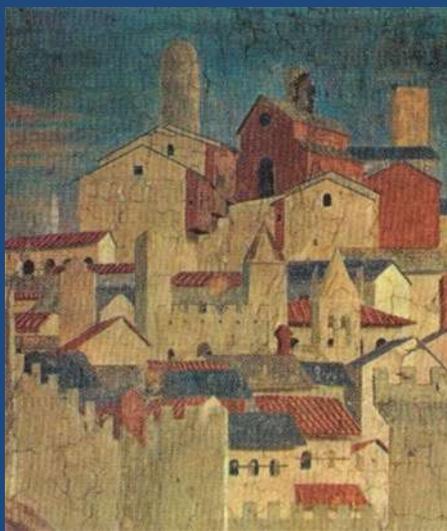


# PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

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

Anno 2024 – Numero 2

ISSN 2239-8570

*Persona e Mercato* è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

**Direttore** 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; Stefano Pagliantini; 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; 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; Valentina Calderai; Mario Pio Calogero; Marco Francesco Campagna; Simona Caporusso; Gabriele Carapezza Figlia; Valeria Caredda; Roberto Carleo; Sonia Carmignani; Achille Antonio Carrabba; Raffaele Caterina; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Bianca Checchini; Maddalena Cinque; Maria Antonia Ciocia, Claudio Colombo; Nicola Corbo; Alessandra Cordiano; Camilla Crea; Fabrizio Criscuolo; Vincenzo Cuffaro; Alessandro D'Adda; Valeria De Lorenzi; Francesco Delfini; Matteo Della Casa; Stefano Deplano; Francesca Di Lella; Mirko Faccioli; Rocco Favale; Alessia Fachechi; Marco Farina; Lourdes Fernandez Del Moral Dominguez; Edoardo Ferrante; Federico Ferro-Luzzi; Nicoletta Ferrucci; Arianna Finessi; Giancarlo Filanti; Massimo Foglia; Luigi Follieri; Giampaolo Frezza; Arianna Fusaro; Francesco Gambino; Bianca Gardelli Tedeschi; Rosaria Giampetraglia; Stefania Giova; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Mauro Grondona; Freddy Andrés Hung Gil; Paola Iamiceli; Claudia Irti; 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; Sabrina Praduroux; Massimo Proto; Roberto Pucella; Vincenzo Putorti; Maddalena Rabitti; Andrea Renda; Francesco Rende; Giorgio Resta; Francesco Ricci; Vincenzo Ricciuto; Nicola Rizzo; Umberto Roma; Lucia Ruggeri; Antonio Saccoccio; Ugo Salanitro; Gabriele Salvi; Giovanna Savorani; Martin Schmidt-Kessel; Anna Scotti; Tommaso Oberdan Scozzafava; Roberto Senigaglia; Anna Maria Siniscalchi; Umberto Stefini; Giovanni Stella; Chiara Tenella Sillani; Giulia Terlizzi; Mauro Tesaro; 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); Federico Della Negra; Edoardo Messineo; Daniela Santarpia Chiara Sartoris; Giulia Torre.

E-mail: [info@personaemercato.it](mailto:info@personaemercato.it) Web: [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

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

ISSN 2239-8570

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

Tutti i contributi sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori, ad eccezione dell'Osservatorio a cura dell'OGID, esonerato ai sensi del vigente Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato dall'ANVUR.

## Saggi

Persona e Pluralismo, di Giuseppe Vettori .....	p. 325
Consenso al trattamento e liceità, di Salvatore Orlando .....	p. 333
Estinzione del credito tra dottrina della Verwirkung e perdita del diritto come “pena privata”, di Francesco Longobucco .....	p. 365
Il dovere di rinegoziazione: spunti ricostruttivi a partire dall’eredità dell’emergenza pandemica, di Andrea Maria Garofalo .....	p. 391
L’art. 2035 c.c.: se l’irripetibilità della prestazione turpe è coerente con il sistema della nullità, di Silvia Brandani .....	p. 445
Il tipo contrattuale “destrutturato”. Sull’applicazione della disciplina dei singoli tipi ai contratti misti, di Michael William Monterossi .....	p. 465

## Commenti

<i>Neuromarketing</i> : un’asistemica disciplina...oltre il consenso?, di Emanuele Tuccari ..	p. 511
<i>Neuromarketing</i> : un inventario di (spuntati) divieti contro il pericolo di una scelta manipolata, di Beniamino Parenzo .....	p. 539
Persone con disabilità, capacità, diritti fondamentali, di Valerio D’Alessandro .....	p. 559
Doveri di informazione delle imprese sostenibili e consumo responsabile nel settore agroalimentare, di Chiara Sartoris .....	p. 591
Indicazioni geografiche e pratiche sostenibili: prime considerazioni alla luce del Regolamento (UE) 2024/1143, di Maria Carlotta Rizzuto .....	p. 615
Situazioni soggettive di fonte europea e private enforcement: il caso delle direttive sulla qualità dell’aria, di Vincenza Conte .....	p. 637

## Osservatorio

Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell’OGID* .....	p. 643
---	--------



# Saggi



## PERSONA E PLURALISMO\*

Di Giuseppe Vettori

| 325

**SOMMARIO: 1. Il genius loci.- 2. Dal soggetto alla Persona. - 3. Personalismo e filosofia dell'impersonale. - 4. La fine del secolo. - 5. Il primo lustro del nuovo millennio. - 6. Le parole chiave. - 7. Il tempo dell'Info-crazia e delle Auto-crazie.**

*ABSTRACT. Si tratta della Premessa ad un mio volume in corso di pubblicazione per i tipi di Olschki. L'idea è che il concetto di Persona vada arricchito con le molte variabili dell'umano e con le attese di chi ancora non c'è. Secondo un ordine espresso da due fattori. Un pluralismo sociale e politico e un'azione ordinante del Diritto, della Filosofia e della storia del pensiero. Persona e Pluralismo dunque come facce della stessa medaglia.*

*This is the foreword to a volume of mine published by Olschki types. The idea is that the concept of the Person should be enriched with the many variables of the human and with the expectations of those who are not yet there. According to an order expressed by two factors: a social and political pluralism and an ordering action of Law, Philosophy, and history of thought. Person and Pluralism thus are sides of the same coin.*

### 1. Il *genius loci*.

Non so se sia vero che i luoghi esprimono un genio che tiene i fili delle passioni degli uomini. Certo è che fra le torri e le cattedrali di Firenze scorre, da secoli, un amore forte per la politica, che accomuna personalità straordinarie, capaci di segnare il proprio tempo e i destini dell'umanità.

Nessun tratto significativo lega personaggi come Machiavelli, Savonarola, La Pira. Nessuna traccia di un semplicistico percorso ideale può ricondurre ad unità ispirazioni ed intenti così diversi. Nessun segnale comune unisce il loro pensiero e le loro azioni. Pure, le vicende personali e intellettuali di tutti loro si sono consumate in un raggio di poche centinaia di metri e sono caratterizzate dallo stesso sentimento di profonda appartenenza alla vita pubblica di Firenze e del mondo.

Il Segretario aveva i propri uffici nella facciata di Palazzo Vecchio che guarda verso San Marco e in quel maestoso complesso le finestre di Savonarola avevano di fronte il grande Palazzo Medici. Fra San Marco e Palazzo Vecchio si è svolta tutta l'esperienza straordinaria di La Pira. Dalla cella, come unica dimora terrena, al suo studio in dialogo con il mondo, sino agli uffici dove ha governato in modo inedito la città e affrontato con forza il tema della pace.

Se uno spazio e una passione comune non giustificano ancora alcun accostamento, qualche osservazione merita un fatto recente. Il ritorno della salma di La Pira nella chiesa di san Marco.

Oggi in quella Chiesa a Firenze, sono raccolte le spoglie di alcuni dei più Grandi Uomini che nel corso di 500 anni hanno dedicato opere e parole decisive sul valore della Persona.

Fra loro ricordo solo Pico della Mirandola e Giorgio La Pira.

Durante la quaresima del 1491 alla Badia Fiesolana, voluta e costruita da Cosimo il Vecchio, sede ora dell'Istituto europeo, si riunirono Pico della Mirandola e Agnolo Poliziano, insieme a Marsilio Ficino e ai membri dell'Accademia platonica. Con un programma forte. Tentare «di coniugare il messaggio evangelico e la *paideia* degli antichi», per foggiare «la visione in cui l'umanesimo si è sempre riconosciuto»<sup>1</sup>: un uomo, si dice nell'Orazione di Pico, capace di ottenere e possedere «ogni cosa secondo il (suo) desiderio e la (sua) volontà», «di assumere qualunque aspetto», «libero da qualunque vincolo» per stabilire la sua natura in base ad un «arbitrio» assegnato da Dio a ciascuno. Un uomo collocato «al centro del mondo», «né celeste né terreno, né mortale né immortale», «investito dell'onore di decidere liberamente» e di configurarsi nella forma che preferirà»<sup>2</sup>.

Nel 1944, Giorgio La Pira si allontanò da Firenze per sottrarsi ad un ordine di cattura della polizia fascista ed iniziò, nella solitudine della fuga, una riflessione sulla condizione dell'uomo di allora, muovendo da un punto di

\*Si tratta della Premessa di un volume di prossima pubblicazione per i tipi di Olschky.

<sup>1</sup> E. BALDUCCI, *La terra del tramonto. Saggio sulla transizione*, Prato, 1992, riedito da Giunti, Firenze, 2005, pp. 6-7.

<sup>2</sup> G. PICO DELLA MIRANDOLA, *La Dignità dell'uomo*, a cura di R. Ebgli, trad. it. a cura di F. Padovani, Torino, 2021, pp. 7-9.

vista, una *Weltanschauung*, capace di dare risposta agli interrogativi sui problemi essenziali della realtà e della Storia<sup>3</sup>.

Occorre ora dire qualcosa sull'idea centrale di questo editoriale e su ciò che ci conduce alla contemporaneità.

## 2. Dal soggetto alla persona

Il percorso dal soggetto alla persona è scandito benissimo agli inizi di questo secolo, seguendo l'impianto costituzionale, la riforma dei codici e la Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione europea. Ove assumono rilievo le diversità e l'autodeterminazione come valori che completano la struttura dell'ordine giuridico. Le tappe sono note<sup>4</sup>.

La Dignità (artt. 3, 32, 36, 41 Cost.) amplia la dialettica fra eguaglianza formale e sostanziale e fa emergere «le condizioni materiali delle persone concrete». Gli articoli 2 e 139 parlano di diritti e doveri inviolabili e del vincolo della solidarietà. Nell'art. 32 «il sovrano democratico rinnova la promessa di intangibilità della sfera individuale»<sup>5</sup>. Nei primi anni del nuovo secolo si teorizza una nuova figura sociale costruita dal diritto. L'*homo dignus*, titolare di diritti inviolabili e destinatario della promessa di una vita degna di essere vissuta grazie alla inviolabilità dei diritti fondamentali e delle situazioni soggettive di ogni uomo<sup>6</sup>.

Negli ultimi dieci anni è difficile dire se si sia affermato un modello antropologico diverso.

Alcuno osserva, anzi, che la vicenda e la funzione tradizionale del soggetto di diritto pare essere giunta al termine proprio quando una categoria di grande forza persuasiva ci sarebbe di aiuto nell'affrontare i problemi di oggi: dalla tutela nei confronti dei Big data e dell'IA, alla garanzia dei diritti delle generazioni future, alla questione ambientale e della sostenibilità. E si torna a pensare se un fondamento possa trovarsi ancora nella vocazione universale della Persona. Che richiede, certo, una dimensione globale. Scandita, secondo Duncan Kennedy, in tre fasi storiche. Il pensiero classico, fra la metà dell'800 e l'inizio del '900, il pensiero sociale, intorno agli anni '70

<sup>3</sup> G. LA PIRA, *Premesse della Politica e Architettura di uno Stato democratico*, ristampa, Firenze, 1978, p. Xv, «La società borghese e il capitalismo si basano su precise cause metafisiche» che hanno origine «dalla prassi e politica individualista, fiorita fra la fine del 700 e i primi decenni del 800». La genesi del marxismo ha anch'essa cause ideali fondate su «una visione collettivistica e materialista del mondo, dell'uomo e della storia» quale è elaborata con grande rigore da Marx, Engels e Feuerbach. In entrambi i casi «quando la ricerca è condotta sino ai suoi nuclei elementari, la radice metafisica si manifesta ineluttabilmente» e la conclusione è netta: le radici della crisi del tempo prima di essere «crisi politica ed economica, è crisi di idee» e i problemi sociali vanno esaminati muovendo da un punto di vista che li domina, uno sfondo metafisico una *Weltanschauung* che dia risposta agli interrogativi sui problemi essenziali della «realtà»: Dio, l'Universo, l'Uomo, la Società e la Storia.

<sup>4</sup> S. RODOTÀ, *Dal Soggetto alla Persona*, Napoli, 2007.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 15 ss., 44 ss.

