioni in corso (*the right to restrict access*, art. 18 GDPR).

Nella pratica la richiesta di **“migrazione” – portabilità - di dati tra ecosistemi di gioco** è piuttosto rara, cionondimeno anche tale diritto deve essere garantito agli interessati anche perché può comunque svolgere funzioni importanti favorendo l'apertura e la trasparenza dei videogiochi, fermi restando i diritti di proprietà intellettuale o i termini di licenza. Ad esempio, i giocatori potrebbero voler esportare i propri registri di progressione, i dati storici delle partite, gli inventari degli oggetti cosmetici o i grafici per utilizzarli altrove (es. applicazioni complementari).

I gestori dovrebbero quindi fornire formati di esportazione di dati ben strutturati, con metadati descrittivi e documentazione che spieghino come i *file* possano essere interpretati, e semplici strumenti di portabilità quali pulsanti «esporta i miei dati» con anteprime nei formati più comuni (*the right to data portability*, art. 20 GDPR).

È fondamentale garantire effettiva applicazione al diritto di opposizione nell'ecosistema dei videogame, in particolare in relazione alle funzionalità facoltative quali offerte personalizzate, iniziative mirate di fidelizzazione, sistemi di raccomandazione e profilazione.

Tramite interfacce chiare ed intuitive, integrate fin dalla progettazione nelle meccaniche di gioco l'interessato dovrebbe poter rinunciare a tali trattamenti a meno che la relativa prosecuzione non sia giustificata da una chiara eccezione. Gli editori e le piattaforme di distribuzione dovrebbero implementare un "registro centrale delle opposizioni" che blocchi la telemetria o le inferenze comportamentali su tutti i giochi offerti, in caso di reinstallazione.

Si raccomanda, inoltre, ai gestori di non considerare le richieste di opposizione come mere preferenze, sottolineandone il valore giuridicamente vincolante e di progettare le interfacce evitando di dissuadere i giocatori dall'opposizione (*the right to object*, art. 21 GDPR).

Nell'ecosistema dei videogame vengono assunte molte "decisioni automatizzate" che incidono sui giocatori, si pensi al blocco delle frodi, alle sanzioni *anti-cheat*, ai livelli di *matchmaking*, rispetto alle quali non solo deve essere garantita la massima trasparenza - con riferimento, in particolare, alle logiche applicate e ai criteri decisionali -, ma devono anche essere resi disponibili canali di revisione umana entro un ragionevole lasso di tempo, es. 24/48 ore (*automated individual decision-making, including profiling, in live environments*, art. 22 GDPR).

Il Documento individua, infine, raccomandazioni e buone prassi nella **fase di post- produzione** dei videogame, quando le implicazioni di protezione dei dati personali non sono più da progettare ma da gestire in modo concreto.

Una volta che il gioco è *online* infatti ogni aggiornamento, revisione del sistema, tentativo di monetizzazione etc. comporta specifiche implicazioni in materia di protezione dei dati, richiedendo, in particolare, una costante rivalutazione dei rischi del trattamento anche in base all'evoluzione della tecnologia impiegata.

La natura dinamica dei videogiochi implica in questa fase una particolare responsabilità dei soggetti coinvolti che si articola su tre direttrici: i. aggiornamenti continui ed evoluzione delle funzionalità; ii. *governance* e sicurezza dei dati costanti; iii. rispetto di standard legali ed etici nella fase conclusiva del ciclo di vita del gioco.

Nuovamente il Documento riporta quindi le domande operative alle quali ciascun soggetto coinvolto in questa fase nel ciclo di vita del videogame dovrebbe rispondere per individuare il proprio ruolo di protezione dei dati.

La natura dinamica del gioco può aumentare il rischio di "*purpose creep*", ossia di trattamenti dei dati per scopi differenti e incompatibili con quello della raccolta. Anche piccoli cambiamenti nel modo in cui viene interpretata la telemetria o nelle persone legittimate all'accesso ai dati, possono alterare nel tempo la natura e la portata del trattamento, in violazione del principio di limitazione della finalità di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera b) del GDPR.

Questo fenomeno è particolarmente comune nel videogame per la grande quantità di dati prodotti in questo ecosistema e per gli interessi commerciali ivi perseguiti; i titolari del trattamento dovrebbero, pertanto, condurre revisioni strutturate e periodiche di ciascuna attività di trattamento svolta per verificarne la pertinenza rispetto alla finalità originaria, interrompendo il

trattamento ovvero individuando specifiche condizioni di liceità per trattamenti volti al perseguimento di scopi nuovi e differenti.

In tale quadro, sono suggerite, come buona prassi, **campagne di rinnovo del consenso**, attesi anche i frequenti cambiamenti delle condizioni del consenso stesso o l'evoluzione delle legittime aspettative degli interessati in un ambiente mutevole.

La copiosa produzione di dati che ha luogo nell'ecosistema dei videogame richiede altresì una scrupolosa e periodica verifica della corretta applicazione dei principi di minimizzazione e limitazione della conservazione.

L'individuazione di dati adeguati, pertinenti e limitati allo scopo della raccolta così come del periodo di conservazione necessario e sufficiente al suo perseguimento deve essere considerata come un processo dinamico e progressivo piuttosto che un adempimento *una tantum*. Ciò anche al fine di intervenire attraverso la cancellazione o anonimizzazione delle informazioni che dovessero risultare obsolete e non più necessarie.

Una corretta gestione del ciclo di vita del dato all'interno dei videogame passa, da un punto di vista culturale, nel rifiuto della tendenza del cd **“keep data just in case”** e da, un punto di vista tecnico, per l'implementazione per impostazione predefinita di misure per la cancellazione.

In base al principio di *accountability* i titolari devono inoltre procedere alla mappatura del flusso dei dati previsto nel sistema del videogame e a una costante rivalutazione dei rischi. I giochi *online* subiscono spesso modifiche strutturali che alterano in modo ora impercettibile ora significativo i percorsi dei dati; in entrambi i casi le misure tecniche ed organizzative implementate per l'effettiva applicazione dei principi di protezione dei dati vanno verificate in punto di adeguatezza, auspicabilmente nell'ambito di una specifica valutazione di impatto, soprattutto se tali cambiamenti, ancorché minimi, coinvolgano soggetti minori di età.

Una particolare attenzione deve essere rivolta all'integrità e riservatezza dei dati, atteso che il contesto dei videogame è per sua natura altamente rischioso (appropriazione indebita di *account*, reti di *bot*, frodi con carte di credito, attacchi di *credential stuffing*)

Le misure di sicurezza dovrebbero includere: i. monitoraggio continuo di comportamenti anomali; ii. revisioni periodiche dei livelli di accesso; iii. analisi delle vulnerabilità, esercitazioni interne di *penetration testing* o *red teaming*; iv. revisioni periodiche dei *software*.

La complessità delle sfide per una corretta protezione dei dati personali nell'ecosistema dei videogame richiede un approccio strutturato che includa comitati interni per la protezione dei dati, *audit* e revisioni interdisciplinari nonché una documentazione standardizzata per ogni nuova attività di trattamento.

I titolari devono poter mantenere un vigile e serio controllo sulla catena di soggetti coinvolti nelle operazioni di trattamento: i responsabili dovrebbero essere sottoposti a specifici *audit* prima dell'incarico e ulteriori garanzie dovrebbero essere previste in apposite clausole contrattuali che prevedano l'imposizione di *audit*, l'obbligo di notifica delle violazioni e l'approvazione o il divieto di nominare sub-responsabili.

Risulta inoltre fondamentale una seria diffusione della cultura della *privacy* nel mondo del videogame che preveda una formazione mirata per ciascuno dei soggetti coinvolti nel ciclo di vita del gioco in base alle diverse funzioni svolte.

Il dinamismo dell'ecosistema del gioco dovrebbe riflettersi sul registro dei trattamenti che i titolari (o se del caso i responsabili) dovrebbero curare come documento interattivo, utile quale punto di partenza per un corretto svolgimento e adattamento di tutto gli altri obblighi derivanti dal GDPR.

Anche ai responsabili della protezione dei dati deve quindi essere assicurata una partecipazione sostanziale e integrata nei processi di *governance* e decisionali, sicché ogni eventuale loro osservazione, specie se negativa, non dovrebbe essere considerata come mera consulenza formale ma tenuta in debita considerazione.

Anche la fase finale di un gioco presenta sfide significative rispetto all'applicazione del GDPR. Se un gioco viene "chiuso", infatti, gli interessati devono essere preventivamente e puntualmente informati in ordine alla sorte dei loro dati che dovrebbero di regola essere cancellati o anonimizzati: disabilitando l'accesso al gioco; pulendo i *database* sottostanti; rendendo anonimi o cancellando gli archivi di dati; inviando istruzioni di cancellazione a tutti i responsabili del trattamento terzi e richiedendo una conferma al riguardo.

CHIARA DI SOMMMA

Funzionario presso il Garante della protezione dei dati personali.

Quanto riportato e le opinioni espresse nel contributo impegnano solo l'autore

[Recommendations and best practices for data protection in video games](#)

2026/2(20)AG

Le Linee guida del Garante privacy italiano del 17.4.2026 sull'utilizzo di tracking pixel nelle comunicazioni di posta elettronica

Con provvedimento del 17.4.2026, il Garante per la protezione dei dati personali ha emanato Linee guida sull'utilizzo diffuso di *tracking pixel* da parte dei fornitori dei servizi della società dell'informazione, dei provider di servizi di posta elettronica e dei gestori di piattaforme per l'inoltro massivo di messaggi e-mail.

Si tratta di strumenti occulti, **non identificabili dagli interessati**, consistenti in minuscoli **frammenti di codice, nascosti soprattutto sotto forma di immagini trasparenti di un solo pixel e incorporati nelle e-mail**. Queste immagini, a seguito dell'apertura del messaggio di posta elettronica e di un sofisticato processo tecnico, **vengono archiviate nella memoria del terminale dell'interessato**. Di conseguenza, il mittente del messaggio o uno dei suoi partner ottiene informazioni utili sui seguenti dati: 1) conferma di apertura della e-mail; 2) indirizzo IP; 3) dati tecnici quali il tipo di dispositivo (computer o smartphone), il sistema operativo e il browser utilizzato; 4) tempo di permanenza dedicato alla lettura di un contenuto, così da desumere



gli interessi del destinatario onde potergli rivolgere ulteriori comunicazioni commerciali.