<sup>6</sup> S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, Lectio Magistralis in occasione del conferimento della Laurea *honoris causa*, Università di Macerata, 2010, p. 57 ss.

del '900 e il pensiero contemporaneo. Ove la frantumazione del soggetto è in gran parte frutto del forte declino del *Welfare State* e trova conferma nella crescita esponenziale delle diseguaglianze, giunta ad un livello intollerabile. Da qui si articolano tre possibili progetti “de-ricostruttivi”: il rilancio di un’idea forte di giustizia distributiva, attraverso nuovi strumenti; uno statuto credibile sui beni comuni in contrasto con la dicotomia soggetto-oggetto; la riflessione sul non-soggetto nelle varie declinazioni della filosofia dell’impersonale<sup>7</sup>. Ed è questo il percorso più adeguato per una parte della filosofia e della storia delle idee negli ultimi decenni.

### 3. Personalismo e filosofia dell’impersonale.

Come è noto il personalismo, nel corso del Novecento, afferma il valore dell’essere umano in opposizione alle diverse dottrine del tempo (idealismo, positivismo, marxismo ed esistenzialismo) e deve essere coniugato al plurale perché ha una radice religiosa (nella patristica, nella scolastica e nell’umanesimo) ed una laica (rinascimentale, illuministico, romantica). Con un tratto comune lungo tutto il secolo<sup>8</sup>. Si afferma, in modo ricorrente, «ogni volta che la persona è a rischio»<sup>9</sup> e sfocia, negli anni Sessanta e Settanta «in una critica forte al nihilismo e al relativismo»<sup>10</sup>. Per una ragione chiara: «la persona è più che l’individuo egocentrico, è più che lo Stato tota-

<sup>7</sup> M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulla trasformazione di una categoria giuridica*, in F. Bilotta e F. Raimondi (a cura di), *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, Napoli, 2020, p. 47 ss. e ivi il richiamo a D. KENNEDY, *Tree Globalisations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D.M. Trubek e A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, 2006, p. 19 ss.; R. MIGUEZ NUNES, *Le avventure del soggetto. Contributo teorico comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Milano, 2018; G. TEUBNER, *Ibridi e Attanti. Attori collettivi e enti non umani nella società e nel diritto*, Milano-Udine, 2015; E. RESTA, *Potere e diritti*, Torino, 1996, p. 170.

<sup>8</sup> G. FORNERO, S. TASSINARI, *Le filosofie del Novecento*, Milano, 2002, p. 901.

<sup>9</sup> J. MARITAIN, *Umanesimo integrale*, edito in Italia da Studium, con trad. di G.P. Dore, Roma, 1946, a cui seguono dello stesso autore, fra le altre opere, ID. *La Persona e il bene comune*, edito in Italia da Morcelliana, trad.it. di M. Mazzolani, Brescia, 2009; ID., *L'uomo e lo Stato*, edito in Italia da Vita e Pensiero, trad.it. di A. Falchetti, Milano, 1982 e 1992. V. anche L. GRASSI, *Jacques Maritain*, Firenze, 1993, in particolare nell’introduzione ove si riportano il dibattito degli anni Novanta e le critiche su Maritain indicato come «segno di contraddizione» a livello ecclesiale e a livello politico (p. 9); v. F. CARDINI, sul *Il Giornale* del 6 settembre 1992 che definisce “nefasto” il volume sull’Umanesimo integrale e B. VENTAVOLI, *Esplosione la bomba Maritain. I cattolici di fronte all’Umanesimo ‘nefasto’*, in *La Stampa*, del 7 settembre 1992; E. BALDUCCI, *Il cerchio che si chiude*, Genova, 1986 parla di un «suo addio a Maritain già nel 1963 con il libro ID., *Cristianesimo e cristianità*, Brescia, 1963 arrivando a dire, poco dopo, che «il maritainismo funziona come integrismo», v. L. GRASSI, cit., p. 15, nota 4.

<sup>10</sup> G. FORNERO, S. TASSINARI, *Le filosofie del Novecento*, cit., p. 877.

litario, è più che la società massificata nei consumi: la persona è soggetto impegnato nella conquista della libertà»<sup>11</sup>.

La riflessione di Maritain occupa, con adesioni e critiche radicali, oltre quaranta anni del Novecento (dagli anni Venti ai Sessanta) con una visione finalizzata «a rendere possibile una conciliazione di pre-moderno e moderno, in quello che l'uno e l'altro hanno di positivo per una concreta difesa della persona umana nei diversi campi del conoscere dell'agire e del fare»<sup>12</sup>.

Roberto Esposito in Italia e molti altri in Europa, fra la fine del novecento e il nuovo secolo, indicano un percorso diverso.

La filosofia dell'impersonale si oppone sia alla demolizione del concetto di Persona sia al ripristino della sua sacralità<sup>13</sup>. Con una visione chiara. Secondo questo pensiero, il personalismo moderno, in tutte le sue espressioni, da un lato distingue nell'uomo una parte superiore «di tipo razionale o spirituale» e una inferiore «sospinta nel regime dell'oggetto». Dall'altro reputa il concetto di Persona capace di riempire la distanza «fra uomo e cittadino, anima e corpo». Con una contraddizione forte perché tale concetto non è in grado, si osserva, «di ricomporre uno scarto» che esso stessa produce. Separando «una zona razionale e una dimensione biologica»<sup>14</sup>. Quando invece «partire dal corpo, anziché dalla persona, può aiutare a mettere in discussione (in certi casi) lo statuto di entrambi» e può favorire una visione capace di affermare «l'unità dell'essere vivente»<sup>15</sup>. Un'unità espressa

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 878 e ivi il richiamo a J. MARITAIN, *La conquista della libertà*, in A. Pavan (a cura di), *Strutture politiche e libertà*, Brescia, 1968, pp. 7-27, ID. *Una filosofia della libertà*, in A. Pavan (a cura di), *Strutture politiche e libertà*, cit., pp. 9-59; ID. *Cultura e libertà: alcune riflessioni*, Boni, Bologna, 1986.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 878.

<sup>13</sup> R. ESPOSITO, *Terza Persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2007, p. 15. Il pensiero romano a cui si deve il “dispositivo della persona” sorge e si confronta con lo *status* di schiavo “situato a metà o nel transito, da persona a cosa”, “punta visibile di un ordine ove si spostano di continuo le soglie categoriali di tutti gli esseri viventi”. La separazione romana fra persona e uomo “penetra come un cuneo profondo sulla filosofia giuridica e politica moderna” fino a quando la teoria del diritto a partire dal giusnaturalismo cancella progressivamente la tradizione romana anche se resta una traccia profonda nei giuristi. Con “il soggettivismo individualistico dei diritti moderni la separazione romana sembra cedere insieme alla distanza fra maschera e volto “perché la maschera aderisce al volto umano in maniera intrinseca. La nozione di persona è estesa ad ogni soggetto “ma soltanto per quanto riguarda la sua parte razionale e morale.” Sicché torna lo scarto originario implicito nel concetto elaborato dalla dogmatica cristiana e successivamente riconvertito in chiave giuridica. ID., *La persona e le cose*, Torino, 2014, terza di copertina: «né persona né cosa, il corpo umano diventa elemento dirimente nel ripensamento dei concetti e dei valori che governano il nostro lessico, filosofico, giuridico e politico».

<sup>14</sup> R. ESPOSITO, *Terza Persona*, cit., p.17 ss. «Se il nazismo affida la proprietà del corpo alla sovranità statale, la concezione liberale l'assegna alla Persona e in entrambi i casi domina una visione produttivistica della vita, in uno espressa dalla razza eletta, nell'altro dalla massima libertà individuale».

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 18.

dall'impersonale, appunto, come teoria “non oppositiva”, che non annienta la persona ma la “spinge fuori dai suoi confini logici”, astratti e ontologici<sup>16</sup>.

Questa riflessione va confrontata con la dinamica giuridica contemporanea, orientata da parole nuove e parole antiche.

Come si è osservato il diritto privato non è più «semplicemente il codice dei traffici e degli scambi»<sup>17</sup>. Emergono sempre più questioni esistenziali (vita, procreazione, morte). Ben oltre l'unico stampo «originario del soggetto proprietario». Regole e principi privatistici devono «proteggere i deboli e dirigere i forti, divenuti ancor più forti». Il diritto pubblico ha ridimensionato da tempo i suoi significati. Resta la dialettica sulla “dimensione autoritativa” e sul tema esplosivo delle disuguaglianze anche se gli Stati non sono più “i padroni della partita”. Compare con forza l'idea di «un'amministrazione condivisa» da cui dipendono sempre più «il rispetto e l'effettiva salvaguardia dei diritti fondamentali». Oltre la logica della “grande dicotomia” emerge così, fra pubblico e privato, una tensione verso una “dimensione comunitaria”, molto diversa da quella del Novecento.

Il 25 settembre 2015, 193 Paesi hanno manifestato, in un atto comune, la volontà di ripensare il modello globale di crescita economica e sottoscritto l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile. Nel dicembre successivo è stato firmato a Parigi un Accordo per la lotta ai cambiamenti climatici e dato avvio ad un consapevole passaggio d'epoca<sup>18</sup>. Poi all'improvviso un ospite inatteso. Nel 2019 in un tempo brevissimo l'emergenza planetaria ha determinato un mutamento radicale nella vita di tutti. Parole simbolo di un'epoca hanno perso il loro significato ordinante. La pandemia ha accelerato la fine di una narrazione planetaria sulla globalizzazione. Con effetti imprevedibili sugli assetti politici del mondo e sulla vita delle persone. L'Unione europea ha “sospeso” la politica dell'austerità. Le restrizioni alla libertà delle persone a tutela della salute pubblica hanno aperto una discussione accesa. L'emergenza epocale ha indotto a ripensare non solo i rapporti fra individuo e comunità, ma il ruolo del diritto. Il problema di una società sostenibile è divenuto un obiettivo primario<sup>19</sup> e si sono moltiplicati gli interventi dell'Unione europea e le opere di approfondimento in vari settori<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> E. BENVENISTE, *Structures des relations de personne dans le verbe*, 1966, edito in Italia da Il Saggiatore, *Struttura delle relazioni di persona nel verbo*, in ID., *Problemi di linguistica generale*, Milano, 1994, p. 273.

<sup>17</sup> B. SORDI, *Pubblico e privato: ancora su confini, identità, intersezioni*, in F. Pistelli (a cura di), *Diritto pubblico e diritto privato. La grande “dicotomia” ieri e oggi*, Firenze, 2023, pp. 32-35.

<sup>18</sup> Così fra i moltissimi studi E. GIOVANNINI, *L'utopia sostenibile*, Roma-Bari, 2017, p. X. ed ivi il richiamo a Z. BAUMAN, *Retrotopia*, Roma-Bari, 2017.

<sup>19</sup> Su cui si v. ora i limpidi contributi di S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e “pratiche di intelligenza artificiale” vietate nella proposta di Artificial intelligence act*, in *Pers. merc.*, 2022, p. 346 ss. e ID., *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, *ivi*, 2022, p. 527 ss. e, qui, il rinvio a V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 642 ss. spec. p. 652 ss., ID., *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Napoli, 2022, su cui cfr. anche la recensione di G. CARAPEZZA FIGLIA, “*L'equivoco della privacy*”. *Circolazione dei dati personali e tutela della persona*, in *Jus Civile*, 2022, p. 1372 ss., C. SOLINAS, *Autono-*

L'ultima transizione è in atto.

#### 4. Il tempo dell'Info-crazia, delle Auto-crazie e del ritorno della guerra in Europa.

| 331

La storia del dominio è stata descritta con metafore diverse. La caverna di Platone. Il televisore di Orwell. L'*homo videns*<sup>21</sup>.

Oggi la sorveglianza del potere avviene attraverso i dati. L'essere umano è prigioniero delle informazioni, ma la prigione digitale è trasparente. La visibilità del potere si realizza non con l'isolamento ma con la connessione. Gli uomini non si sentono sorvegliati, ma liberi. Libertà ed eguaglianza coincidono. Anche se la nostra vita è sottoposta ad un controllo psicopolitico del comportamento, tramite mezzi nuovi: Big data e IA operano sull'"inconscio nascosto dietro lo spazio dell'azione cosciente". Di più. 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. Anticipato e creato dalle macchine intelligenti e capace di condizionare i nostri desideri e i nostri comportamenti "ad un livello posto al di sotto della soglia di coscienza"<sup>22</sup>.

Le regole esistono a livello europeo, ma i rimedi e le tutele sono in gran parte da costruire<sup>23</sup>.

D'altra parte, è sempre più evidente l'emergere di nuove forme di autocrazia in Europa e nel mondo<sup>24</sup>. Nella diversità degli scenari geopolitici

---

*mia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, Bari, 2022; G. CAPALDO, *Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 334 ss.; E. GIOVANNINI, *L'utopia sostenibile*, Roma-Bari, 2018, p. 27 ss.