In sostanza, i *tracking pixel* sono strumenti di tracciamento («marcatori») e di acquisizione di informazioni sui comportamenti degli utenti e sulle modalità di fruizione dei servizi da parte degli stessi. Il loro utilizzo, come vedremo meglio in seguito, è necessario sia per migliorare il servizio offerto sia per consentire al soggetto tenuto per legge all'invio di messaggi istituzionali o di servizio di avere contezza dell'effettivo adempimento del suo obbligo. Sono, questi, «scopi legittimi» di impiego di tale tecnologia: cfr. cons. 24-25 direttiva 2002/58/CE (**direttiva e-privacy**). Al contempo, però, vi è il rischio connaturato all'impiego dei *tracking pixel* della raccolta di dati personali all'insaputa del destinatario della e-mail, sulla base dei quali si costruiscono profili della personalità, categorizzazioni del singolo utente, identificato tramite il suo IP, funzionali al suo sfruttamento commerciale. Emerge, perciò, il pericolo più allarmante della tecnologia digitale, ossia la strumentalizzazione della persona umana, la quale verrebbe indotta ad acquistare beni, che pure gli interessano, per effetto, però, di un comportamento scorretto da parte del mittente.

La direttiva e-privacy, opportunamente, a proposito di questi strumenti che penetrano nelle apparecchiature terminali degli utenti di reti di comunicazione elettronica, sottolinea la «grave intrusione nella vita privata dell'utente» (cons. 24), qualora non vengano rispettate le prescrizioni di legittimità del loro utilizzo.

Prima di individuare la disciplina applicabile agli strumenti di tracciamento – oltre ai *tracking pixel* ve ne sono altri quali il *cookie*, il *fingerprinting*, il *web beacon*, lo *script*, il *widged* e altri ancora –, le Linee guida sottolineano due aspetti: 1) i pixel di tracciamento non attengono al contenuto del messaggio, monitorando esclusivamente l'evento dell'avvenuta apertura e consultazione della e-mail da parte di un utente specifico (si consideri che il mittente viene a conoscenza anche del tempo della consultazione e del numero di aperture successive della stessa e-mail); 2) il pixel di tracciamento è scaricabile nella e-mail dell'utente solo se è stata mantenuta abilitata la funzione di download delle immagini; diversamente, se è attiva la funzione di lettura della e-mail solo in formato testo, il *tracking pixel*, al pari delle altre immagini, non potrà essere scaricato.

Descritto il fenomeno in sintesi, quanto alla relativa disciplina, le Linee guida richiamano anzitutto l'art. 122 del d.lgs. n. 196/2003 (**codice privacy**), introdotto nell'ordinamento nazionale a seguito del recepimento della direttiva e-privacy. L'**art. 122 comma 2-bis codice privacy** pone il divieto di «uso di una rete di comunicazione elettronica per *accedere* a informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di un contraente o di un utente, per *archiviare* informazioni o per *monitorare* le operazioni dell'utente. Emergono, quindi, i profili dell'accesso ai dati altrui e del monitoraggio dell'attività online del destinatario della e-mail. Non è un divieto assoluto, bensì limitato ai casi di utilizzo di strumenti di tracciamento non giustificati da una delle previsioni di cui al comma 1; la disposizione di cui al comma 2-bis è infatti preceduta dall'inciso «salvo quanto previsto dal comma 1», che prevede tre casi di deroga al divieto.

I casi di deroga previsti dell'art. 122, co. 1 codice privacy sono i seguenti, ai sensi: a) se vi è stato il previo rilascio del consenso da parte del destinatario della comunicazione elettronica, dopo aver ricevuto informazioni sullo strumento di tracciamento «con modalità semplificate» (cfr. *amplius infra*); b) se ricorrono fattispecie in cui il trattamento dei dati personali del destinatario sia *necessario, consenta o faciliti* l'effettuazione della «trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica»; c) se le operazioni di tracciamento appaiano necessarie alla fornitura di un servizio di comunicazione online «esplicitamente richiesto dal contraente o dall'utente».

Il divieto di intrusione nell'apparecchio terminale di un utente, letto unitamente alle condizioni legittimanti l'uso dei *tracking pixel* – *id est*: le tre deroghe –, segnala il rilievo pubblicistico dei beni giuridici protetti: la libertà di scelta dell'utente, il diritto di non essere sfruttato a propria insaputa e il diritto di essere informato sull'impiego dei marcatori. L'art. 122 codice privacy protegge, quindi, la persona umana, sia come singolo sia come facente parte di una collettività. Al contempo tale articolo favorisce lo sviluppo tecnologico, il miglioramento dei servizi offerti e la comunicazione con i destinatari delle e-mail.

Come si diceva innanzi, poiché l'art. 122 codice privacy è stato introdotto dalla direttiva e-privacy, le Linee guida sottolineano come, per effetto dell'entrata in vigore del GDPR (successivo a tale direttiva), si sia posto un problema di coordinamento tra il GDPR, fonte di carattere generale sul trattamento dei dati personali, e la direttiva e-privacy. Per risolverlo, occorre muovere – lo rilevano le Linee guida – dal cons. 173 GDPR, il quale evoca il criterio *lex specialis derogat legi generali*, nell'affermare che il regolamento «si applica a tutti gli aspetti relativi alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali con riguardo al trattamento dei dati personali che non rientrano in obblighi specifici, aventi lo stesso obiettivo, di cui alla direttiva 2002/58/CE (...), compresi gli obblighi del titolare del trattamento e i diritti delle persone fisiche». Si accorda, dunque, la prevalenza alla direttiva e-privacy, la quale, se rende più specifiche le prescrizioni del GDPR, prevarrà sulle disposizioni generali del GDPR. Il quale viene in rilievo soprattutto con le sue disposizioni sui principi fondamentali relativi al trattamento dei dati personali (art. 5) e sugli obblighi informativi (artt. 13 ss.).

Come si vedrà a breve, sono proprio le disposizioni di carattere generale del GDPR a essere decisive in punto di liceità del trattamento dei dati personali desunti tramite l'impiego di *tracking pixel*, di doveri informativi propedeutici al consenso quale deroga al divieto di utilizzo di strumenti di tracciamento e dei ruoli dei diversi soggetti coinvolti nell'utilizzo di questa tecnologia.

Venendo ai **soggetti coinvolti nell'impiego dei *tracking pixel* e ai modelli di invio dei messaggi**, le Linee guida richiamano anzitutto due articoli del GDPR: l'art. 26 sui contitolari del trattamento e l'art. 5(2) sul principio di *accountability* rispetto all'attuazione dei principi fondamentali di cui al paragrafo 1 del medesimo articolo. Ciò al fine di sottolineare che i diversi soggetti coinvolti «devono definire i propri ruoli rilevanti dal punto di vista delle norme in materia di protezione dei dati personali, anche eventualmente



alla luce della disposizione di cui all'art. 26 del Regolamento [il GDPR] sulla contitolarità del trattamento dei dati» (cfr. § 3 p. 6 Linee guida).

Rinviando per maggiori dettagli alla lettura delle Linee guida, queste ultime individuano sei soggetti a cui riferire il tracciamento e il trattamento dei dati personali ed esattamente: - **il mittente del messaggio di posta elettronica**, ossia il soggetto pubblico o privato che invia la comunicazione, decidendo di usare pixel di tracciamento e determinandone le finalità, sebbene la gestione dello strumento possa essere demandata a terzi; - **il fornitore di servizio di invio e-mail** è colui che rende disponibile al committente la soluzione tecnica, compresa la piattaforma per effettuare l'invio delle e-mail e che agisce su mandato e secondo le istruzioni del mittente, il quale utilizza liste proprie di contatti di destinatari; - **il fornitore di servizi di noleggio di liste di distribuzione e invio di e-mail** è colui che offre in locazione le proprie liste di distribuzione al committente, per conto del quale avviene anche l'invio dei messaggi; - **il fornitore della tecnologia di tracciamento** è colui che predispone lo strumento tecnico utilizzato dal mittente, perciò deve agevolare i titolari e i responsabili del trattamento nell'adempimento dei loro obblighi di protezione dei dati (cons. 78 GDPR), oltre a poter essere coinvolto, il che arricchisce la sua posizione, negli «aspetti decisionali relativi al trattamento dei dati derivante dall'uso dei marcatori in questione» (cfr. § 3 p. 6 Linee guida); il **content creator** è colui che cura il messaggio pubblicitario da recapitare al destinatario; **il destinatario del messaggio di posta elettronica** è il soggetto che riceve la comunicazione elettronica con all'interno l'elemento tracciante [qui le Linee guida precisano che l'indirizzo e-mail è acquisito o per effetto di una procedura di autenticazione (es: creazione di un account) oppure nel corso di una transazione commerciale online in attuazione alla deroga al comma 1 prevista dall'art. 130, co. 4, codice privacy].

Dopo l'individuazione dei soggetti, aspetto questo fondamentale per stabilire la catena del valore all'interno della quale riconoscere specifiche responsabilità, le Linee guida individuano 4 modelli ricorrenti di invio di messaggi: - **Newsletter**, consistenti in comunicazioni periodiche di aggiornamento ai destinatari iscritti in una lista di contatti; - **DEM (Direct E-mail Marketing)**, ossia comunicazioni commerciali inviate a gruppi di destinatari selezionati dal cliente della piattaforma, nell'ambito di liste di contatti già nella sua disponibilità, oppure selezionati dal provider dotato di liste proprie a beneficio di terzi committenti a scopo di marketing; - **E-mail transazionali e messaggi automatici** sono comunicazioni inviate automaticamente al verificarsi di certi eventi (come nel messaggio di benvenuto) o a seguito di una specifica azione compiuta dall'utente o di una transazione in corso (come le conferme di registrazione o d'ordine); **E-mail di servizio**, contengono messaggi funzionali a soddisfare specifiche esigenze del singolo o della collettività.

Quanto agli **obblighi informativi**, le Linee guida accentuano l'importanza della preventiva informazione sullo strumento di tracciamento, al fine di ottenere un consenso effettivo all'utilizzo. Il suo nascondimento espone il destinatario di posta elettronica alla etero-direzione del volere e alle conseguenze di una condotta del mittente da ritenersi senz'altro scorretta.

Viene allora in rilievo il fondamentale principio di **correttezza** di cui all'art. 5 par. 1 lett. a) GDPR. Inoltre – continuano le Linee guida (§ 4) –, valorizzando il riferimento normativo all'informazione di cui all'art. 122, co. 1 codice privacy, si deve ritenere che un sistema di tracciamento, per qualificarsi lecito, «de[bba] essere preventivamente reso noto al destinatario della e-mail, qualunque sia lo scopo della comunicazione o la tipologia del soggetto mittente». C'è uno stretto collegamento tra il principio di correttezza e il principio di **trasparenza** previsto dal medesimo art. 5 par. 1 lett. a) GDPR.

Secondo le Linee guida, l'informativa potrà essere fornita su più livelli: a) attraverso l'inserimento in forma sintetica dell'informativa in un modulo di raccolta dell'indirizzo e-mail, prevedendo un link con un'informazione più dettagliata (anche dentro la *cookie policy*); b) tramite canali video, *pop-up* informativi, interazioni vocali, assistenti virtuali e altro ancora indicato nelle Linee guida.

È onere del titolare del trattamento verificare la completezza, chiarezza espositiva e fruibilità del sistema informativo rispetto al requisito di trasparenza previsto dal GDPR.

Le Linee guida si diffondono sulla questione delle **basi giuridiche del trattamento dei dati personali tracciati diverse dal consenso**. Sono stati già sopra richiamati i tre presupposti legittimanti l'impiego dei sistemi di tracciamento, in deroga al divieto di utilizzo di questi ultimi (art. 122 co. 1 codice privacy). A questo proposito, le Linee guida si soffermano in particolare sui due presupposti diversi dal consenso, soprattutto perché vi è un numero rilevante di casi a essi riconducibile. L'esigenza fondamentale che si pone è quella di contemperare l'impiego dei sistemi di tracciamento con la protezione dei dati personali e quindi della privacy.

I casi di utilizzo dei *tracking pixel* senza il consenso del destinatario della e-mail, indicati nelle Linee guida, sono giustificati dall'esigenza di migliorare il servizio o dalla necessità per il mittente di avere contezza che il destinatario abbia ricevuto certe informazioni. Se ne indicano di seguito alcuni: a) al fine di effettuare indagini statistiche per migliorare i servizi di posta elettronica (*deliverability* delle e-mail). In tale eventualità si devono adottare, tuttavia, tecniche di anonimizzazione delle informazioni, così da non consentire misurazioni personalizzate, ossia concentrate su singoli utenti in modo da desumerne abitudini e gusti. Si suggerisce l'impiego di pixel univoci, cioè di pixel che non siano differenti per ciascun utente, quindi uguali per tutti i destinatari di una stessa campagna, «come pure l'anonimizzazione degli altri dati tecnici correlati» (indirizzo IP, client, etc.); b) se il mittente deve sapere che la e-mail sia stata effettivamente aperta, come nella gestione di una richiesta di modifica della password; c) messaggi istituzionali o di servizio che un determinato soggetto ha l'obbligo di inoltrare (ad es.: una banca) e rispetto ai quali rilevi l'effettiva conoscenza del destinatario; d) notifiche di sicurezza, *reminder* su scadenze e adempimenti contrattuali e contributivi e altro ancora (*amplius* § 5 Linee guida).

In questi e in altri casi riportati dalle Linee guida, la deroga al consenso del destinatario della comunicazione elettronica è giustificata dall'esistenza di un beneficio conoscitivo per il destinatario stesso. Vi è anche un interesse



economico-aziendale del mittente ad approntare un sistema di comunicazione elettronica più efficiente, redditizio e sicuro possibile.

Infine, le Linee guida si rivolgono alla base del **consenso**. Qualora il mittente del messaggio non possa prescindere dal consenso per utilizzare i *tracking pixel*, egli deve acquisirlo preventivamente. Le Linee guida si soffermano sui casi che esigono il consenso, individuandone diversi (cfr. *amplius* § 6). Tra questi vi è quello in cui dall'analisi del tasso di apertura delle e-mail, il mittente intenda ricavare «informazioni presunte circa i potenziali gusti, gli interessi e le preferenze attribuibili all'utente allo scopo di creare profili commerciali utilizzabili anche per iniziative diverse». Ancora: gli strumenti di tracciamento sono particolarmente utili, sempre a fini commerciali, qualora l'analisi del dato del tasso di apertura sia adoperato per valutare e migliorare la performance delle campagne promozionali. Così, ad esempio, se vi è un numero basso di aperture delle e-mail, il mittente potrà agire sul messaggio di accompagnamento o sul sito qualora il tempo di navigazione sia esiguo.

A questo punto, le Linee guida tornano sull'acquisizione del consenso, distinguendo due ipotesi comuni a ogni fonte regolativa del diritto: a) se i trattamenti di dati che postulano l'inoltro di e-mail con *tracking pixel* vengano intrapresi successivamente all'entrata in vigore delle Linee guida; b) se questi trattamenti siano già in corso alla data di entrata in vigore delle Linee guida (si pensi al caso dell'inoltro periodico di newsletter).

Nel primo caso, si stabilisce che il consenso si raccolga al momento dell'acquisizione dell'indirizzo di posta elettronica, dopo che l'interessato sia stato debitamente informato nel modo innanzi indicato (*supra* § 3). In questa fase di raccolta, colui che intenda tracciare deve stare attento a procurarsi un consenso valido. A tal proposito sono da evitare «ridondanti richieste di consenso plurime», che si sostanziano in pressioni indebite sul volere. Per una condotta corretta – qui la certezza del diritto è fondamentale per entrambe le parti – è sufficiente ricomprendere il consenso al *tracking pixel* «in quello più generale alla ricezione delle comunicazioni promozionali, in modo da consentire che la persona esprima a tal fine un unico consenso informato». Ciò però deve avvenire «in modo neutro e privo di forzature, nel rispetto della manifestazione di volontà dell'interessato».

Deve, quindi, essere chiaro con immediatezza visiva che la e-mail conterrà meccanismi di tracciamento della propria attività, il che esige di precisare anche la finalità del trattamento dei relativi dati personali (il cons. 25 direttiva e-privacy prescrive di rendere informazioni «sugli scopi dei marcatori», l'art. 5 § 3 della stessa direttiva menziona gli «scopi del trattamento»).

Le Linee guida stabiliscono altresì che deve essere agevolata la **revoca del consenso**, il cui oggetto può essere anche parziale rispetto al consenso originario, ossia con riguardo al solo tracciamento connesso alla ricezione di *tracking pixel* e non anche alle comunicazioni di posta elettronica prive di tale strumento.

La revoca va garantita anche in modo granulare, il che avviene ad esempio inserendo all'interno di ogni messaggio e-mail inviato una icona standardizzata o un link, posizionato nel *footer* (cioè a piè di pagina), che conduca l'utente in un'area specifica dedicata all'esercizio dei diritti. Qui potrà avvenire quella scissione della revoca di cui si è appena detto.

Nel secondo caso (tracciamenti già in corso), il titolare del trattamento deve adempiere ai propri obblighi informativi «con il primo invio utile o comunque nel primo momento di discontinuità disponibile allo scopo»; occorre anche implementare e rendere noto agli utenti un meccanismo che permetta loro la revoca, anche granulare, del consenso. Ogni soluzione – è il principio da applicare per sostenere la libertà del consenso – deve essere improntata «alla massima riconoscibilità, visibilità e facilità d'uso a beneficio dell'interessato».

A chi rifiuti il *tracking pixel* dovrà essere comunque garantita la piena fruibilità del servizio.

Le scelte dell'interessato devono essere registrate dal titolare, anche ai fini della prova che quest'ultimo può essere chiamato a fornire, specialmente in caso di controversie, secondo quanto dispone l'art. 7 GDPR sulle condizioni per il consenso.

Le Linee guida si concludono con un suggerimento agli utilizzatori di mezzi di tracciamento, a protezione dei destinatari della comunicazione elettronica; una protezione sul piano della privacy e della non induzione al consumo, basata su un'insufficiente protezione dei dati personali. Il mittente potrà generare «un identificativo inintelligibile e non sequenziale e associ[arlo] all'indirizzo di posta elettronica del destinatario, mantenendo tale corrispondenza in un *layer* interno e separato della piattaforma utilizzata». In questo modo l'indirizzo e-mail non sarà ricompreso nella richiesta tecnica generata dal caricamento del pixel. Con la conseguenza di ridurre l'esposizione dell'indirizzo e-mail e di minimizzare il rischio di identificabilità dei dati che transitano nella rete.

I destinatari delle Linee guida hanno a disposizione **6 mesi dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale, avvenuta il 29 aprile 2026**, per adeguarsi a quanto previsto.

ANTONIO GORGONI

[Testo ufficiale](#)

2026/2(21)GD

La Corte di giustizia dell'Unione europea conferma in via definitiva la maxi-sanzione da 4,1 miliardi di euro inflitta a Google per abuso di posizione dominante nel caso Android (sentenza del 2.7.2026, causa C-738/22 P, *Google e Alphabet c. Commissione – Google Android*)

Con la sentenza del 2.7.2026, la Corte di giustizia dell'Unione europea, Seconda Sezione (la **Corte UE**), ha respinto integralmente l'impugnazione proposta da Google LLC (**Google**) e dalla capogruppo Alphabet Inc. avverso la sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 14.9.2022 (causa T-604/18), rendendo così definitiva la sanzione di 4,125 miliardi di euro per abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE nell'ambito del sistema operativo Android. Si chiude così, dopo otto anni, uno dei più rilevanti contenziosi antitrust promossi dalla Commissione europea nei confronti di una Big Tech.