<sup>20</sup> L. FLORIDI, *Il verde e il blu*, Milano, 2020. V. anche la Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 novembre 2020 sul tema "Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori" (2020/2021 INI) su cui G. CAPALDO, *La strategia digitale della Risoluzione del Parlamento Europeo del 25.11.2020. "Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori"*, in *Pers. merc.*, 2021, p. 212 ss.

<sup>21</sup> H. BYUNG-CHUL, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete.*, Torino, 2021, p. 8 ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p.18 ss. e D. IMBRUGLIA, *La presunzione delle macchine e il consenso dell'interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 921 ss.

<sup>23</sup> Fondamentale il lavoro di G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, pp. 21 ss., 39-43, 53, 85, 87.

<sup>24</sup> Il 5 giugno del 2023 è stato emesso un comunicato sulla pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia contro la Polonia, nella causa promossa dalla Commissione europea (C-204/21). Questo il fatto. La legge polacca del 2019 contiene due novità. Attribuisce alla Sezione disciplinare della Corte Suprema, "la cui indipendenza e imparzialità non sono garantite", la competenza a decidere sullo status e le funzioni dei giudici e impone agli stessi di comunicare informazioni sulla loro attività privata che vengono poi pubblicate. La Corte ha accolto il ricorso e ha confermato anzitutto la propria competenza a valutare il rispetto dei valori e principi dello Stato di diritto da parte degli Stati membri ed ha deciso che i poteri conferiti alla Corte Suprema siano tali da limitare l'indipendenza dei giudici e da indebolire il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva, prevista dai Trattati.

emerge un dato<sup>25</sup>. Il tentativo di far implodere le basi delle democrazie. In netta dissonanza con gli ideali e le strutture istituzionali pensate nella seconda metà del Novecento. Tanto da far pensare ad un passaggio d'epoca reso evidente dalle guerre in atto in Europa e nel Mediterraneo che scuotono ogni coscienza. A ciò si accompagna una forte preoccupazione per il ruolo di quelle azioni politiche che vogliono riscrivere i presupposti dello Stato di diritto, i legami fra individuo e collettività, i valori espressi nelle Carte costituzionali. Progetti ispirati da visioni diverse. Una liberal-conservatrice, da sempre tiepida o contraria all'esistenza stessa delle Carte costituzionali. L'altra volta alla modifica radicale dei principi fondamentali della Repubblica.

Certo è che l'idea di Persona va arricchita con le molte variabili dell'umano e di chi ancora non c'è. Devono essere resi effettivi i suoi diritti, i doveri e le aspettative all'interno di un ordine democratico. La Sostenibilità esige che si dia ordine ad un nuovo modo di vivere e di pensare. L'Ambiente e il Clima richiedono un'attività con scadenze sempre più ravvicinate. Il contratto, la responsabilità, la proprietà e il mercato, hanno necessità di una regolazione nuova, nel quadro di un ordine plurale in gran parte da costruire.

Tutto ciò esige un ruolo forte della Scienza giuridica nel porre al centro della riflessione la Persona e il Pluralismo delle istituzioni, come due facce della stessa medaglia. Coniata dal sistema delle fonti e poggiato su due pilastri. Il potere legislativo, impegnato nella realizzazione di una società più giusta, e l'inviolabilità dei diritti della Persona, garantita in più occasioni dalla Corte costituzionale.

Questo equilibrio deve essere potenziato e ripensato per costruire le regole più adatte a dare risposta ad ogni problema di vita<sup>26</sup>. Spetta al Diritto, alla Filosofia, alla Storia del pensiero, vigilare sul mantenimento di questi valori, nella consapevolezza, come osserva Bobbio, che «dovunque si è costituito un potere, questo, presto o tardi mostrerà il suo volto demoniaco»<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Nel 2024 sono previste 50 elezioni, in 76 paesi diversi. Oltre alla Russia, l'India, l'Unione europea gli Stati Uniti, la chiamata al voto riguarda circa la metà della popolazione mondiale, circa 2 miliardi di persone. 400 milioni solo in Europa.

<sup>26</sup> M. FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Roma-Bari, 2020, p. 29 ss.

<sup>27</sup> N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, a cura e con un saggio introduttivo di Tommaso Greco, Torino, 2020, p. LIII.

## CONSENSO AL TRATTAMENTO E LICEITA'

Di Salvatore Orlando

| 333

**SOMMARIO:** 1. *L'attualità del dibattito sul consenso privacy e sui suoi requisiti di libertà e consapevolezza.* – 2. *L'illiceità del trattamento dei dati personali per mancanza della base del consenso privacy in difetto di uno dei suoi requisiti di libertà, consapevolezza e manifestazione.* – 3. *La necessità di un dibattito sul requisito di liceità del consenso privacy.* – 4. *L'illiceità del trattamento dei dati personali per mancanza della base del consenso privacy in difetto del suo requisito di liceità laddove il consenso sia prestato per specifiche finalità di trattamento illegittime o il trattamento sia altrimenti vietato alla stregua di norme imperative del diritto unitario o nazionale (consenso illecito).* – 5. *Esempi* - 5.1 *Primo esempio: il consenso privacy esplicito illecito ex art. 9(2)(a) GDPR* - 5.2 *Secondo esempio: il divieto dell'art. 26(3) DSA.* – 5.3 *Terzo esempio: il divieto dell'art. 18(1)(c) del regolamento sul targeting della pubblicità politica.* – 5.4 *Quarto esempio: i divieti dell'art. 7 della direttiva sui lavoratori delle piattaforme online.* – 5.5 *Quinto esempio: i divieti di uso di sistemi di IA dell'art. 5 AI Act.* – 5.6 *Sesto esempio: lo sfruttamento delle vulnerabilità del Sig. Leon.* – 5.7 *Settimo esempio: la piattaforma illegale di concorsi a premi.* – 5.8 *Ottavo esempio: i divieti di trattamento della legge sull'oblio oncologico.* – 5.9 *Et cetera.* – 6. *L'invalidità del consenso privacy per illiceità è idonea a tutelare sia l'interessato che soggetti terzi.* – 7. *Tre aree di approfondimento.* – 7.1 *La finestra con vista fuori del GDPR (il test di legittimità delle finalità di trattamento non è solo endoregolamentare).* – 7.2 *La questione della distribuzione di competenze tra autorità amministrative e giurisdizionali in relazione all'accertamento della legittimità/illegittimità delle finalità del trattamento.* – 7.3 *La ricerca della cassetta degli attrezzi più adeguata per affrontare le sfide ermeneutiche del consenso privacy nella data economy.* – 8. *Critica esemplare al Considerando 40 della direttiva sui lavoratori delle piattaforme online a dimostrazione della necessità di dismettere la concezione che si incentra esclusivamente sui requisiti di libertà e consapevolezza del consenso privacy.* – 9. *Critica esemplare alla formula definitoria del diritto all'oblio oncologico nella legge 193/2023 a dimostrazione della necessità di evidenziare la figura logica del divieto che caratterizza il contemporaneo diritto dei dati.* – 10. *Conclusioni sul consenso privacy come atto di autonomia privata e sulla prospettiva di una nuova stagione di studi sull'atto di autonomia privata di diritto unitario sollecitata dallo studio dell'illiceità del consenso privacy.*

**ABSTRACT.** È generalmente riconosciuto che il consenso privacy è invalido, e cioè non può costituire una valida base per il lecito trattamento di dati personali, in difetto di uno dei suoi requisiti di libertà, consapevolezza o manifestazione fissati espressamente dal GDPR. In questo saggio, l'a. configura un ulteriore requisito di validità del consenso privacy, quello della 'liceità', argomentando che esso consiste nel requisito per cui le specifiche finalità di trattamento dei dati personali per le quali il consenso privacy è prestato devono essere legittime e il trattamento non deve essere altrimenti vietato alla stregua di norme imperative del diritto unitario o del diritto nazionale applicabile. L'a. offre numerosi esempi di consenso privacy

*che, a suo avviso, deve ritenersi tipicamente illecito (per difetto del requisito di liceità) e dunque invalido, pur essendo stato in ipotesi reso dall'interessato in modo libero e consapevole, ed espresso in modo specifico ed inequivocabile, o anche, se richiesto dalla legge, esplicito. Il saggio si sofferma dunque sui problemi ermeneutici collegati all'applicazione del requisito di liceità del consenso privacy, individuando alcune aree di approfondimento. In particolare, l'a. evidenzia le esigenze di coordinamento tra il GDPR e le altre fonti di diritto unitario e nazionale alla stregua delle quali va asseverata la liceità, nonché le esigenze di coordinamento e di cooperazione tra le varie autorità amministrative e giurisdizionali che possono essere di volta in volta coinvolte in relazione al medesimo giudizio. Infine, l'a. argomenta in favore della tesi per la quale il consenso privacy debba essere concepito quale atto di autonomia privata, e spiega perché, a suo avviso, le categorie del divieto e dell'illiceità, con le quali il giurista europeo è tenuto a cimentarsi interpretando il GDPR e le altre fonti dell'erigendo diritto europeo dei dati che fissano limiti all'industria dei dati, costituiscano le categorie dalle quali partire per una nuova stagione di studi sul diritto europeo dell'autonomia privata.*

*It is commonly recognised that privacy consent shall be deemed invalid, i.e. it may not constitute a basis for lawful processing of personal data, lacking one of its requirements of freedom, awareness and disclosure, as provided for by the GDPR. In this essay, the a. identifies 'lawfulness' as a further requirement of privacy consent, arguing that it consists in the requirement that the specific purposes for the personal data processing for which the privacy consent is given shall be legitimate and the processing shall not be otherwise prohibited, in each case on the basis of the operation of mandatory provisions of Union or national law, as applicable. The essay illustrates a number of cases where privacy consent shall be deemed illegal (for lack of the lawfulness requirement) and therefore invalid, although being given freely and in a specific, informed and unambiguous manner by the data subject. The essay further illustrates some problems of interpretation deriving from the application of the lawfulness requirement of the privacy consent. In particular, the a. identifies some issues relating to the coordination between GDPR and the other sources of Union and national law on the basis of which the test to establish whether the processing purposes are legitimate shall be carried out. The a. further underlines the existence of problems of coordination and the need for cooperation between and among the various administrative and judicial authorities that may be involved in connection with the test relevant to the lawfulness requirement of the privacy consent. Finally, the a. argues in favour of the thesis for which privacy consent shall be treated in terms as an act of private autonomy and explains why, in his view, the categories of 'prohibition' and 'unlawfulness' that the European jurists shall deal with in interpreting the GDPR and the other provisions of the rising EU data law setting limits to the data industry, will constitute a useful subject for a new season of legal studies in private autonomy theory as a matter of EU law.*

## 1. L'attualità del dibattito sul consenso privacy e sui suoi requisiti di libertà e consapevolezza.

La discussione sul consenso al trattamento dei dati personali (di seguito per brevità anche “consenso privacy”) come base per il trattamento lecito dei dati personali ai sensi dell’art. 6(1)(a) del Regolamento (UE) 2016/679 (di seguito anche “GDPR” o il “Regolamento”)<sup>1</sup> è tornata di grande attualità dopo le numerose decisioni adottate dallo *European Data Protection Board* (di seguito anche “EDPB”) e dalla Corte di giustizia dell’Unione europea (di seguito anche “CGUE”) in relazione a importanti tipologie di trattamenti di dati personali effettuati da società del gruppo Meta, con le quali, in sintesi, è stata ripetutamente negata la possibilità di utilizzare tanto la base dell’esecuzione del contratto quanto quella del legittimo interesse per i servizi Facebook, Instagram e WhatsApp<sup>2</sup>, con ciò, sostanzialmente, indican-

<sup>1</sup> Art. 6(1)(a) GDPR: “1. Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l’interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; [...]”.

<sup>2</sup> Si fa riferimento innanzitutto alle tre decisioni vincolanti dello EDPB del 5 dicembre 2022 e ai successivi provvedimenti dell’autorità di controllo irlandese nei confronti di Meta del successivo 31 dicembre 2022 (per i servizi FB e Instagram) e di WhatsApp del gennaio del 2023, che hanno impedito a queste piattaforme di continuare ad utilizzare la base dell’esecuzione del contratto.

Successivamente, nell’ambito della controversia tra *Meta Platforms Inc.* e il *Bundeskartellamt* (l’autorità federale garante della concorrenza della Repubblica Federale di Germania) con sentenza del 4 luglio 2023, la CGUE ha dichiarato che l’articolo 6(1)(b) GDPR - che prevede la base giuridica dell’esecuzione di un contratto - debba essere interpretato nel senso che il trattamento di dati personali effettuato da Meta a proposito di Facebook, consistente nella profilazione a fini pubblicitari dell’utente, può essere considerato necessario per l’esecuzione di un contratto del quale gli interessati sono parti solo a condizione che detto trattamento sia oggettivamente indispensabile per realizzare una finalità che costituisce parte integrante della prestazione contrattuale destinata a quegli stessi utenti, cosicché l’oggetto principale del contratto non potrebbe essere conseguito in assenza di tale trattamento. In quella sentenza, la CGUE ulteriormente negato di per sé rilevanza al fatto che un simile trattamento dei dati personali sia menzionato nel contratto oppure che esso sia soltanto utile per la sua esecuzione. In particolare, secondo quanto si trova dichiarato dalla CGUE in quella sentenza, l’elemento determinante ai fini dell’applicazione della base giuridica del contratto è che il trattamento sia essenziale per consentire la corretta esecuzione del contratto stipulato tra quest’ultimo e l’interessato e che, pertanto, non esistano altre soluzioni percorribili e meno invasive. Quanto alla base giuridica del legittimo interesse, la CGUE dichiarava (sempre in quella sentenza) che la base prevista dall’articolo 6(1)(f) GDPR può essere considerata idonea per la pubblicità profilata solo se: (i) il titolare del trattamento abbia precisamente informato gli interessati in merito al legittimo interesse; (ii) tale trattamento sia effettuato entro i limiti di quanto strettamente necessario alla realizzazione di suddetto interesse; e (iii) il contemperamento delle contrapposte pretese non comporti una prevalenza delle libertà e dei diritti fondamentali di tali utenti che richiedano la protezione dei dati personali sul legittimo interesse del titolare. Riferendosi al caso concreto che formava oggetto dei quesiti rivoltile in quel giudizio, la CGUE concludeva dichiarando che, in conseguenza di quanto sopra, né il contratto, né il legittimo interesse (né tantomeno l’obbligo legale o l’interesse vitale) potessero essere considerati basi giuridiche idonee ai fini della pubblicità personalizzata operata da Meta.

Ed infine il 27 ottobre 2023 l’EDPB ha emesso una decisione vincolante e urgente, la n. 01/2023, affinché l’autorità di controllo irlandese vieti definitivamente a Meta Ireland Limited di trattare i dati personali dei propri utenti per fini di pubblicità comportamentale sia sulla base del contratto che su quella del legittimo interesse: <https://edpb.europa.eu/our->

dosi la necessità di ricorrere alla base del consenso; nonché dopo le prime contestazioni sulla liceità del trattamento di dati personali mosse ad OpenAI ai sensi del GDPR in relazione al servizio ChatGPT<sup>3</sup>, e ai dubbi suscitati dalla spiegazione fornita dalla medesima società di ricorrere alla base del legittimo interesse per il trattamento di dati personali, da cui il recente rapporto della *task force* costituita *ad hoc* in seno all'EDPB per valutare la questione<sup>4</sup>.

Di grande attualità è in particolare il tema dei requisiti del consenso privacy, *in primis* quelli che attengono alla consapevolezza e alla libertà dell'interessato, che, come risaputo, devono ricorrere per la prestazione di un consenso valido, ai sensi dell'art. 4, n. 11) del Regolamento<sup>5</sup>.

Tale tema, già centrale nel dibattito sul c.d. *tying*<sup>6</sup>, ha ricevuto di recente un nuovo impulso a proposito della diffusione delle formule c.d. *Pay or Ok*

[work-tools/our-documents/urgent-binding-decision-board-art-66/urgent-binding-decision-012023\\_en.](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024/05/edpb_20240523_report_chatgpt_taskforce_en.pdf)

<sup>3</sup> Ci riferiamo innanzitutto al provvedimento cautelare della nostra Autorità garante per la protezione dei dati personali (di seguito anche il “Garante privacy italiano”) del 30 marzo 2023, alla successiva misura di sospensione condizionata del medesimo provvedimento dell'11 aprile 2023 e all'atto di contestazione di violazione della normativa in materia di protezione dei dati personali relativamente al servizio ChatGPT che il Garante privacy italiano ha notificato a OpenAI LLC e ha comunicato al pubblico il 29 gennaio 2024. Nel comunicato, il Garante specificava che la misura segue il provvedimento adottato dalla medesima Autorità il 30 marzo 2023, e che l'istruttoria svolta ha fatto emergere elementi che possono configurare una o più violazioni delle disposizioni del GDPR (<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9978020>).

<sup>4</sup> Il report del 23 maggio 2024 evidenzia una serie di criticità del servizio ChatGPT circa il rispetto delle prescrizioni del GDPR, toccando i temi della liceità del trattamento (in particolare sottolineando la necessità che ricorra una delle basi previste dal primo paragrafo dell'art. 6 del Regolamento e prendendo in considerazione le diverse fasi e attività implicate dal servizio, quali la raccolta, compreso il *web scraping*, la preelaborazione e l'addestramento dei dati, nonché le attività e fasi di *input*, *prompt* e *output*) della correttezza, della trasparenza e degli obblighi di informazione, dell'accuratezza e dei diritti degli interessati ([https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024/05/edpb\\_20240523\\_report\\_chatgpt\\_taskforce\\_en.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024/05/edpb_20240523_report_chatgpt_taskforce_en.pdf)).

<sup>5</sup> Art. 4, n. 11) GDPR «consenso dell'interessato»: qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento».

<sup>6</sup> Espressione con la quale si fa riferimento all'eventualità, considerata nell'art. 7(4) GDPR, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto. I Considerando 42 e 43 del GDPR chiaramente collegano questa disposizione al requisito di libertà del consenso privacy. Limitandoci ad alcuni dei contributi più recenti (ai quali si rinvia anche per riferimenti più completi alla dottrina precedente e alla giurisprudenza rilevante) cfr.: P. STANZIONE, *La libertà e il suo valore*, in *Commerciabilità dei dati personali. Profili economici, giuridici, etici della monetizzazione*, a cura di G. Cerrina Feroni, Il Mulino, Bologna, 2024, 149 ss.; G. FINOCCHIARO, *Consenso al trattamento e libertà*, in *Pers. merc.*, 2024, 3 ss.; V. RICCIUTO, *Consenso al trattamento e contratto*, in *Pers. merc.*, 2024, 14 ss., spec. 22 ss.; ID., *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Napoli, 2022; G. SCORZA, *La deducibilità nell'oggetto del contratto del diritto a trattare i dati personali*, in *Commerciabilità dei dati personali*, cit., 231 ss. spec. 245 ss.; C.A. TROVATO, *Everything has its price? Una riflessione sulle pratiche di commercializzazione dei dati personali*, ivi, 301 s.; E. TOSI, *Dati personali e contratto: un osimoro apparente*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023/2, 79 ss.;



(note anche come “*Consent or Pay*”, o “acconsenti o paga”). Esse, implementate a partire dal 2022 da alcune testate giornalistiche online<sup>7</sup>, si sono recentemente diffuse presso Facebook e altre piattaforme, che hanno inteso così adeguarsi all’indicazione circa la doverosità della base del consenso, espressa nei predetti provvedimenti riguardanti i servizi di Meta.

ID., *Circolazione contrattuale dei dati personali tra contratto e responsabilità*, Milano, 2023; F.A. GENOVESE, *Trattamento dei dati personali e consenso dell’interessato*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, a cura di A. Morace Pinelli, Pisa, 2023, 93 ss.; A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv., trim. dir. proc. civ.*, 2022, 711 ss.; S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la direttiva 2019/770 e il GDPR. L’interessato-consumatore*, in *Pers. merc.*, 2023, 230 ss., e in *Commerciabilità dei dati personali*, cit., 157 ss.; ID., *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Pers. merc.*, 2022, 528 ss.; F. CAGGIA, *Cessione di dati personali per accedere al servizio digitale gratuito: il modello del “consenso rafforzato”*, in *I problemi dell’informazione nel diritto civile, oggi. Studi in onore di Vincenzo Cuffaro*, Roma, 2022, 417 ss.; L. CASALINI, *Dati e identità personale. Note sparse a partire da una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Annuario 2022 Osservatorio Giuridico sull’Innovazione Digitale*, a cura di S. Orlando e G. Capaldo, Roma, SUE, 2022, 53 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Personal data as Counter-Performance*, in *Privacy and Data Protection in Software Services*, a cura di R. Senigaglia, C. Irti e A. Bernes, Singapore, Springer, 2022, 59 ss.; ID., *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, 67 ss.; P. HACKER, *Regulating the economic impact of data as counter-performance: from the illegality doctrine to the unfair contract terms directive*, in *Data as counter-performance – Contract law 2.0?* a cura di S. Lohsse, R. Schulze e D. Staudenmayer, Bloomsbury Publishing, Londra, 2020, 47 ss.; V. JANEČEK, G. MALGIERI, *Data extra commercium*, ivi, 95 ss.; S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, *Data as counterperformance – contract law 2.0? An introduction*, ivi, 9 ss.; A. METZGER, *A market model for personal data: state of play under the new directive on digital content and digital services*, ivi, cit., 25 ss.; S. VAN ERP, *Management as ownership of data*, ivi, 77 ss.; C. WENDEHORST, *Personal data in data value chains – is data protection law fit for the data economy?*, ivi, 193 ss.; C. SOLINAS, *Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, Bari, 2022; A.M. GAMBINO e A. STAZI, *Introduzione. Datificazione dei rapporti socio-economici, circolazione dei dati e diritto*, in *La circolazione dei dati*, a cura di A.M. Gambino e A. Stazi, Pisa, Pacini, 2020, XI; G. MARCHETTI e S. THOBANI, *La tutela contrattuale dei consumatori di contenuti e servizi digitali*, in *Manuale di diritto privato delle nuove tecnologie* a cura di G. Magri, S. Martinelli e S. Thobani, Torino, Giappichelli, 2022, 35 ss. spec. 46 ss.; G. D’IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento dei dati personali*, in *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di E. Cremona, F. Laviola, V. Pagnanelli, Torino, Giappichelli, 2022, 51 ss. Per i problemi generali interessati dalla tematica della libertà del consenso nell’ecosistema digitale, cfr. anche i contributi di C. CAMARDI, *Dalla logica individualistica alla regolazione della complessità nella tutela del consumatore (e delle vulnerabilità) nell’ecosistema digitale*, in *Mercato digitale e tutela dei consumatori. Prove di futuro*, a cura di G. Grisi e S. Tommasi, Torino, 2023, 217 ss.; A. MORACE PINELLI, *Introduzione*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, cit. 11 ss.

<sup>7</sup> V. i comunicati del Garante privacy italiano del 18.10.2022 (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9815415>), del 21.10.2022 (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9816536>) e del 12.11.2022 (<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9822601>) di avvio di istruttorie a carico di testate editoriali online. In dottrina, cfr. R. MONTINARO, *I cookie paywall e le testate giornalistiche online: si tratta di un “consenti a tutto o paga”?*, in *Mercato digitale e tutela dei consumatori*, cit., 187 ss.

Sul punto - alimentando ulteriormente il dibattito - è intervenuto da ultimo il parere dell'EDPB 8/2024<sup>8</sup>. In esso, l'EDPB ha esaminato la compatibilità della formula acconsenti o paga con il requisito di libertà del consenso, limitatamente, tuttavia, alle “piattaforme online di grandi dimensioni”, una categoria - dobbiamo sottolinearlo - disegnata *ad hoc* dall'EDPB ai fini del medesimo parere, e che non ha un riscontro normativo. Facendo ciò, l'EDPB ha dichiaratamente escluso dal suo parere i trattamenti di dati personali operati da titolari diversi dalle “piattaforme online di grandi dimensioni”, tra cui anche - così sembra doversi ritenere - le testate giornalistiche online che hanno per prime diffuso la formula *Pay or Ok*.

Nell'ambito tematico dei requisiti di consapevolezza e libertà del consenso privacy deve inquadarsi anche la crescente attenzione riservata al *consenso al trattamento dei dati personali ottenuto in modo sleale, ossia falsato da comportamenti scorretti sulle interfacce online*. È il fenomeno noto con l'espressione “*dark patterns*”, più di recente sostituita da quella “*deceptive design patterns*”<sup>9</sup>.

Con queste espressioni si individuano certe caratteristiche fuorvianti delle interfacce online, ossia dei software che governano l'esperienza degli utenti online<sup>10</sup>. Il fenomeno riguarda il disegno di questi software, che può essere piegato a fini di distorsione del comportamento degli utenti online. Esso non riguarda, dunque, soltanto la distorsione del consenso privacy, concernendo qualsiasi comportamento dell'utente online. Naturalmente, però, poiché questo fenomeno investe anche e massicciamente l'influenza sulla prestazione del consenso privacy, di esso si è interessato l'EDPB, che ha emanato delle apposite Linee guida (la prima versione era intitolata *ai dark patterns*; quella più recente del febbraio 2023, la versione 2.0, è intitolata *ai deceptive design patterns*, ossia, come detto, la nuova espressione per indicare lo stesso fenomeno)<sup>11</sup>; e il Garante privacy italiano ha pubblicato sul suo sito internet una pagina informativa<sup>12</sup>.

A questo fenomeno sono dedicati segnatamente il Considerando 67 e l'art. 25 del *Digital Services Act* (il regolamento (UE) 2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE, innanzi anche “DSA”).