La vicenda trae origine dalla decisione della Commissione europea del 18.7.2018 (caso AT.40099 – *Google Android*), con cui era stata irrogata a Google un'ammenda di 4.342.865.000 euro per aver abusato della propria posizione dominante imponendo ai produttori di dispositivi mobili Android e agli operatori di rete mobile una serie di restrizioni contrattuali volte a proteggere e rafforzare la posizione del motore di ricerca Google Search.

In particolare, la Commissione aveva censurato: (1) gli accordi di distribuzione delle applicazioni (*Mobile Application Distribution Agreements* – MADA), che subordinavano la licenza del Play Store alla pre-installazione di Google Search e del browser Chrome (c.d. *tying*); (2) gli accordi c.d. anti-frammentazione (*Anti-Fragmentation Agreements* – AFA), che impedivano ai produttori di commercializzare dispositivi basati su versioni di Android non approvate da Google (c.d. *fork*); (3) gli accordi di ripartizione dei ricavi (*Revenue Share Agreements* – RSA), che condizionavano taluni pagamenti alla pre-installazione esclusiva di Google Search.

In primo grado, il Tribunale UE aveva sostanzialmente confermato l'impianto della decisione, qualificando le condotte come infrazione unica e continuata, ma aveva annullato la parte relativa agli RSA c.d. "di portafoglio", rideterminando la sanzione – nell'esercizio della propria competenza estesa al merito – in 4,125 miliardi di euro, di cui 1,521 miliardi a carico di Alphabet in solido con Google.

Con la pronuncia in commento, la Corte UE ha respinto tutti i motivi di impugnazione, in linea con le conclusioni dell'Avvocata generale Juliane Kokott del 19.6.2025. Tre passaggi meritano particolare attenzione.

In primo luogo, la Corte UE ha stabilito che il Tribunale non è incorso in errori di diritto nel valutare gli effetti anticoncorrenziali delle condizioni di preinstallazione, potendo legittimamente considerare il contesto economico nella sua interezza (ivi compresi gli RSA) senza dover svolgere sistematicamente un'analisi controfattuale per accertare l'abuso. La Corte UE ha altresì confermato l'esistenza di una distorsione a favore dello *status quo* (c.d. *status quo bias*): gli utenti tendono a utilizzare le applicazioni preinstallate sui propri dispositivi, sicché la preinstallazione costituisce di per sé un potente vantaggio competitivo, che Google non ha dimostrato essere riconducibile alle preferenze degli utenti o alla superiore qualità dei propri prodotti.

In secondo luogo, la Corte UE ha chiarito che il test del concorrente altrettanto efficiente (*as-efficient competitor test*) non costituisce un elemento obbligatorio dell'onere probatorio della Commissione: nei mercati digitali di tipo "ecosistema" – caratterizzati da effetti di rete, accesso ai dati, plurilateralità ed elevate barriere all'ingresso – la stessa emersione di un concorrente altrettanto efficiente può risultare, in concreto, impossibile, sicché pretendere la prova della sua esclusione priverebbe di effettività il divieto di cui all'art. 102 TFUE.

In terzo luogo, la Corte UE ha respinto le giustificazioni obiettive addotte da Google a sostegno degli obblighi anti-frammentazione, confermando che la tutela dell'integrità dell'ecosistema Android non poteva legittimare restrizioni che ostacolavano lo sviluppo e la distribuzione di sistemi operativi concorrenti.

[Google ha preso atto della decisione](#) – avverso la quale non sono esperibili ulteriori mezzi ordinari di impugnazione, salvi i rimedi straordinari (e.g., la revocazione ex art. 44 dello Statuto, esperibile solo in caso di scoperta di un fatto decisivo anteriore alla sentenza e ignoto alla Corte e alla parte) – criticandone il merito e osservando che la sentenza non riconoscerebbe gli investimenti compiuti per mantenere Android aperto, interoperabile e gratuito. Di segno opposto la reazione delle associazioni dei consumatori: [il BEUC ha parlato di un chiaro messaggio alle imprese dominanti](#), sottolineando al contempo la necessità di strumenti di regolazione *ex ante* come il *Digital Markets Act* per prevenire sul nascere le pratiche sleali.

La pronuncia in commento si presta ad alcune riflessioni comparatistiche rispetto alla parallela vicenda statunitense *Stati Uniti d'America c. Google LLC*. Come illustrato in questa Rubrica (v. contributo n. 27 del numero 4/2025 [[2025/4\(27\)GD](#)], in *PeM* 2025, p. 1114), la Corte del Distretto della Columbia, con la sentenza del 5.8.2024, ha accertato l'abuso di posizione dominante di Google nelle ricerche online e, con la successiva pronuncia sui rimedi del 2.9.2025, ha escluso la cessione forzata di Chrome, imponendo la condivisione di parte dei dati di ricerca con i concorrenti e il divieto di accordi di distribuzione esclusiva.

Il primo parallelismo attiene all'oggetto: su entrambe le sponde dell'Atlantico il nodo centrale è il medesimo, ossia l'uso della distribuzione predefinita di Google Search e Chrome – mediante preinstallazione, esclusive e pagamenti ai partner – quale leva per proteggere la posizione dominante nella ricerca generale online. Ed entrambe le giurisdizioni riconoscono il potere dei *default*: lo *status quo bias* valorizzato dalla Corte UE trova un preciso omologo nell'accertamento del giudice Mehta circa l'efficacia escludente dei contratti che assicuravano a Google la posizione di motore di ricerca predefinito.

Il secondo profilo – di divergenza – attiene ai rimedi. Il modello statunitense è puramente comportamentale e prospettico: nessuna sanzione pecuniaria, ma obblighi di condivisione dei dati, divieto di esclusive e monitoraggio affidato a un Comitato tecnico per sei anni. Il modello europeo, per contro, si fonda sulla sanzione pecuniaria dissuasiva (qui la più elevata mai irrogata in materia antitrust dalla Commissione) accompagnata dall'ordine di cessazione della condotta, cui si affianca oggi – in chiave preventiva – l'apparato di obblighi *ex ante* del *Digital Markets Act*. Non a caso, la sanzione in commento si aggiunge a quelle già inflitte a Google nei casi *Google Shopping* (2,42 miliardi di euro, confermata definitivamente nel 2024) e *ad tech* (2,95 miliardi di euro, settembre 2025).

Il terzo profilo attiene ai tempi e allo stato dei rispettivi contenziosi: mentre la vicenda europea giunge a un approdo definitivo dopo otto anni dalla decisione della Commissione (e a distanza di oltre un decennio dall'avvio delle condotte contestate, risalenti al 2011), la battaglia americana è ben lontana dall'essere conclusa, avendo Google annunciato l'impugnazione della pronuncia sui rimedi. Il confronto evidenzia, peraltro, un limite comune ai due sistemi: la fisiologica lentezza dell'enforcement antitrust rispetto alla rapidità evolutiva dei mercati digitali, oggi già trasformati dall'avvento dell'intelligenza artificiale generativa – fattore che il giudice Mehta ha

espressamente valorizzato nella calibrazione dei rimedi e che rende il quadro competitivo della ricerca online assai diverso da quello in cui le condotte sanzionate furono poste in essere.

GIORGIA DIOTALLEVI

[Testo ufficiale](#)

[Press release](#)

| 808

2026/2(22)GB

La sentenza della Corte di giustizia UE nelle cause riunite C-188/24 (WebGroup Czech Republic e NKL Associates) e C-190/24 (Coyote Systems) su servizi della società dell'informazione: gli Stati membri possono esigere la verifica dell'età degli utenti di siti pornografici e vietare la diffusione di informazioni relativi a determinati controlli operati, per motivi di ordine pubblico, sicurezza o incolumità pubblica, sul traffico stradale

Con la sentenza del 16 giugno 2026 nelle cause riunite C-188/24 e C-190/24 (la **Sentenza**), la Corte di giustizia dell'Unione europea (**CGUE** o la **Corte**) è intervenuta su alcune questioni rilevanti in materia di servizi della società dell'informazione, e perciò per le attività degli *Internet service provider* regolati a livello unionale dalla dir. 2000/31/CE (**direttiva sul commercio elettronico** o la **Direttiva**), e a livello statale da specifiche norme di settore degli Stati membri.

La Sentenza trae origine da due distinte domande di pronuncia pregiudiziale del Conseil d'État (**Consiglio di Stato**) originate in altrettante controversie francesi relative alla legittimità e annullamento di due decreti ministeriali rispetto al diritto dell'Unione: 1) il decreto n. 2021-1306, del 7 ottobre 2021, attuativo della legge n. 2020-936, del 30 luglio 2020 volta a proteggere le vittime di violenza domestica, che è relativo alle modalità di attuazione delle misure volte a tutelare i minori dall'accesso a siti che diffondono contenuti pornografici, e che in particolare precisa l'operatività della diffida ad un servizio di comunicazione al pubblico online che consente l'accesso ai minori in violazione dell'articolo 227-24 del codice penale francese che punisce la creazione, il trasporto e la diffusione di messaggi pornografici; 2) il decreto n. 2021-468, del 19 aprile 2021, recante l'applicazione dell'articolo L. 130-11 del codice della strada francese, che autorizza l'autorità amministrativa competente, in presenza di minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica, a vietare ad un operatore di un servizio elettronico di ausilio alla guida o alla navigazione mediante geolocalizzazione di diffondere informazioni che informino l'utente di un controllo pubblico in atto, in modo da evitare comportamenti elusivi di tale controllo. **In Francia i prestatori di servizi dell'informazione che forniscono contenuti pornografici sono così tenuti a predisporre dispositivi per la verifica dell'età e impedire efficacemente ai minori di accedere ai contenuti. Gli operatori che forniscono servizi alla guida, invece, possono essere soggetti a divieti di diffondere informazioni su controlli pubblici compiuti dallo stato sul territorio in modo da evitare le condizioni utili all'utente ad eludere la norma, ad esempio quando ricercato o sottoposto a provvedimento.**