Il tema si intreccia con quello della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, di cui alla direttiva 2005/29/CE (innanzi anche “UCPD”), renden-

<sup>8</sup> Parere 8/2024 dell'EDPB del 17 aprile 2024: [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-04/edpb\\_opinion\\_202408\\_consentsorpay\\_en.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-04/edpb_opinion_202408_consentsorpay_en.pdf)

<sup>9</sup> Cfr. S. ORLANDO, *A proposito dei deceptive design (già dark) patterns*, in *Mercato digitale e tutela dei consumatori*, cit. 63 ss.

<sup>10</sup> La definizione di interfaccia online è contenuta all'art. 3 lett. *m*) del DSA: “«interfaccia online»: qualsiasi software, compresi i siti web o parti di essi, e le applicazioni, incluse le applicazioni mobili”.

<sup>11</sup> [https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb\\_03-2022\\_guidelines\\_on\\_deceptive\\_design\\_patterns\\_in\\_social\\_media\\_platform\\_interfaces\\_v2\\_en\\_0.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_en_0.pdf)

<sup>12</sup> <https://www.garanteprivacy.it/temi/internet-e-nuove-tecnologie/dark-pattern>



do necessario instaurare ermeneuticamente il giusto rapporto tra questi tre plessi normativi (UCPD, GDPR e DSA)<sup>13</sup>.

Infine, e naturalmente, nel dibattito sul ruolo del consenso privacy come base del trattamento dei dati personali, risulta centrale - e, per essere franchi: ancora tutta da centrare - l'analisi delle recenti e numerose normative che hanno contrattualizzato o preso atto della contrattualizzazione<sup>14</sup> di una pluralità di rapporti che comportano la disposizione e il trattamento di dati personali su base volontaria.

Si fa riferimento alla *Digital Content Directive* (di seguito anche "DCD")<sup>15</sup>, alla direttiva *Omnibus*<sup>16</sup>, al *Data Governance Act* (di seguito anche "DGA")<sup>17</sup>, al DSA<sup>18</sup>, al *Data Act*<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Non possiamo soffermarci qui su questo aspetto, che richiederebbe una trattazione *ad hoc*. Per un primo orientamento, v. S. ORLANDO, *A proposito dei deceptive design (già dark) patterns*, cit. spec. 98 ss. e 106 s. Il tema del rapporto tra fonti nel diritto dei dati non si esaurisce, naturalmente, all'ambito delle fonti che rispondono al principio del divieto dello sfruttamento delle vulnerabilità decisionali delle persone fisiche (di cui è espressione la disciplina di contrasto dei c.d. *deceptive design patterns*), ma investe ogni altro ambito del diritto dei dati nel quale possano ravvisarsi principi comuni a più fonti. Per fare un esempio, è questo l'ambito del contrasto alla discriminazione, dove pure si pongono problemi di coordinamento tra varie fonti del diritto dei dati (cfr. per tutti, S. TOMMASI, *The Risk of Discrimination in the Digital Market. From the Digital Services Act to the Future*, Springer, 2023).

<sup>14</sup> Come noto, il dibattito sulla contrattualizzazione dei rapporti che comportano il trattamento dei dati personali è molto acceso. Per un'analisi ragionata ed aggiornata delle diverse posizioni, ed i relativi riferimenti bibliografici, v. per tutti V. RICCIUTO, *Consenso al trattamento e contratto*, cit. 14 ss.

<sup>15</sup> Direttiva (UE) 2019/770 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali. Viene in particolare in rilievo la seguente proposizione dell'art. 3(1) DCD: «[...] La presente direttiva si applica altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti».

<sup>16</sup> Direttiva (UE) 2019/2161 (UE) 2019/2161 che modifica la direttiva 93/13/CEE e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. In particolare, viene in rilievo l'art. dall'art. 4, punto 2), lett. b) della direttiva *Omnibus*, che ha inserito l'art. 1-bis nella direttiva 2011/83/UE contenente una disposizione conforme a quella sopra riportata dell'art. 3(1) DCD: «1-bis. La presente direttiva si applica anche se il professionista fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali al professionista, tranne i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale su supporto non materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo».

<sup>17</sup> Regolamento (UE) 2022/868 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724. Del DGA vengono in rilievo la disciplina sull'«intermediazione dei dati» (Capo III artt. 10-15 DGA) e quella sull'«altruismo dei dati» (Capo IV, artt. 16-25 DGA), che riguardano entrambe tanto dati non personali che dati personali e che prevedono chiaramente titoli e rapporti contrattuali per la condivisione dei dati, come ivi prevista e definita. Il servizio di intermediazione di dati è definito come quel servizio che mira

Mentre in tutte queste fonti è dichiarata e ribadita la prevalenza del GDPR, risulta ancora mancante in dottrina, presso i giuristi europei, un disegno teorico organico idoneo a legare tutte queste normative in una trama concettuale unitaria, coerente e sufficientemente condivisa, che vada al di là della, pacifica, dichiarazione della prevalenza del GDPR. In questo contesto, e nel difetto di una teoria unitaria, quella dichiarazione rischia effettivamente di diventare una formula declamatoria vuota o imperfetta; inidonea, cioè, ad orientare efficacemente l'interpretazione e l'applicazione delle norme nella ricerca di soluzione ai molti problemi applicativi che già si intravedono.

## 2. L'illiceità del trattamento dei dati personali per mancanza della base del consenso privacy in difetto di uno dei suoi requisiti di libertà, consapevolezza e manifestazione

Come noto, al principio di liceità del trattamento dei dati personali, enunciato all'art. 5(1)(a) del Regolamento<sup>20</sup>, secondo cui i dati personali devono essere trattati in modo lecito (oltre che corretto e trasparente nei confronti dell'interessato), segue la disposizione del paragrafo 1 dell'art. 6 GDPR, a tenore del quale il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorra

---

a instaurare, attraverso strumenti tecnici, giuridici o di altro tipo, *rapporti commerciali ai fini della condivisione dei dati* tra un numero indeterminato di interessati e di titolari dei dati, da un lato, e gli utenti dei dati, dall'altro, anche al fine dell'esercizio dei diritti degli interessati in relazione ai dati personali (art. 2, n. 11 DGA). Ai fini di questa definizione e di quella sull'altruismo dei dati, il DGA definisce la «condivisione dei dati» come la fornitura di dati da un interessato o un titolare dei dati a un utente dei dati ai fini dell'utilizzo congiunto o individuale di tali dati, *sulla base di accordi volontari o del diritto dell'Unione o nazionale, direttamente o tramite un intermediario, ad esempio nel quadro di licenze aperte o commerciali, dietro compenso o a titolo gratuito* (art. 2, n. 10 DGA). L'altruismo dei dati è definito come la condivisione volontaria di dati sulla base del *consenso accordato dagli interessati al trattamento dei dati personali* che li riguardano, o sulle autorizzazioni di altri titolari dei dati volte a consentire l'uso dei loro dati non personali, *senza la richiesta o la ricezione di un compenso* che vada oltre la compensazione dei costi sostenuti per mettere a disposizione i propri dati, per obiettivi di interesse generale, stabiliti nel diritto nazionale, ove applicabile, quali l'assistenza sanitaria, la lotta ai cambiamenti climatici, il miglioramento della mobilità, l'agevolazione dell'elaborazione, della produzione e della divulgazione di statistiche ufficiali, il miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, l'elaborazione delle politiche pubbliche o la ricerca scientifica nell'interesse generale (art. 2, n. 16 DGA).

<sup>18</sup> Del DSA vengono in rilievo le norme che prevedono che i destinatari dei servizi di piattaforme online possano modificare i parametri della pubblicità ad essi rivolta (art. 26 DSA) e le opzioni che influenzano i parametri dei sistemi di raccomandazione che determinano l'ordine delle informazioni ad essi presentate (art. 27 DSA).

<sup>19</sup> Regolamento (UE) 2023/2854 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828. Del *Data Act* vengono in rilievo la disciplina della condivisione su base contrattuale dei dati da impresa a consumatore e da impresa a impresa, compresa la condivisione dei dati generati dall'uso di prodotti connessi e dei servizi correlati, come ivi definiti (Capi II e III, artt. 3-12 *Data Act*) e quella delle clausole abusive nei contratti tra imprese che hanno ad oggetto l'accesso e l'utilizzo di dati (Capo IV, art. 13 *Data Act*).

<sup>20</sup> Art. 5(1)(a) GDPR: "1. I dati personali sono: a) trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato («liceità, correttezza e trasparenza»);[...]"

una delle condizioni previste nelle lettere da a) a f) del medesimo paragrafo: le cosiddette ‘basi’ del trattamento.

Il modo tradizionale di affrontare il problema della liceità a proposito del trattamento dei dati personali segue questa scansione normativa.

Pertanto, quando viene in questione la ricorrenza della base del consenso privacy, si dice che il trattamento dei dati personali è lecito se l’interessato abbia prestato un consenso che abbia tutti i requisiti previsti per il consenso dall’art. 4, n. 11) GDPR: una manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell’interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento<sup>21</sup>.

Sono le condizioni che in breve possiamo chiamare come requisiti di libertà, consapevolezza e manifestazione del consenso privacy.

Ogni dichiarazione dell’interessato prestata senza i prescritti requisiti di libertà, consapevolezza e manifestazione previsti dal GDPR per il consenso privacy si intende prestata «in violazione» del Regolamento, e dunque «non è vincolante» come consenso (arg. art. 7, par. 2, ultima proposizione GDPR).

Questo sta anche a significare che quando ci si riferisce alle condizioni appena richiamate di libertà, consapevolezza e manifestazione del consenso, *il loro difetto comporta l’illiceità del trattamento* dei dati personali ex art. 5(1)(a) del Regolamento, in quanto il consenso, non avendo una di quelle condizioni o requisiti, non è vincolante come tale, e dunque viene a mancare la necessaria “base” per un trattamento lecito dei dati personali.

Rivolgendoci ora alle tipologie problematiche di condizionamento del consenso privacy richiamate dianzi, che - come abbiamo detto (v. par. 1 *supra*) - occupano attualmente in misura quasi esclusiva il dibattito sul consenso privacy, ossia ai fenomeni dei *dark* o *deceptive design patterns*, del *tying*, e delle formule *Pay or Ok*, possiamo dire conclusivamente che ad essere in gioco per ciascuno di tali fenomeni sono la liceità/illiceità del *trattamento* a seconda della ricorrenza/mancaza dei requisiti di libertà e consapevolezza del *consenso* privacy.

Così, in particolare, quando il consenso privacy è falsato dalle interfacce attraverso “percorsi oscuri” o “modelli fuorvianti”, sarà corretto parlare di illiceità del *trattamento* per difetto di un consenso vincolante come tale, perché il consenso ottenuto dal titolare in quel modo difetta delle condizioni di consapevolezza, e talvolta anche della condizione di libertà, prescritte dal Regolamento, e dunque non è valido e vincolante come consenso ai sensi del GDPR come base di un trattamento lecito. Allo stesso modo, le indagini sui requisiti del consenso privacy svolte a proposito del *tying* e delle formule “acconsenti o paga” riguardano le alternative, di cui dispone in concreto l’interessato, in quanto ritenute rilevanti per asseverare la sua effettiva libertà e talvolta anche la sua effettiva consapevolezza nel prestare il consenso privacy. Con la conseguenza che dovrà ritenersi il consenso privacy invalido per difetto di quei requisiti e il relativo trattamento dei dati personali illecito

<sup>21</sup> Cfr. *ex multis*, F.A. GENOVESE, *Trattamento dei dati personali e consenso dell’interessato*, cit. spec. p 91 ss.

tutte le volte in cui le indagini condotte in concreto portino alla conclusione dell'assenza in concreto dei requisiti di libertà e/o consapevolezza.

### 3. La necessità di un dibattito sul requisito di liceità del consenso privacy

Salvo che per alcune sollecitazioni<sup>22</sup>, non sembra invece essersi ancora sviluppato un dibattito su un requisito del consenso privacy per così dire implicito, ossia non espressamente contemplato dalla lettera del GDPR: il requisito della liceità del consenso privacy.

Intendo qui riferirmi ad un requisito *ulteriore e autonomo* rispetto a quelli di libertà, consapevolezza e manifestazione, sopra ricordati. Per chiarezza, chiamerò nel prosieguo del presente contributo il consenso privacy che difetti del requisito di liceità - nel senso specifico che proverò di seguito ad esporre - come consenso privacy *illecito*. Devo però al contempo segnalare, in proposito, che in letteratura e in alcuni provvedimenti del Garante privacy italiano, si utilizza talvolta l'espressione «consenso illecito» per far riferimento proprio al consenso privacy che difetta dei requisiti di libertà, consapevolezza e manifestazione previsti espressamente dal GDPR e ricavati dalla definizione di consenso ex art. 4, n. 11 del Regolamento<sup>23</sup>. Spero di riuscire ad esporre in modo convincente nel presente saggio i motivi per i quali ritengo invece corretto e utile individuare e indicare con il concetto di «illecità» un distinto spazio di trattamento e di valutazione normativa del consenso privacy.

Il requisito di liceità del consenso privacy, inteso in questa accezione autonoma dai requisiti ricavati dall'art. 4, n. 11 GDPR, deve a mio avviso delinearli sulla base del combinato disposto delle previsioni dell'art. 5(1)(b), nella parte in cui prescrive che i dati personali debbano essere «raccolti per finalità [...] *legittime*»<sup>24</sup>, e dell'art. 6(1)(a) GDPR. Quest'ultima disposizio-

<sup>22</sup> Cfr. IAMICELI, *Liceità, correttezza, finalità nel trattamento dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, Milano, 2003, 395, spec. p. 412-413 e 415; S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Pers. merc.* 2022, 527 ss.; D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell'interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 921 ss., spec. p. 944-945; G. VETTORI, *Rodolfo Sacco e la civilistica del XXI secolo*, in *Esperienze giuridiche in dialogo. Il ruolo della comparazione*, a cura di M. Graziadei e A. Somma, Sapienza Università Editrice, Roma, 2024, 143, e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 539 ss.

<sup>23</sup> Cfr. per tutti G. SCORZA, *La deducibilità nell'oggetto del contratto del diritto a trattare i dati personali*, cit., 245 ss. Per i provvedimenti del Garante privacy italiano, v. quello del 23 febbraio 2023 nei confronti di Ediscom S.A. nel quale si legge il seguente passaggio «In conclusione si è ritenuto che, un consenso raccolto con tali modalità, volutamente progettate per eludere le norme, destasse molte perplessità in ordine alla libertà e alla consapevolezza con cui l'interessato può esprimere la propria volontà e pertanto non poteva essere considerato lecito» (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870014>).

<sup>24</sup> Art. 5(1)(b) GDPR: «I dati personali sono: [...] b) raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali («limitazione della finalità»);



ne va coordinata con la prima nel senso che deve essere aggiunto in via interpretativa l'aggettivo «legittime» al sostantivo «finalità» ivi utilizzato, così che la relativa condizione dell'art. 6(1)(a) GDPR deve essere letta come se recitasse: «l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità *legittime*».

Una simile lettura non sembra possa essere messa in dubbio, essendo assolutamente pacifico che i principî di cui all'art. 5 GDPR trovino applicazione con riferimento a ciascuna e a tutte le condizioni per il trattamento lecito, di cui al successivo art. 6.

Non vedendosi d'altronde come potrebbe sostenersi che costituisca una base di lecito trattamento dei dati personali quella per cui l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità *illegittime*, deve senz'altro concludersi che l'aggettivo 'legittime' è sottinteso nella lettera a) del primo paragrafo dell'art. 6 del Regolamento.

Se si conviene con quanto sopra, si dovrà anche riconoscere – già in astratto - la possibilità che le specifiche finalità di trattamento per le quale il titolare del trattamento chiede e ottiene il consenso dall'interessato, possano essere illegittime. Ed invero, come il Regolamento implicitamente prevede che esse *debbano* essere legittime, si dovrà convenire che il medesimo Regolamento implicitamente preveda che esse *possano* essere illegittime.

Ed è questo appunto il campo per il sindacato della liceità del consenso privacy, di cui sembra corretto debba affacciarsi la necessità di un dibattito. Quelle norme, in altre parole, consentono uno specifico sindacato di liceità del consenso privacy (ulteriore e diverso rispetto a quello che riguarda i requisiti di libertà, consapevolezza e manifestazione, fissati dall'art. 4, n. 11 GDPR), ma al contempo lo impongono, perché impongono di considerare l'ipotesi che le specifiche finalità del trattamento dei dati personali per cui l'interessato presta il consenso privacy siano illegittime.

Per lo stesso motivo, e in via più generale, non sembra possa negarsi nemmeno in linea teorica che debba considerarsi invalido un consenso privacy reso da un interessato a fronte di *un divieto legale posto al titolare del trattamento di raccogliere i dati personali che formano oggetto di quel consenso privacy*. Come vedremo più avanti, i divieti di questo tipo sono variamente articolati (par. 4 *infra*), e numerosi sono gli esempi che possono farsi al riguardo (par. 5 *infra*). Essi confluiscono tutti nell'ambito tematico del dibattito che sembra necessario promuovere sulla liceità del consenso privacy.

---

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

**4. L'illiceità del trattamento dei dati personali per mancanza della base del consenso privacy in difetto del suo requisito di liceità laddove il consenso sia prestato per specifiche finalità di trattamento illegittime o il trattamento sia altrimenti vietato alla stregua di norme imperative del diritto unitario o nazionale (consenso illecito).**

Alla luce delle considerazioni svolte nel par. 3 *supra*, sembra corretto postulare un requisito di liceità del consenso privacy diverso dai requisiti di libertà, consapevolezza e manifestazione del consenso privacy.

Sembra ulteriormente corretto ritenere che, similmente a quanto accade per il difetto dei requisiti di libertà, consapevolezza e manifestazione del consenso privacy, debba dirsi che anche nel caso di difetto del requisito di liceità del consenso privacy (inteso nel senso detto), il trattamento dei dati personali dovrà ritenersi illecito.

Ciò in quanto, anche in questo caso, dovrà dirsi che una dichiarazione dell'interessato prestata per acconsentire al trattamento di propri dati personali per finalità *illegittime*, in contrasto con la prescrizione dell'art. 5(1)(b) GDPR, costituisce una «violazione» del Regolamento e come tale non è «vincolante» (arg. art. 7, par. 2 ultima proposizione GDPR). E cioè che essa non è vincolante come consenso privacy.

Pertanto qualsiasi dichiarazione di consenso al trattamento dei dati personali prestata per una o più specifiche finalità di trattamento illegittime non può costituire una valida base per il trattamento dei dati personali.

In questo senso, potrà sinteticamente dirsi anche che l'illiceità del consenso privacy (nello specifico senso qui esposto) comporta l'illiceità del relativo trattamento dei dati personali, ossia del trattamento dei dati personali che voglia basarsi sul consenso privacy illecito.

Se si conviene con quanto sopra, dovrà ora anche convenirsi sul fatto che la rilevanza della legittimità delle finalità del trattamento ai fini del giudizio sulla validità del consenso privacy consente ed impone di ritenere rilevanti i divieti legali di trattamento di dati personali.

Come esporrò nel successivo paragrafo dedicato agli esempi (v. par. 5 *infra*), divieti di questo tipo sono sempre più numerosi a cospetto della definitiva affermazione della *data economy*, e della conseguente esigenza, sempre più avvertita dal legislatore europeo e dai legislatori nazionali, di porre dei limiti legali all'industria dei dati.

Tali divieti si presentano come variamente articolati, prevedendo e combinando insieme in modi di volta in volta diversi (in relazione alle diverse finalità disciplinari assolute dai divieti) gli elementi rilevanti per la fattispecie del divieto, e così disegnando variamente quelli relativi ai destinatari del divieto (generalità dei titolari o determinate categorie di titolari del trattamento dei dati) ai dati personali che formano l'oggetto del trattamento vietato (generalità dei dati personali o determinate categorie di dati personali) e alle finalità del trattamento (qualsiasi finalità o determinate categorie di finalità), nonché inserendo la previsione di altre circostanze fattuali variamente qualificate, anche temporalmente.

Potranno dunque definirsi invalidi in quanto illeciti, tanto i consensi privacy prestati a fronte di specifici divieti posti a determinate categorie di titolari di trattare determinate categorie di dati personali per determinate finalità (ove il consenso privacy riguardi dati personali rispondenti a quelle determinate categorie e sia prestato per quelle determinate finalità vietate), quanto i consensi privacy prestati a fronte di specifici divieti rivolti alla generalità dei titolari di trattare determinate categorie di dati per qualsivoglia finalità, eccezion fatta solo per determinate finalità (ove il consenso privacy riguardi quelle determinate categorie di dati e sia prestato per finalità diverse da quelle eccezionalmente ammesse), quanto i consensi privacy prestati a fronte di specifici divieti di trattamento di determinate categorie di dati personali per certe finalità al di fuori di determinate circostanze fattuali e limiti temporali, che comportano, di converso, l'autorizzazione al trattamento solo entro certi limiti fattuali, ivi compresi certi limiti temporali.

## 5. Esempi.

### 5.1. Primo esempio: il consenso privacy esplicito illecito ex art. 9(2)(a) GDPR

L'art. 9(2)(a) GDPR prevede espressamente un esempio normativo di consenso privacy illecito, nel senso inteso nel presente scritto.

Come noto, il divieto del trattamento delle particolari categorie di dati di cui al paragrafo

1 dell'art. 9 GDPR può essere superato soltanto a certe condizioni, ossia su certe basi, tra cui quella del consenso «esplicito». Come pure noto, tuttavia, l'art. 9(2)(a) aggiunge che tale consenso privacy esplicito non può valere a superare il divieto di cui al paragrafo 1 del medesimo articolo *laddove ciò non sia consentito alla stregua del diritto dell'Unione o del diritto nazionale applicabile*<sup>25</sup>. Ciò sta a significare che in costanza di una norma imperativa esterna al Regolamento, di diritto unitario o nazionale, che vieta il trattamento di quei dati personali in modo inderogabile, il consenso privacy è invalido in quanto illecito, con la conseguenza che ogni relativo trattamento sarebbe illecito.

È una manifestazione normativa della illiceità del consenso privacy di cui vado parlando.

<sup>25</sup> Il paragrafo 1 e il paragrafo 2, lett. a) dell'art. 9 GDPR, rubricato «Trattamento di categorie particolari di dati personali» così recano: «1. È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona. 2. Il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi: a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, *salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1;* [...]».

### 5.2. Secondo esempio: il divieto dell'art. 26(3) DSA

L'art. 26(3) DSA prevede che i fornitori di piattaforme online non possono presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione (come definita nel GDPR) utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9(1) GDPR.

Tale norma prevede dunque uno specifico divieto di trattamento di una determinata categoria di dati personali per una determinata finalità rivolto a determinati destinatari, tale per cui debbono ritenersi invalidi in quanto illeciti i consensi privacy che siano prestati per questo trattamento vietato.

### 5.3. Terzo esempio: il divieto dell'art. 18(1)(c) del regolamento sul targeting della pubblicità politica

Similmente, l'art. 18(1)(c) del recente regolamento (UE) 2024/900 sulla trasparenza e il targeting della pubblicità politica<sup>26</sup> vieta le tecniche di targeting o di consegna del messaggio pubblicitario in ambito di pubblicità politica online che si avvalgano di tecniche di profilazione (come definita nel GDPR) utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9(1) GDPR.

Anche in questo caso dovremo dire che siamo in presenza di una norma che prevede uno specifico divieto di trattamento di una determinata categoria di dati personali per una determinata finalità, tale per cui devono ritenersi invalidi in quanto illeciti i consensi privacy che siano prestati per questo trattamento vietato.

### 5.4. Quarto esempio: i divieti dell'art. 7 della direttiva sui lavoratori delle piattaforme online

L'art. 7 della direttiva, recentemente adottata, relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali<sup>27</sup>, *inter alia* vieta alle piattaforme di lavoro digitali (come ivi definite) di trattare mediante sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati (come ivi definiti): (a) dati personali relativi allo stato emotivo o psicologico della persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali; (b) dati personali relativi a conversazioni private; (c) dati personali quando la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali non sta svolgendo un lavoro mediante le stesse o non si sta offrendo per svolgerlo; (d) dati personali per prevedere l'esercizio di diritti fondamentali, compresi il diritto di associa-

<sup>26</sup> Regolamento (UE) 2024/900 del 13 marzo 2024 relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica.

<sup>27</sup> Si fa riferimento al testo della direttiva adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea, ma non ancora pubblicato sulla GU dell'UE alla data in cui il presente saggio è stato inviato per la pubblicazione (<https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20240419IPR20584/riders-il-parlamento-adotta-la-direttiva-sul-lavoro-delle-piattaforme>).



zione, il diritto di negoziazione e di azioni collettive o il diritto all'informazione e alla consultazione, quali definiti nella Carta dei diritti fondamentali della Unione europea; (e) dati personali per desumere l'origine razziale o etnica, lo status di migrante, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, la disabilità, lo stato di salute, comprese le malattie croniche o la sieropositività, lo stato emotivo o psicologico, l'adesione a un sindacato, la vita sessuale o l'orientamento sessuale di una persona; (f) i dati biometrici, come definiti nel GDPR, di una persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali per stabilirne l'identità confrontandoli con i dati biometrici di persone memorizzati in una banca dati.