Il primo decreto è oggetto del caso tra WebGroup Czech Republic, a.s. e la NKL Associates s.r.o., ossia due editori di siti Internet che diffondono contenuti pornografici accessibili in Francia, ma stabiliti nella Repubblica ceca a Praga, e, dall'altro, il Ministre de la Culture (Ministro della Cultura) e il Premier ministre (Primo ministro) della Repubblica. Nel 2021 queste società ricevettero una diffida ai sensi del decreto n. 2021-1306 sulla base del fatto che l'accesso al loro servizio conseguiva ad una mera dichiarazione di avere almeno diciotto anni di età. Le società contestarono la diffida adendo in prima e ultima istanza il Consiglio di Stato sostenendo la violazione dell'articolo 3 della direttiva sul commercio elettronico per mancata notifica della normativa interna (legge e decreto) alla Commissione e alla Repubblica Ceca e per il mancato rispetto degli obiettivi della regolazione europea che tutelano la libera circolazione dei servizi. I ricorrenti sostenevano che le regole francesi imponevano dispositivi tecnici di blocco dell'accesso ai servizi di contenuto pornografico ai minori in violazione della Direttiva e alla libera circolazione dei servizi. Il Consiglio di Stato perciò rivolgeva alla Corte le tre questioni pregiudiziali così riassunte in estrema sintesi: 1) se le disposizioni di diritto penale francese dovevano essere considerate rientranti nell'oggetto di applicazione della direttiva sul commercio elettronico, potendo applicarsi anche ad un prestatore di servizi della società dell'informazione, o se fossero non applicabili perché il settore penale non è stato oggetto di armonizzazione; 2) se l'imposizione di predisporre dispositivi destinati a prevenire l'accesso di minori a contenuti pornografici doveva considerarsi rientrante nell'ambito della Direttiva, limitato a specifici ambiti armonizzati, come la responsabilità dei prestatori, la cooperazione tra gli Stati e, quindi non riguardanti il comportamento concreto dell'operatore; 3) in caso di risposta affermativa alle precedenti questioni, come l'adozione di tali misure verso un singolo servizio si poteva conciliare con la tutela dei diritti fondamentali prevista nella Carta di Nizza, che comprende anche la tutela della dignità umana e l'interesse del minore (artt. 1 e 24).

Il secondo decreto è invece oggetto della controversia tra la Coyote System, con sede in Francia, che fornisce un servizio rientrante nell'ambito dell'articolo L. 130-11 del codice della strada francese, quale operatore di un servizio elettronico di ausilio alla guida o alla navigazione tramite geolocalizzazione, e il Ministre de l'Intérieur et des Outre-mer (Ministro dell'Interno) e il Primo ministro. La società adiva il Consiglio di stato per l'annullamento del secondo decreto e dell'articolo del codice della strada in quanto incompatibili per la Direttiva e in particolare con la non presenza di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse dai prestatori di servizi della società dell'informazione (art. 15). Anche in questo caso il Consiglio di Stato rivolgeva tre questioni pregiudiziali qui sinteticamente richiamabili: 1) se il divieto imposto agli operatori di un servizio elettronico di ausilio alla guida o alla navigazione mediante geolocalizzazione di diffondere le informazioni sui controlli in atto doveva considerarsi rientrante nell'ambito della Direttiva benché relativo al comportamento del fornitore e non agli aspetti specifici armonizzati; 2) se il menzionato divieto doveva considerarsi rientrante nell'ambito degli obblighi relativi all'esercizio dell'attività di servizi della società dell'informazione che

uno Stato membro non può imporre a fornitori provenienti da un altro Stato membro; 3) se il divieto di imporre un obbligo generale di sorveglianza previsto dalla Direttiva poteva considerarsi ostacolo all'applicazione di un dispositivo di limitazione alla diffusione di categorie di informazioni all'utente, senza che l'operatore conosca il contenuto.

La Corte decide di esaminare congiuntamente le cause perché sostiene che in sintesi il Consiglio di Stato si domanda se la Direttiva sia di ostacolo ad uno Stato membro nell'imporre ai prestatori di servizi della società dell'informazione stabiliti in altri Stati membri un obbligo generale e astratto rientrante nel diritto penale (causa C-188/24), e a prevedere un divieto di diffusione di informazioni relative a determinati controlli stradali (causa C-190/24).

La Corte richiama, in primo luogo, il **principio del controllo dello Stato membro di origine e di riconoscimento reciproco**, da cui si rileva che i **prestatori sono soggetti al diritto dello Stato membro di stabilimento** (nel primo caso concreto la Repubblica ceca e non la Francia). Successivamente la Corte analizza l'«**ambito regolamentato**» come definito dall'art. 2, let. h) della Direttiva e chiarisce che la norma comprende «**tutte le prescrizioni previste dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri in relazione all'accesso all'attività di servizi della società dell'informazione o al suo esercizio, ad eccezione di prescrizioni come quelle applicabili alle merci in quanto tali, alla consegna delle merci e ai servizi non prestati per via elettronica**». L'ambito non è limitato alle materie regolamentate per non pregiudicare gli obiettivi della Direttiva. Le normative generali e astratte rientranti nel diritto penale e quelle che perseguono obiettivi di ordine pubblico, sicurezza o incolumità pubblica fanno così parte dell'ambito e sono connesse all'accesso all'attività di servizi della società dell'informazione e loro esercizio. Non riguardando le merci, non sono esplicitamente escluse e non rientrano nelle altre deroghe di applicazione previste nell'Allegato alla Direttiva, le quali hanno carattere esaustivo. **Le normative di diritto penale, pur essendo escluse dall'armonizzazione, possono rientrare nell'ambito regolamentato che peraltro lascia liberi gli stati nazionali ad applicare le loro norme penalistiche agli Internet service provider.** Gli Stati membri possono adottare provvedimenti necessari alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 3 della Direttiva. La Corte, perciò, adotta un'interpretazione ampia dell'ambito regolamentato ai sensi della direttiva sul commercio elettronico, perché considera la disciplina non limitata alle prescrizioni e materie armonizzate, ma comprendente qualsiasi prescrizione sull'esercizio e accesso ai servizi della società dell'informazione. La Corte sostiene che **un dispositivo di verifica dell'età degli utenti condiziona l'accesso degli utenti e il divieto imposto agli operatori di diffondere delle informazioni limita il servizio condizionandone il contenuto.**

In secondo luogo, la Sentenza si occupa di verificare se le normative francesi limitino la libera circolazione dei servizi protetta dalla Direttiva. Le regole risultano di fatto e in diritto limitazioni, ma l'**art. 3(4)(a) della Direttiva** consente di derogare al principio, quindi ad uno Stato diverso da quello di origine, e a determinate condizioni, ossia **per la tutela dell'ordine pubblico,**

della sanità pubblica, della pubblica sicurezza e della tutela dei consumatori e solo per determinati individuali servizi. Ai sensi della disposizione di cui alla successiva lettera (art. 3(4)(b) della Direttiva) si richiede la notifica dei provvedimenti nazionali alla Commissione e al diverso Stato membro, che porterebbe all'invito a quest'ultimo a adottare provvedimenti e non rimanere inattivo.

A parere della Corte, **sia la normativa a tutela dei minori che quella sulla circolazione stradale corrispondono alle condizioni della deroga per varie ragioni. Esse riguardano l'ordine pubblico che comprende la tutela dei minori e la pubblica sicurezza**, a cui si può ricollegare il limite alla diffusione di informazioni. Le norme statali sono **proporzionate** rispetto agli obiettivi della Direttiva e sono **dedicate a particolari servizi**. In particolare, **un dispositivo di verifica dell'età dell'utente per i siti pornografici è proporzionato allo scopo di tutelare i minori e la dignità umana, mentre il sopra specificato divieto di diffusione di informazioni è proporzionato all'obiettivo di ordine pubblico, sicurezza e incolumità pubblica**. La Corte ha poi motivato a proposito dell'orientamento giurisprudenziale per il quale provvedimenti generali non sono conformi alla normativa. In proposito, la Corte ha argomentato che l'articolo del codice penale francese è sì generale e astratto, e quindi non risulta rientrante nella portata della lett. a), ma il primo decreto **prevede una modalità individuale con l'invio di una diffida**. Questa modalità è perciò conforme alla **Direttiva e anche confinata ai particolari servizi di contenuti pornografici** governati dalla legge di cui il decreto è attuazione. Un sistema di verifica dell'età per tutti i siti non apparirebbe allora possibile.

La mancata notifica di cui alla lett. b) e richiesta all'altro Stato membro di provvedere a regolare è un obbligo procedurale. La Corte rileva che uno Stato membro può derogare all'obbligo in caso di urgenza e poi notificare al più presto. Spetterà al Consiglio di Stato la verifica di questa circostanza nel caso concreto.

Infine, la Sentenza di occupa del tema spinoso riguardante l'assenza di un obbligo di sorveglianza sulle informazioni trasmesse dai prestatori. La Corte ricorda che la Direttiva stabilisce che un *hosting provider* è esonerato dalla responsabilità se non è a conoscenza delle informazioni trasmesse e non controlla tali informazioni. Si tratta, come noto, di condizioni alternative e autonome. Da ciò rileva che anche solo il controllo, ma non conoscenza, delle informazioni, è fonte di responsabilità dell'*Internet service provider*. **La gestione tramite algoritmo delle condizioni di diffusione di informazioni all'utente è prova di controllo**, come peraltro sostenuto dall'Avvocato generale. Anche in assenza di interventi supplementari di monitoraggio, la predisposizione dell'algoritmo su quali condizioni, in quale ordine e priorità le informazioni sono diffuse è sufficiente a considerare l'operatore un prestatore di *hosting* che non può essere esonerato da responsabilità. Il divieto francese non obbliga il prestatore a una valutazione autonoma del contenuto memorizzato, come stabilito nella causa C-18/18, in cui la medesima Corte ha statuito che l'ingiunzione rivolta a un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere elementi precisi delle informazioni non impone a tale prestatore un obbligo di sorvegliare. L'operatore soggetto all'articolo L. 130-11 del

codice della strada può conformarsi al divieto senza prendere conoscenza del divieto e con strumenti automatizzati. La Direttiva non osta al divieto di diffusione di informazioni a operatori che possono considerarsi *hosting provider* per motivi di ordine pubblico, sicurezza o incolumità pubblica.