Anche in questo caso siamo in presenza di una disciplina che prevede specifici divieti di trattamento di dati personali, e tali divieti sono variamente articolati non soltanto relativamente alle categorie di dati personali ma anche relativamente alle finalità e alle circostanze fattuali del trattamento (v. par. 4 *supra*). Anche in questo caso devono ritenersi invalidi in quanto illeciti i consensi privacy che siano prestati per i trattamenti vietati.

### 5.5. Quinto esempio: i divieti di uso di sistemi di IA dell'art. 5 AI Act

L'art. 5 dell'AI Act (di seguito anche "AIA")<sup>28</sup> vieta *inter alia* l'uso di una serie di sistemi di intelligenza artificiale ("IA").

Poiché l'uso dei sistemi di IA richiede ed include il trattamento di dati personali per finalità di addestramento, convalida, prova e input<sup>29</sup>, deve ritenersi che il divieto d'uso dell'art. 5 AIA è idoneo a far ritenere senz'altro illegittima qualunque finalità di trattamento dei dati personali connessa all'uso dei sistemi di IA sottoposti al medesimo divieto, con la conseguenza che devono ritenersi invalidi in quanto illeciti i consensi privacy che siano prestati per queste specifiche finalità di trattamento.

### 5.6. Sesto esempio: lo sfruttamento delle vulnerabilità del Sig. Leon

Il successivo esempio è tratto dalle Linee guida EDPB 8/2020 sul *targeting* degli utenti di social media (versione 2.0 del 13 aprile 2021), dove si parla del signor Leon che è fatto bersaglio di pratiche di raccolta di dati personali in grado di individuare le persone impulsive e di basso reddito, e quindi di algoritmi che su questa base decidono che persone come lui - persone (ritenute) impulsive e di basso reddito - sono il bersaglio ideale di pubblicità di scommesse online<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Regolamento (UE) 2024/1689 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

<sup>29</sup> Vedi le relative definizioni all'art. 3, numeri 29), 30), 32) e 33) AIA.

<sup>30</sup> EDPB, Linee guida 8/2020 sul targeting degli utenti dei social media. Versione 2.0, adottate il 13 aprile 2021, 27: «Esempio 8 Il signor Leon ha indicato nella propria pagina di social media di essere interessato allo sport. Ha scaricato un'applicazione sul proprio cellulare

Nelle medesime Linee guida si trova la conclusione che il Sig. Leon, fornendo un consenso privacy esplicito ai sensi dell'art. 22 GDPR potrebbe validamente autorizzare un trattamento dei suoi dati personali di questo tipo, permettendo così agli algoritmi di bersagliarlo in questo modo<sup>31</sup>.

Se facciamo emergere il profilo del sindacato di liceità del consenso privacy, che richiede doverosamente di stabilire se le finalità di trattamento sono legittime o sono illegittime, si deve ritenere corretta la soluzione opposta a quella delineata dall'EDPB, in quanto, nell'esempio del Sig. Leon, la finalità di trattamento dei dati personali consistente – come riconosciuto dallo stesso EDPB nelle Linee guida in commento – nello *sfruttamento delle vul-*

---

per seguire gli ultimi risultati degli incontri sportivi preferiti, ha impostato sul proprio browser la pagina [www.risultatisportiviintemporeale.com](http://www.risultatisportiviintemporeale.com) come homepage sul suo portatile, usa spesso il desktop di cui dispone sul luogo di lavoro per cercare gli ultimi risultati sportivi su internet. Visita inoltre anche un certo numero di siti web di gioco d'azzardo online. Il fornitore di social media traccia l'attività online del signor Leon sui suoi molteplici dispositivi, ossia sul computer portatile, sul cellulare e sul deskto Sulla base di tale attività e di tutte le informazioni fornite dal signor Leon, il fornitore di social media deduce che sarà interessato alle scommesse online. *Inoltre la piattaforma di social media ha sviluppato criteri di targeting che consentono alle imprese di rivolgersi in maniera mirata a persone che probabilmente sono impulsive e hanno un reddito più basso.* La società di scommesse online "miglioriprestitiquotidiani" desidera rivolgersi agli utenti che sono interessati alle scommesse e che probabilmente scommettono somme considerevoli. Seleziona quindi i criteri offerti dal fornitore di social media per rivolgersi in maniera mirata al pubblico al quale dovrebbe essere mostrata la sua pubblicità" ([https://www.edpb.europa.eu/system/files/2021-11/edpb\\_guidelines\\_082020\\_on\\_the\\_targeting\\_of\\_social\\_media\\_users\\_it\\_0.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2021-11/edpb_guidelines_082020_on_the_targeting_of_social_media_users_it_0.pdf)).

<sup>31</sup> Le Linee guida 8/2020 in commento proseguono così argomentando a p 28-29: «Per quanto riguarda l'esempio 8, l'EDPB ricorda che nel caso di un processo decisionale automatizzato che produce effetti giuridici che riguardano l'interessato o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, come stabilito dall'articolo 22 del GDPR, i titolari del trattamento possono avvalersi delle seguenti eccezioni: • consenso esplicito dell'interessato; [...]. Il Gruppo di lavoro ha già dichiarato che "[i]n numerosi casi tipici, la decisione di proporre pubblicità mirata basata sulla profilazione non inciderà in modo analogo significativamente sulle persone [...]. Tuttavia è possibile che ciò possa accadere, a seconda delle particolari caratteristiche del caso, tra le quali: • l'invasività del processo di profilazione, compreso il tracciamento delle persone su siti web, dispositivi e servizi diversi; • le aspettative e le volontà delle persone interessate; • il modo in cui viene reso disponibile l'annuncio pubblicitario; oppure • lo sfruttamento della conoscenza di vulnerabilità degli interessati coinvolti". Se la profilazione effettuata dal fornitore di social media può "[incidere] in modo analogo significativamente" su un interessato, si applica l'articolo 22. Il titolare del trattamento (o i contitolari del trattamento, a seconda del caso) dovrà (dovranno) effettuare una valutazione dell'eventualità che il *targeting* "[incida] in modo analogo significativamente" su un interessato, in ogni caso tenendo conto delle caratteristiche concrete del *targeting*. In tali circostanze, come descritto nell'esempio 8, la presentazione di pubblicità di scommesse online può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 22 GDPR (attività di *targeting* rivolta a persone finanziariamente vulnerabili interessate a scommesse online, che ha il potenziale di incidere significativamente e negativamente sulla loro situazione finanziaria). Di conseguenza, conformemente all'articolo 22, sarebbe necessario un consenso esplicito. Inoltre l'utilizzo di tecniche di tracciamento fa scattare l'applicabilità dell'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva e-privacy, rendendo necessario il preventivo consenso da parte dell'interessato. Infine l'EDPB ricorda che il titolare del trattamento deve condurre una valutazione caso per caso rispetto alla liceità del trattamento, e che l'ottenimento del consenso non riduce gli altri obblighi relativi al rispetto delle prescrizioni in materia di correttezza, necessità, proporzionalità e qualità dei dati, di cui all'articolo 5 GDPR».



*nerabilità* del Sig. Leon, è da ritenersi senz'altro illegittima perché in contrasto con il divieto generale delle pratiche commerciali scorrette di cui all'art. 5 della UCPD (la direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette) e con il divieto delle pratiche commerciali aggressive in particolare<sup>32</sup>.

Pertanto l'eventuale consenso privacy, anche se esplicito ex art. 22 GDPR, del Sig. Leon deve ritenersi invalido in quanto illecito, perché prestato per una specifica finalità illegittima.

### 5.7. Settimo esempio: la piattaforma illegale di concorsi a premi

Volendo ora fare un esempio di contrasto delle specifiche finalità di trattamento con norme imperative di diritto nazionale (un secondo esempio è contenuto nel paragrafo successivo: v. par. 5.8 *infra*), possiamo fare quello di una piattaforma online che raccoglie dati personali sulla base del consenso per organizzare concorsi a premio *in violazione della normativa nazionale che regola i concorsi a premi*. Ben si danno nella realtà casi di piattaforme che non rispettano o che non rispettano integralmente la normativa di diritto pubblico che impone requisiti e limiti ai concorsi a premio<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> V. Comunicazione della Commissione “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” (2021/C 526/01) pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea del 29.12.2021, che riporta - in una serie di casistiche di pratiche da ritenersi sleali e quindi proibite ai sensi della UCPD - esempi di sfruttamento di vulnerabilità decisionale dei consumatori esattamente di questo tipo (v. il primo riquadro di esempi al par. 4.2.7, ed in particolare il primo esempio: «Un professionista riesce a capire che un adolescente è in uno stato d’animo vulnerabile a causa di eventi accaduti nella sua vita personale. Tali informazioni sono successivamente utilizzate per raggiungere l’adolescente con messaggi pubblicitari basati sulle emozioni in un momento specifico»). Sembra anche significativo osservare come il profilo funzionale sulle specifiche finalità di trattamento sia stato ritenuto rilevante dallo stesso EDPB in un parere congiunto questa volta con l’EDPS (il Garante europeo della protezione dei dati) sulla proposta di AI Act del 2021. In quel parere di appena due mesi successivo alle Linee guida in commento si legge una netta critica della previsione della proposta di AI Act di “sdoganare”, per così dire, generalmente i sistemi di intelligenza artificiale di rilevamento delle emozioni. In quel parere, al contrario si raccomanda un divieto generalizzato di sistemi di IA di questo tipo salvo che per casi d’uso ben specificati, ossia si raccomanda di ammetterli solo per specifiche finalità sanitarie o di ricerca (ad esempio per pazienti per i quali il riconoscimento delle emozioni è rilevante per fini di assistenza e cura). Si legge in particolare nel Parere congiunto EDPB-GEPD 5/2021 del 18 giugno 2021, sulla proposta di Artificial Intelligence Act, al punto 35 «[...] l’EDPB e il GEPD ritengono che l’utilizzo dell’IA per dedurre le emozioni di una persona fisica sia assolutamente inopportuno e dovrebbe essere vietato, ad eccezione di taluni casi d’uso ben specificati, ossia per finalità sanitarie o di ricerca (ad esempio pazienti per i quali il riconoscimento delle emozioni è rilevante), sempre applicando idonee tutele e, naturalmente, nel rispetto di tutte le altre condizioni e restrizioni relative alla protezione dei dati, compresa la limitazione della finalità».

<sup>33</sup> V. il caso di cui al già menzionato provvedimento prescrittivo e sanzionatorio del Garante per la protezione dei dati personali nei confronti di Ediscom S.A. del 23 febbraio 2023 [doc- web 9870014].

A mio avviso non c'è alcun dubbio che in un simile caso anche laddove gli utenti forniscano un consenso libero, specifico, informato e non ambiguo debba ritenersi che esso sia invalido in quanto rivolto a finalità di trattamento illegittime.

### 5.8. Ottavo esempio: i divieti di trattamento della legge sull'oblio oncologico

Tra gli ulteriori casi di consensi privacy illeciti, perché prestati per trattamenti espressamente vietati dal legislatore, si può far riferimento, nel diritto italiano, alla recente legge sull'oblio oncologico, la legge 193/2023<sup>34</sup>.

Al centro della legge 193/2023 stanno le informazioni relative allo stato di salute della persona fisica concernenti patologie oncologiche da cui la stessa sia stata precedentemente affetta e il cui trattamento attivo si sia concluso, senza episodi di recidiva, da più di dieci anni o da più di cinque anni nel caso in cui la patologia sia insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età.

L'art. 2 della legge 193/2023 vieta l'acquisizione e in ogni caso l'utilizzazione di tali informazioni relative ad una persona fisica contraente ai fini della determinazione delle condizioni contrattuali di qualunque tipo contratto, anche esclusivamente tra privati<sup>35</sup>.

L'art. 3 della legge 193/2023 introduce una serie di modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozione, vietando l'acquisizione e l'utilizzazione delle medesime informazioni relative alle persone che intendono adottare.

L'art. 4 della legge 193/2023 vieta di richiedere le stesse informazioni relative a candidati ai fini dell'accesso a procedure concorsuali e selettive, pubbliche e private, anche quando nel loro ambito sia previsto l'accertamento di requisiti psico-fisici o concernenti lo stato di salute dei candidati.

Anche qui, non avrei dubbi nel ritenere invalido in quanto illecito ogni eventuale consenso privacy prestato dall'interessato a fronte delle condizioni che vietano il trattamento dei suoi dati personali consistenti nelle predette informazioni, ai sensi di questa disciplina.

### 5.9. Et cetera

Gli esempi si possono moltiplicare guardando sia ulteriori casi che non propongono difficoltà di interpretazione (consensi privacy relativi a tratta-

<sup>34</sup> Legge 7 dicembre 2023, n. 193 *Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche*.