In sintesi, **la Sentenza chiarisce che il principio del paese d'origine può riguardare anche disposizioni penali e può essere derogato per motivi di ordine pubblico, tra cui la tutela dei minori, e quindi uno Stato membro può imporre un sistema di verifica dell'età per l'accesso a siti pornografici, governato tramite una diffida anche a *Internet service provider* stabiliti in altri Stati membri, ma determinate condizioni devono essere seguite.** La regola limitativa della libertà di circolazione dei servizi deve essere proporzionata, giustificata da obiettivi generali rientranti nella Direttiva sul commercio elettronico, e deve essere individuale per un determinato servizio, non generale e astratta. Gli Stati membri dovranno quindi verificare la normativa interna di settore, soprattutto con riferimento al criterio individuale e per determinato servizio.

L'esenzione di responsabilità per chi svolge attività di *hosting* è limitata a prestatori meramente passivi, mentre l'utilizzo di algoritmi per governare lo scambio di informazioni con l'utente è considerata prova di controllo. Se vengono diffuse delle informazioni in modo illecito controllandone la modalità o quando non consentito come dal codice della strada francese, quindi, si può essere dichiarati responsabili. In particolare, nella Sentenza si trova affermato, a proposito degli - ora soppressi (v. *infra*) - artt. 14 e 15 della Direttiva, che «l'operatore di un servizio della società dell'informazione consistente in particolare nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio che, mediante un algoritmo, determina, nel proprio interesse o in quello del suo servizio, a quali condizioni, in che modo e con quale ordine di priorità tali informazioni siano diffuse o meno nell'ambito di tale servizio, esercita un controllo su tali informazioni, cosicché non può essere qualificato come prestatore di un 'servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio', ai sensi di tale articolo 14, paragrafo 1, e detto articolo 15, paragrafo 1, non gli è quindi applicabile». Questa lettura della clausola di esonero della responsabilità induce a considerare ad una possibile estensione di quest'ultima rispetto al passato che la vedeva costantemente ed estremamente limitata perché riconosce che lo sviluppo e uso di algoritmi è forma di controllo. L'algoritmo non è neutrale e passivo di per sé, quindi, e si dovrà compiere una valutazione in concreto.

Si rileva, infine, che la Direttiva è stata modificata dal reg. (UE) 2022/2065 (**Digital Service Act** o **DSA**). In particolare, il DSA ha soppresso gli articoli da 12 a 15 della direttiva sul commercio elettronico (e gli artt. 14-17 del suo decreto attuativo, il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, sono stati abrogati dall'art. 3(4) del d.lgs. 25 marzo 2024, n. 50), e la corrispondente nuova disciplina sulla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari si trova negli articoli 4, 5, 6 e 8 del Digital Services Act. Di conseguenza, le questioni generali riportate e analizzate sulla responsabilità dovranno essere nuovamente confrontate con quanto prescritto dalla nuova normativa, la quale comunque mantiene le condizioni menzionate di esonero per gli *hosting provider* e il non obbligo di

sorveglianza attiva. Tuttavia, al cons. 22 del DSA viene dichiarato che l'indicizzazione automatizzata e le funzioni di ricerca delle informazioni non sono considerate prove dell'attività. Inoltre, il cons. 89 del DSA indica la necessaria protezione dei minori da parte dei fornitori di piattaforme online di grandi dimensioni. Si dovrà attendere l'adeguamento nazionale e la verifica da parte degli Stati membri sulla compatibilità delle norme interne esistenti con il nuovo assetto. In ogni caso, si può anche richiamare, come ha fatto in un punto la Corte, la dir. (UE) 2018/1808 sui servizi di media audiovisivi che già considera gli strumenti per la verifica dell'età dei minori come misure a protezione del loro sviluppo fisico, mentale e morale.

GIORGIA BINCOLETTA

[Testo ufficiale](#)

2026/2(23)RMa-MCG

Il provvedimento del Garante privacy italiano n. 342 del 14.5.2026 di avvertimento nei confronti di Myndoor s.r.l. per possibile violazione del GDPR e del Codice privacy in relazione a un componente aggiuntivo per le piattaforme di messaggistica aziendale Slack e Teams finalizzato a rilevare linguaggio, emozioni e livello di stress psicologico dei lavoratori

Con il [provvedimento n. 342 del 14.5.2026](#), il Garante per la protezione dei dati personali (il **Garante**) ha emesso un avvertimento nei confronti di *Myndoor S.r.l.*, *start-up* italiana che **ha sviluppato un *plug-in* integrabile nelle piattaforme di messaggistica aziendale Microsoft Teams e Slack.**

L'applicativo utilizza **tecniche di IA e di analisi semantica – la c.d. *sentiment analysis* – per esaminare il contenuto testuale dei messaggi degli utenti e stimarne il livello di *stress* psicologico, restituendo indicazioni personalizzate per il benessere.** Il lavoratore sceglie volontariamente se attivare il servizio.

L'istruttoria, avviata d'ufficio a seguito di notizie di stampa, ha escluso che un ente pubblico inizialmente indicato avesse acquistato il servizio, spostando l'attenzione del Garante sulle modalità con cui il *plug-in* potrebbe essere impiegato dalle imprese che decidano di metterlo a disposizione del proprio personale. ***Myndoor* ha dichiarato di operare quale autonomo titolare del trattamento: il rapporto si instaura direttamente tra la società e i lavoratori che scelgono di utilizzarlo, senza che il datore di lavoro possa accedere ai contenuti delle comunicazioni né ai risultati individuali.** Il Garante ha assimilato questa configurazione ad **altri servizi di *welfare* aziendale – come le assicurazioni sanitarie o i servizi di assistenza psicologica – in cui il datore sostiene il costo della prestazione senza acquisire informazioni sulla sua concreta fruizione.**

Il principale profilo critico è la funzionalità di reportistica aggregata: l'impresa cliente può richiedere un *report* settimanale sul livello di *stress* della propria popolazione aziendale, generabile solo in presenza di almeno dieci utenti attivi. Nell'unico caso esaminato, non sono emersi elementi che consentissero all'azienda destinataria di risalire all'identità dei



singoli lavoratori, sicché il Garante non ha accertato una comunicazione illecita né individuato specifiche responsabilità. Tuttavia, **la soglia di dieci utilizzatori non garantisce in assoluto l'anonimato**, atteso che nelle realtà di ridotte dimensioni, anche un dato statistico potrebbe consentire inferenze sullo stato psicologico dei singoli.

L'avvertimento *ex art. 58(2)(a) GDPR* si fonda proprio su tale rischio. Orbene, il Garante ha invitato *Myndoor* ad adottare misure tecniche e organizzative idonee a impedire che gli enti e le imprese clienti possano venire a conoscenza, anche indirettamente e attraverso i *report* aggregati, delle informazioni trattate. L'intervento richiama i principi di responsabilizzazione e di protezione dei dati fin dalla progettazione (artt. 24 e 25 GDPR): le funzionalità prive di idonea base giuridica o incompatibili con le finalità del trattamento devono essere valutate ed eventualmente disattivate già in sede di progettazione del prodotto.

In tale contesto, l'art. 113 del d.lgs. 196/2003 (**codice privacy** o il **Codice**), rinviando al divieto di raccogliere dati non pertinenti rispetto all'attività lavorativa previsto dall'**art. 8 l. n. 300/1970 (Statuto dei lavoratori)**, comporta che **le informazioni relative alla sfera emotiva dei dipendenti, e quindi al loro stato di benessere o stress psicologico, non possano essere conosciute dal datore di lavoro. Analogamente precluse sono le finalità di "medicina preventiva, diagnosi e assistenza"** indicate nell'informativa di *Myndoor*: l'**art. 5 dello Statuto dei lavoratori** vieta al datore di compiere autonomamente accertamenti sanitari sui dipendenti, e la normativa sulla salute e sicurezza (**d.lgs. n. 81/2008**) riserva tali funzioni al solo medico competente.

Il provvedimento richiama altresì l'art. 5(1)(f) del reg. (UE) 2024/1689 (**AI Act** o **AIA**), che vieta l'immissione sul mercato, la messa in servizio per tale specifica finalità o l'uso di sistemi di intelligenza artificiale destinati a inferire le emozioni nei luoghi di lavoro. Il Garante non afferma che *Myndoor* abbia violato tale disposizione - tanto più che l'**AI Act definisce il "sistema di riconoscimento delle emozioni"** facendo riferimento a **dati biometrici** (art. 2, nn. 39) e 34) AIA), **mentre il *plug-in* realizza analisi di testo** (messaggi scambiati dai lavoratori) - ma sembra averla utilizzata in funzione sistematica e rafforzativa, confermando che gli *output* emotivi non devono raggiungere il datore di lavoro.

RICCARDO MARAGA/MARIA CHIARA GAROFALO

[Provvedimento del 14 maggio 2026](#)

2026/2(24)AGa

Il provvedimento sanzionatorio n. 419 del 28.5.2026 adottato dal Garante privacy italiano nei confronti di AgID per violazione del GDPR in relazione alla migrazione da INI-PEC a INAD

Con il [provvedimento n. 419 del 28.5.2026](#) (doc. web n. 10259701), il Garante per la protezione dei dati personali (il **Garante**) ha dichiarato illecito il trattamento effettuato dall'Agenzia per l'Italia digitale (**AgID**) nell'ambito

dei trattamenti degli indirizzi PEC (di posta elettronica certificata) in occasione della creazione e della gestione dell'Indice nazionale dei domicili digitali (INAD), così applicando una sanzione amministrativa pecuniaria di 55.000 euro, in ragione della violazione degli obblighi previsti dal reg. (UE) 2016/679 (GDPR).

La decisione riguarda il trasferimento nell'INAD degli indirizzi di posta elettronica certificata dei professionisti iscritti nell'INI-PEC. I due indici rispondono a funzioni collegate, ma non coincidenti. L'INI-PEC contiene gli indirizzi PEC comunicati da imprese e professionisti per l'esercizio dell'attività professionale, mentre l'INAD è il pubblico elenco dei **domicili digitali** delle persone fisiche, dei professionisti e degli altri enti non tenuti all'iscrizione nel registro delle imprese o in albi professionali. Il domicilio digitale iscritto nell'INAD può essere utilizzato anche per comunicazioni e notificazioni che riguardano la persona nella sua sfera privata.

L'art. 6-quater(2), del d.lgs. 82/2005 (**codice dell'amministrazione digitale o CAD**) prevede che, per i professionisti iscritti in albi ed elenchi, il domicilio digitale corrisponda inizialmente all'indirizzo già presente nell'INI-PEC. La norma riconosce tuttavia al professionista il diritto di eleggere un indirizzo diverso. In attuazione di tale disciplina, **dal giugno 2023, AgID ha proceduto all'acquisizione automatica degli indirizzi dei professionisti dall'INI-PEC e, dal successivo mese di luglio, li ha pubblicati nell'INAD, diventando consultabili da chiunque senza autenticazione.**

Proprio perché l'indirizzo PEC professionale era destinato, ai sensi del già citato art. 6-quater(2) CAD, a essere utilizzato anche come domicilio digitale personale, le Linee guida adottate dalla stessa AgID riguardanti le regole tecniche e organizzative per la gestione dell'INAD, avevano previsto una specifica garanzia. **L'indirizzo trasferito dall'INI-PEC avrebbe dovuto essere inserito nell'INAD in via provvisoria e non essere pubblicato per trenta giorni. Durante tale periodo il professionista avrebbe dovuto ricevere l'informativa sul trattamento e le istruzioni necessarie per modificare l'indirizzo o impedirne la pubblicazione.** La misura recepiva una condizione formulata dal Garante nel **parere del 22 luglio 2021**, diretto a ridurre i rischi derivanti dall'automatica trasformazione di un recapito professionale in un domicilio utilizzabile anche per comunicazioni personali. L'istruttoria, avviata anche in seguito a reclami e segnalazioni, ha accertato che tale procedura non era stata applicata in modo adeguato. **I professionisti non avevano ricevuto, prima della pubblicazione, alcuna informazione** in merito al loro trasferimento nell'INAD del proprio indirizzo PEC. La **comunicazione inviata da AgID nel giugno 2023 ad alcuni Ordini e Collegi professionali** non è stata ritenuta sufficiente dal Garante. Non comprendeva tutte le categorie presenti nell'INI-PEC, non imponeva ai destinatari una diffusione capillare presso gli iscritti e non consentiva ad AgID di verificare che l'informazione fosse effettivamente giunta agli interessati.

Il Garante ha rilevato come la carenza informativa assume rilievo anche sotto il profilo sostanziale. L'indirizzo PEC, raccolto e pubblicato nell'INI-PEC per esigenze connesse all'attività professionale, viene utilizzato nell'INAD

anche per ricevere comunicazioni relative alla vita privata. Il professionista, non conoscendo il trasferimento, non era posto nella condizione di valutare se mantenere tale indirizzo o eleggerne uno diverso. Inoltre, **la casella professionale poteva essere accessibile a collaboratori di studio**, con il rischio che questi venissero a conoscenza di comunicazioni personali destinate esclusivamente all'interessato.

Su queste basi, il Garante ha ritenuto violati i principi di liceità, correttezza e trasparenza previsti dall'art. 5(1(a) GDPR, nonché del principio di limitazione della finalità, di cui alla lettera b) dello stesso articolo, in quanto il dato era stato originariamente raccolto per finalità professionali ed era poi divenuto utilizzabile anche come recapito personale, senza l'applicazione delle garanzie previste.

La condotta ha integrato anche la violazione degli articoli 12 e 14 del GDPR in relazione all'assenza di informativa quando i dati non sono raccolti direttamente presso l'interessato. AgID aveva invocato l'esenzione prevista dal paragrafo 5, sostenendo che una comunicazione individuale a circa due milioni di professionisti avrebbe richiesto uno sforzo sproporzionato e che il trasferimento era previsto dalla legge. Tuttavia, il Garante ha escluso l'applicabilità di tali eccezioni. La successiva diffusione di un comunicato tramite il Ministero e gli Ordini professionali dimostrava che erano disponibili modalità informative più efficaci. Inoltre, la garanzia prevista dalle Linee guida costituiva proprio la misura necessaria affinché il trasferimento imposto dalla legge fosse compatibile con la tutela degli interessati.

È stata infine accertata la violazione dell'articolo 25 GDPR, relativo alla *privacy by design* e *by default*, poiché il sistema avrebbe dovuto impedire la pubblicazione immediata degli indirizzi e consentire agli interessati di esercitare preventivamente le proprie scelte. La tardiva allegazione delle misure informative adottate, avvenuta solo dopo due anni di istruttoria, ha comportato anche la violazione del principio di accountability di cui all'articolo 5, paragrafo 2 del GDPR.

ANDREA GABRIELLI

[Provvedimento del 28 maggio 2026](#)

2026/2(25)CI

Il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM di 2 milioni di euro a Deghi S.p.A. per pratica commerciale scorretta per promozioni e sconti a termine sollecitati con “contatori alla rovescia”

Con il [provvedimento n. 31999 del 23 giugno 2026](#), l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM o l'**Autorità**) ha irrogato alla società Deghi S.p.A. (**Deghi**) una sanzione di 2 milioni di euro per aver mostrato, per quasi due anni, nelle pagine dedicate ai prodotti del proprio sito internet, un “contatore alla rovescia” (o *countdown*) volto a pubblicizzare sconti a termine che, alla scadenza, venivano riproposti alle medesime condizioni economiche mediante il riavvio del contatore. Secondo l'Autorità, tale condotta integrava

una pratica commerciale scorretta, in quanto idonea a rappresentare in modo ingannevole la durata degli sconti e la convenienza economica dei prezzi applicati.

La decisione giunge all'esito di un'istruttoria avviata nel 2025 a seguito di alcune segnalazioni dei consumatori. Deghi è una società italiana specializzata nell'*e-commerce* di prodotti per l'arredamento di interni, il bagno e il giardino, che svolge la propria attività principalmente attraverso il proprio sito internet www.deghi.it. Il procedimento concerne un'unica pratica commerciale, posta in essere almeno dall'inizio di gennaio 2024 fino alla fine di dicembre 2025, consistente nella prospettazione ingannevole di prezzi e sconti promozionali, in violazione degli articoli 20, 21, 22 e 23(1)(g) del d.lgs. 206/2005 (**codice del consumo** o **c.cons.**).

Il *countdown timer* costituisce uno dei più noti esempi di *dark pattern*, ossia tecniche di progettazione delle interfacce di siti web e applicazioni digitali che, attraverso la configurazione dell'ambiente di scelta, sono idonee a falsare il processo decisionale degli utenti-consumatori. In particolare, il *countdown* indica il tempo residuo per beneficiare di un'offerta e, prospettandone l'imminente scadenza, fa leva sulla pressione temporale e sul timore di perdere condizioni economiche apparentemente favorevoli per accelerare la decisione di acquisto.

Nel caso Deghi, tuttavia, il profilo di scorrettezza non derivava dall'impiego del conto alla rovescia in quanto tale, né dalla sua capacità di generare un senso di urgenza. Le promozioni limitate nel tempo costituiscono infatti una tecnica commerciale di per sé lecita, purché la scadenza indicata corrisponda all'effettiva cessazione delle condizioni promozionali. Nel caso di specie, invece, una volta decorso il termine, il medesimo prezzo continuava ad essere applicato e il *countdown* veniva nuovamente avviato. La scadenza prospettata risultava, pertanto, fittizia e idonea a indurre il consumatore ad anticipare la decisione di acquisto per non perdere lo sconto. Il *countdown* costituiva dunque parte integrante della rappresentazione ingannevole della durata e delle condizioni dell'offerta.

Particolare rilievo assumono, sotto il profilo probatorio, gli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria. Dalla documentazione interna emergeva che il ricorso al contatore era consapevolmente diretto a sollecitare l'acquisto, facendo leva sull'"impazienza" del consumatore. A ciò si aggiungevano le dichiarazioni rese dal Presidente del Consiglio di amministrazione della società, dalle quali risultava che il *countdown* veniva rinnovato fino all'esaurimento dei prodotti da smaltire.

Il provvedimento affronta inoltre la prospettazione dei prezzi promozionali. L'Autorità ha rilevato che, per diversi prodotti, lo sconto veniva calcolato rispetto al prezzo pieno, anziché rispetto al prezzo più basso applicato nei trenta giorni precedenti. Il reiterato rinnovo del *countdown* contribuiva così a rappresentare l'offerta come eccezionale e temporanea, sebbene il medesimo prezzo fosse già stato applicato nel periodo precedente.

Nel corso del procedimento, Deghi ha contestato la rilevanza e l'idoneità decettiva della condotta. La società ha sostenuto che le promozioni riguardassero soltanto una quota limitata dei prodotti e fossero impiegate



principalmente per lo smaltimento di giacenze, articoli stagionali o prodotti acquistati a condizioni economicamente sfavorevoli.

Quanto alla reiterazione del *countdown*, Deghi ha qualificato la prosecuzione delle offerte non come l'avvio di nuove promozioni, bensì come una proroga della campagna originaria, resa necessaria dal mancato esaurimento delle scorte. Su tale presupposto, la società riteneva legittimo continuare a calcolare la riduzione rispetto al prezzo applicato prima dell'inizio della campagna, anziché rispetto al prezzo promozionale praticato nei trenta giorni precedenti. Deghi ha inoltre escluso che il contatore fosse idoneo a esercitare una pressione significativa sui consumatori. A sostegno di tale tesi, ha rilevato che il *countdown* aveva normalmente una durata di trenta giorni, non era accompagnato da espressioni quali “ultima occasione” o “offerta irripetibile” e lasciava, pertanto, un intervallo temporale sufficiente per confrontare le offerte. La società ha altresì richiamato dati interni dai quali emergeva che soltanto una parte degli acquisti era stata conclusa negli ultimi cinque giorni della promozione, sostenendo, più in generale, la portata circoscritta della condotta e l'assenza di un concreto pregiudizio per i consumatori.

L'Autorità ha tuttavia respinto le argomentazioni formulate da Deghi. Quanto alla qualificazione della prosecuzione dell'offerta come mera “proroga”, ha osservato che la società non aveva informato i consumatori che, alla scadenza del contatore, le medesime condizioni economiche sarebbero rimaste applicabili. La rappresentazione dell'offerta lasciava, al contrario, intendere che lo sconto sarebbe cessato al termine indicato. Dalle risultanze istruttorie emergeva inoltre che, una volta scadute, le promozioni venivano riattivate manualmente mediante l'inserimento di nuove date di inizio e di fine. Ai fini della valutazione della pratica rilevava, pertanto, il modo in cui l'offerta era presentata al consumatore, e non la qualificazione attribuita internamente dalla società alla sua prosecuzione.

L'AGCM ha altresì escluso che la durata di trenta giorni del *countdown* fosse sufficiente a escludere il carattere ingannevole della pratica. Il profilo rilevante non era infatti la durata della promozione considerata isolatamente, bensì la falsa rappresentazione della sua scadenza. Il consumatore era indotto a ritenere che l'offerta sarebbe cessata al termine indicato, mentre, una volta decorso tale termine, essa veniva riproposta alle medesime condizioni.

Neppure i dati relativi agli acquisti conclusi negli ultimi giorni della promozione sono stati ritenuti decisivi. L'Autorità ha osservato che tali dati non dimostravano che l'induzione all'acquisto si producesse soltanto in prossimità della scadenza e che, in ogni caso, ai fini dell'accertamento della scorrettezza non era necessario dimostrare che il *countdown* avesse concretamente determinato uno specifico numero di operazioni, essendo sufficiente la sua idoneità a incidere sulla decisione commerciale del consumatore.

L'Autorità ha infine respinto la tesi secondo cui, trattandosi di un'unica campagna promozionale prorogata nel tempo, lo sconto potesse continuare a essere calcolato rispetto al prezzo pieno antecedente al suo avvio. Poiché i consumatori non erano stati informati né della durata complessiva della campagna né delle successive proroghe, il prezzo di riferimento avrebbe dovuto coincidere con il prezzo più basso applicato nei trenta giorni

precedenti, ai sensi dell'articolo 17-bis c. cons. Il prezzo barrato e la percentuale di riduzione calcolata rispetto al prezzo pieno erano, pertanto, idonei a rappresentare una convenienza economica superiore a quella effettiva.

Alla luce delle valutazioni svolte, l'Autorità ha ritenuto che la condotta integrasse un'unica pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 20, 21, 22 e 23(1)(g) c. cons., vietandone la reiterazione. Ai fini della quantificazione della sanzione, l'AGCM ha tenuto conto delle condizioni economiche della società, della particolare gravità della violazione e della sua durata. In particolare, ha attribuito rilievo alla consapevolezza con cui Deghi aveva utilizzato il *countdown* per rendere maggiormente attrattive le promozioni e indurre i consumatori all'acquisto, nonché al carattere particolarmente insidioso di tale tecnica, basata sull'urgenza e sull'euristica della scarsità. L'Autorità ha inoltre considerato le ambiguità e le omissioni informative riscontrate nella presentazione dei prezzi, degli sconti e dell'effettiva convenienza economica dei prodotti. Sulla base di tali elementi, ha irrogato a Deghi una sanzione pecuniaria complessiva di 2 milioni di euro.

CECILIA ISOLA

[Testo ufficiale](#)

2026/2(26)AR

L'ordinanza della Cassazione n. 20945/2026 sul requisito della sottoscrizione a parte e con firma digitale ai sensi dell'art. 1341 c.c.

Con l'ordinanza n. 20945 del 20 giugno 2026, la Terza Sezione civile della Corte di Cassazione si è pronunciata sulla sottoscrizione delle clausole vessatorie nei contratti telematici conclusi tra professionisti.

In particolare, la controversia decisa dalla Suprema Corte trae origine da un contratto di fornitura di energia elettrica concluso mediante **procedura touch point**, ossia mediante adesione all'offerta commerciale pubblicata sul sito web del fornitore con perfezionamento del consenso attraverso la «**spunta**» — con un *click* del *mouse* — di una serie di caselle (i *flag*) ciascuna corrispondente a una determinata condizione contrattuale.

Allegando che il fornitore avesse unilateralmente modificato le condizioni economiche del contratto, aumentando illegittimamente il costo del servizio reso, l'altra parte del negozio lo ha citato in giudizio dinanzi al Tribunale di Viterbo — quale foro del luogo in cui l'obbligazione era sorta e doveva essere eseguita ex art. 20 c.p.c. — chiedendo la condanna alla restituzione delle somme indebitamente percepite.

Costituito in giudizio, il fornitore ha tuttavia eccepito l'incompetenza territoriale del giudice adito, invocando la clausola delle condizioni generali che fissava la competenza esclusiva presso il foro di Roma.

A supporto di tale eccezione il fornitore ha rilevato che l'onere della doppia sottoscrizione richiesto dall'art. 1341, comma 2, c.c. fosse stato correttamente assolto mediante il «**doppio flag**», ossia la duplice selezione della casella dedicata all'approvazione specifica della clausola di competenza



convenzionale contenuta nel documento predisposto dalla medesima società convenuta.

Il Tribunale di Viterbo, pur reputando la clausola inefficace per difetto della specifica approvazione, ha nondimeno declinato la propria competenza in favore del Tribunale di Roma, individuando in quella città — sede del fornitore, creditore dell'obbligazione pecuniaria — il luogo di adempimento dell'obbligazione di pagamento e, dunque, il foro competente ai sensi dell'art. 20 c.p.c.

Avverso tale decisione il cliente ha proposto regolamento di competenza, devolvendo la questione alla Corte di Cassazione.

Nel giudizio di legittimità, il fornitore, con la memoria difensiva, ha riproposto la questione della validità della clausola sul foro convenzionale, per l'ipotesi in cui il regolamento fosse risultato fondato.

Investita della questione, dunque, **la Corte ha anzitutto premesso che nella specie non veniva in rilievo la disciplina consumeristica, stante la pacifica natura di professionisti di entrambe le parti e, dunque, il carattere B2B del contratto. Il problema, a giudizio del Collegio, si riduceva pertanto a stabilire se l'art. 1341, comma 2, c.c. trovasse applicazione anche ai negozi del commercio elettronico:** questione che la Corte — in adesione alla requisitoria del Procuratore Generale — ha ritenuto di dover risolvere alla luce della disposizione di cui al **primo comma dell'art. 13 del d.lgs. 70/2003** (recante le norme di attuazione della direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE), rubricato *Inoltro dell'ordine*, a mente del quale **le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica.**

Sulla base di tale disposizione, la Corte ha concluso che **anche le clausole vessatorie contenute nei contratti stipulati per via telematica** — tra cui quella sul foro convenzionale — **richiedono, per essere efficaci, la doppia firma secondo i canoni dell'art. 1341, comma 2, c.c.**

Una volta chiarita la astratta applicabilità della disciplina delle condizioni generali di contratto al negozio in esame (concluso *on line*), la Corte si è occupata della idoneità del sistema predisposto dalla società convenuta (vale a dire la procedura *touch point*) a soddisfare il requisito della doppia sottoscrizione di cui all'art. 1341, comma 2, c.c., pronunciandosi in negativo. Sul piano generale, il Collegio ha anzitutto chiarito che l'approvazione di simili clausole richiede la sottoscrizione mediante firma elettronica, reputando sufficiente quella c.d. leggera (di regola apposta mediante l'inserimento sulla piattaforma web di un codice OTP trasmesso via sms o *e-mail*) ogniqualvolta il contratto non sia soggetto a forma scritta *ad substantiam*.

La Corte ha però precisato come **in ogni caso non si possa prescindere dalla consapevolezza del consenso e dal carattere specifico dell'approvazione, secondo quanto l'elaborazione giurisprudenziale ha da tempo coniato riguardo alle modalità tradizionali di sottoscrizione delle clausole vessatorie, anche nei contratti non formali.**

Grava perciò sul prestatore del servizio l'onere di predisporre, nel percorso di conclusione del contratto *on line*, un apposito *form* riservato

alla clausola vessatoria — o alle clausole vessatorie, se richiamate o raggruppate — ove il firmatario possa approvarle apponendo la propria firma elettronica.

Solo così la clausola può spiegare efficacia, non essendo a tal fine sufficiente la mera spunta della casella.

Applicando tale regola alla vicenda in esame, la Corte ha escluso che la procedura *touch point* predisposta dal fornitore potesse dirsi compatibile con il precetto di cui all'art. 1341(2) c.c., data la mancanza di autonomia e specifica sottoscrizione, nelle forme sopra indicate, della clausola vessatoria. A giudizio della Corte, dunque, occorre tenere distinta la spunta della casella dalla sottoscrizione elettronica. La prima attesta soltanto che l'utente ha compiuto un'azione nel percorso di adesione; la seconda imputa al firmatario una manifestazione di volontà riferita a quella determinata clausola. Solo la seconda integra l'approvazione per iscritto richiesta dall'art. 1341, comma 2, c.c.

In definitiva, la Corte ha dichiarato la competenza per territorio del Tribunale di Viterbo, fissando il termine di tre mesi dalla comunicazione dell'ordinanza per la riassunzione e enunciando il seguente principio di diritto:

“in tema di contratti conclusi telematicamente tra professionisti ed aventi ad oggetto beni o servizi della società dell'informazione, poiché l'art. 13, comma 1, del D.Lgs. n. 70 del 2003 stabilisce che si applicano le ordinarie regole sulla conclusione dei contratti, la clausola vessatoria deve essere specificamente approvata per iscritto dall'acquirente, ai sensi dell'art. 1341, comma secondo, c.c., mediante firma digitale — che nel caso di contratti non soggetti a forma ad substantiam ex art. 1350 c.c. può assumere la veste della firma elettronica (o c.d. digitale leggera), di cui all'art. 3, punto 10, del Regolamento UE n. 910 del 2014 (c.d. eIDAS) —, non essendo di per sé sufficiente la mera "spunta" (o "flaggatura") della casella corrispondente alla clausola stessa”.

ALFREDO ROCCHI

[Testo ufficiale](#)