<sup>35</sup> La precisazione che il divieto riguarda anche la contrattazione tra privati esclude ogni possibilità di ricostruire il divieto come basato sulla considerazione di posizioni di debolezza contrattuale tipicamente ravvisate in situazioni di contrattazioni tra imprese e consumatori, e dunque esclude la possibilità di ricostruire la *ratio* del divieto in termini di tutela della libertà del consenso privacy.

menti espressamente vietati dalla legge) sia a quelli che invece richiedono uno sforzo interpretativo per stabilire se una determinata finalità di trattamento di dati personali debba ritenersi illegittima, in assenza di una norma di legge che espressamente la dichiari tale o che espressamente vieti il trattamento dei dati personali. Una conclusione nel senso del divieto di trattamento di dati personali potrà ricavarsi ermeneuticamente di volta in volta in presenza di norme che (pur non vietando direttamente determinati trattamenti di dati personali) vietano determinati comportamenti o processi automatizzati i quali comportano determinati trattamenti di dati personali.

I casi sono destinati a crescere con la legislazione orientata al governo dell'industria dei dati e all'apposizione di argini giuridici alle cosiddette decisioni automatizzate e alle applicazioni digitali di tecniche che nei più vari settori utilizzano i risultati delle neuroscienze<sup>36</sup>.

Aggiungo qui soltanto in maniera sintetica - ma spero che si capisca il contesto discorsivo dell'accento - che anche alcuni dei più importanti tra i recenti provvedimenti del Garante privacy italiano, quali quelli sulla chatbot Replika per i bambini<sup>37</sup> e su ChatGPT<sup>38</sup> confermano questa necessaria ten-

<sup>36</sup> Cfr. A.A. MOLLO, *Neurorights. Una prospettiva di analisi interdisciplinare tra diritto e neuroscienze*, in *Annuario 2022*, cit., 191 ss.; ID., *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in *European Journal Of Privacy Law & Technologies*, 2021, 199 ss.; con specifico riferimento al neuromarketing, cfr. AA.VV., *Annuario 2023-2024 Osservatorio Giuridico sull'innovazione digitale*, a cura di S. Orlando e G. Capaldo, in corso di pubblicazione, e v. anche lo studio del marzo 2023 intitolato *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, commissionato e pubblicato dalla Commissione europea (<https://oeuropa.eu/en/publication-detail/-/publication/43754ac8-26aa-11ee-a2d3-01aa75ed71a1/language-en>).

<sup>37</sup> 'Replika' è una applicazione di intelligenza artificiale di tipo conversazionale che genera un personaggio virtuale programmato per instaurare conversazioni, quasi del tutto realistiche, con gli utenti e per stringere con essi legami che replicano i rapporti di amicizia o anche le relazioni sentimentali tra gli esseri umani. Secondo la presentazione dei suoi sviluppatori, tale applicazione è "capace di migliorare l'umore ed il benessere emotivo dell'utente, aiutandolo a comprendere i suoi pensieri e i suoi sentimenti, a tenere traccia del suo umore, ad apprendere capacità di  *coping*  - ossia, di controllo dello stress - a calmare l'ansia e a lavorare verso obiettivi come il pensiero positivo, la gestione dello stress, la socializzazione e la ricerca dell'amore". Con provvedimento n. 39 del 2 febbraio 2023, l'Autorità garante per la protezione dei dati personali ha disposto, con effetto immediato, la limitazione provvisoria del trattamento dei dati personali degli utenti stabiliti nel territorio italiano, nei confronti della società statunitense Luka Inc., sviluppatrice e gestrice della chatbot 'Replika', in considerazione dei concreti rischi che l'impiego di tale app presenta nei confronti dei minori di età e dei soggetti più fragili dal punto di vista emotivo (<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9852506>). E v. anche il successivo provvedimento sospensivo condizionato n. 280 del 22 giugno 2023 (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10013893>).

<sup>38</sup> La prima misura cautelare adottata dal Garante per la protezione dei dati personali nei confronti di OpenAI per il servizio ChatGPT con provvedimento n. 112 del 30 marzo 2023 risulta motivata, *inter alia*, come segue: «l'assenza di filtri per i minori di età di 13 anni espone gli stessi a risposte assolutamente inidonee rispetto al grado di sviluppo e autoconsapevolezza degli stessi» (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870832>). E v. anche il successivo provvedimento sospensivo condizionato n. 114 dell'11 aprile 2023 (<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9874702>) ed il comunicato stampa del 29 gennaio 2024 sulla notifica di

sione verso un sindacato di legittimità sulle finalità del trattamento<sup>39</sup>, che non è sempre agevole e che peraltro comporta, come accenneremo brevemente infra, delicate questioni di coordinamento tra diverse autorità (v. *infra* par. 7.2).

## 6. L'invalidità del consenso privacy per illiceità è idonea a tutelare sia l'interessato che soggetti terzi

Deve sottolinearsi che l'invalidità del consenso privacy per difetto del requisito di liceità è idonea a tutelare sia l'interessato (dei cui dati personali si tratti) che soggetti terzi, come nel caso dell'illiceità dei consensi privacy prestati per finalità di addestramento, convalida o prova dei sistemi di intelligenza artificiale sottoposti al divieto di uso ai sensi dell'art. 5 AI Act (v. *supra* par. 5.5).

Ed infatti, l'uso dei sistemi di intelligenza artificiale sottoposti al relativo divieto è considerato dal legislatore idoneo a ledere i diritti di una pluralità di persone e non solo quelli degli interessati, i cui dati personali siano processati dai sistemi di intelligenza artificiale vietati.

Gli interessati, in ipotesi, *possono non essere minacciati in alcun modo* dai sistemi di IA sottoposti al divieto di uso.

Per fare un esempio: se vengono raccolti con il loro consenso i dati personali di *persone non impulsive* per la finalità di addestrare, convalidare o provare un sistema di IA disegnato per manipolare il comportamento di *persone impulsive* sfruttando la loro vulnerabilità comportamentale derivante dall'impulsività, e che può così distorcere il loro comportamento e provocare loro un significativo danno ai sensi dell'art. 5(1)(a) AI Act, quei consensi privacy prestati dalle *persone non impulsive* dovranno senz'altro ritenersi invalidi in quanto illeciti anche se non è in gioco la lesione di loro diritti.

## 7. Tre aree di approfondimento.

contestazione di violazione del GDPR (<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9978020>). A proposito della protezione dei minori con riferimento alla legislazione sulla protezione dei dati personali cfr. *ex multis* i contributi di I.A. CAGGIANO, *Protecting minors as technologically vulnerable persons through data protection: An analysis on the effectiveness of law.*, 2022, in *European Journal of Privacy Law & Technologies* 27 ss.; F. RUGGERI, *Trattamento dei dati personali e tutela dei minori*, in *Annuario 2022*, cit, 325 ss. Più in generale sul tema della protezione "identitaria" dei minori nell'ambiente digitale R. SENIGAGLIA, *Rischi identitari per la persona minore di età nell'ambiente digitale*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 62 ss.; I. GARACI, *Autodeterminazione e tutela del minore di età nel contesto digitale*, in *Saggi di diritto dei consumi* a cura di A. Catricalà, M. Pignalosa, 2020, Giappichelli, Torino, 115 ss.; e anche, con specifico riferimento alle tematiche del marketing, ID., *Profili di tutela delle persone vulnerabili nell'ecosistema digitale. Il divieto di profilazione dei minori di età ai fini di marketing*, in *Annuario 2022*, cit., 89 ss.; ID., *Minori e pubblicità mirata*, in *Dir. Merc. e Tecnologia*, 2022, 1 ss.

<sup>39</sup> Cfr. anche la Relazione annuale 2023 del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali Prof. Pasquale Stanzone *Regolare il futuro. La protezione dei dati per un'innovazione antropocentrica*, 8 ss.

L'ipotesi costruttiva in parola apre tre prospettive di indagine a dir poco vaste.

### **7.1. La finestra con vista fuori del GDPR (il test di legittimità delle finalità di trattamento non è solo endo-regolamentare)**

La prima corrisponde metaforicamente ad *aprire una finestra con vista fuori del GDPR*, perché, come argomentato, il test di liceità, comportando un giudizio sulla legittimità delle finalità del trattamento e una valutazione sul se il trattamento non sia altrimenti vietato (v. parr. 3, 4, 5 *supra*), non è solo endo-regolamentare bensì deve essere condotto alla stregua di tutte le altre norme imperative del diritto dell'Unione e del diritto nazionale applicabile.

Come già visto, la necessità di guardare fuori dal GDPR è imposta innanzitutto implicitamente dal combinato disposto dell'art. 5(1)(b)GDPR con l'art. 6(1)(a) GDPR (v. parr. 3 e 4 *supra*), ma anche espressamente nell'art. 9(2)(a) GDPR a proposito del consenso esplicito (v. par. 5.1 v), dove si prescrive che il consenso esplicito può superare il divieto del trattamento delle particolari categorie di dati ivi previste solo se questo non sia a sua volta vietato da altre norme del diritto dell'Unione o degli Stati membri. Dunque una finestra aperta in questo caso espressamente sulle altre norme del diritto dell'Unione o degli Stati membri. E lo stesso deve ritenersi senz'altro anche per l'altro consenso esplicito dell'art. 22(2)(a) GDPR. Ci torneremo brevemente più avanti (v. par. 7.3 *infra*). Qui è importante ribadire che è lo stesso GDPR - con il combinato disposto dei suoi artt. 5(1)(b) e 6(1)(a) e con il suo art. 9(1)(a) - ad aprire ora implicitamente ora espressamente una finestra sulle altre norme imperative del diritto unitario e nazionale applicabile per stabilire se le finalità del trattamento dei dati personali per le quali sia prestato il consenso privacy siano legittime e se il relativo trattamento non sia altrimenti vietato da norme inderogabili.

### **7.2. La questione della distribuzione di competenze tra autorità amministrative e giurisdizionali in relazione all'accertamento della legittimità/illegittimità delle finalità del trattamento**

La seconda prospettiva di indagine, altrettanto ampia, riguarda *il tema di distribuzione di competenze su chi decide quali finalità di trattamento sono illegittime e quali trattamenti dei dati personali sono altrimenti vietati*. Ed infatti, se riconosciamo che il GDPR richiede di aprire una finestra sulle altre norme del diritto dell'Unione e nazionale, deve essere affrontato e risolto il tema del coordinamento tra le attività delle autorità di controllo designate per l'applicazione del GDPR nei paesi membri (le varie "DPA") e quelle delle varie autorità amministrative e giurisdizionali che hanno competenze di accertamento e sanzionatorie nei vari settori dell'ordinamento. Naturalmente c'è un livello nazionale di approfondimento e di svolgimento di que-

sto tema, che riguarda la particolare distribuzione di competenze tra autorità nazionali, sulla base degli ordinamenti e delle norme di diritto pubblico degli Stati membri, ma c'è anche il livello del diritto dell'Unione, interpretando il quale soltanto possono essere individuate le linee generali di soluzione del problema, avuto riguardo al coordinamento tra le autorità previste dalle fonti di diritto unitario<sup>40</sup>. Può il Garante verificare da sé l'illegittimità delle finalità dei trattamenti dei dati personali o deve coordinarsi con altre autorità? Può o deve prendere per buone decisioni già esistenti ovvero deve chiedere decisioni di autorità giurisdizionali o di altre autorità che possono essere competenti per stabilire, come negli esempi che ho fatto prima, se un certo trattamento di dati personali è piegato a finalità illegittime o deve ritenersi altrimenti vietato sulla base di norme imperative che proibiscono determinate attività in settori presidiati da altre autorità? Si propone dunque un grande tema di coordinamento. Che si amplificherà, man mano che nuove autorità si aggiungeranno alle esistenti, come già si vede.

### 7.3. La ricerca della cassetta degli attrezzi più adeguata per affrontare le sfide ermeneutiche del consenso privacy nella data economy

Si propone, infine, un tema di svolgimento logico, che richiede innanzitutto di mettersi d'accordo su quale sia lo strumentario giuridico (la "cassetta degli attrezzi") più adeguato per trasferire sul piano dell'atto del consenso privacy il controllo di liceità, che è letteralmente riferito nel GDPR solo al trattamento.

La mia convinzione è che la teoria degli atti di autonomia privata fornisca lo strumentario più adeguato per compiere questo lavoro. E che, in questo senso, e per questo motivo, la teoria degli atti autonomia privata – se retamente intesa – piuttosto che costituire una minaccia di mercificazione dei dati personali, sia, al contrario, capace di fornire una risposta di protezione.

Sembra pertinente osservare in proposito che, per attribuire validità all'atto di autonomia privata, si guarda sempre alla libertà e alla consapevolezza del suo autore, ma *anche* al profilo funzionale dell'atto, consentendo un sindacato di liceità orientato alla protezione del più ampio complesso di valori riconosciuti dall'ordinamento nella sua funzione di postulazione e affermazione deontica degli interessi dell'intera collettività<sup>41</sup>: ampliando così

<sup>40</sup> Cfr. la sentenza CGUE del 4.7.2023 nel caso C-252/21 e le pertinenti osservazioni di P. STANZIONE, *La libertà e il suo valore*, cit., 155.

<sup>41</sup> Cfr. P. IAMICELI, *Liceità, correttezza, finalità nel trattamento dei dati personali*, cit., 415, dove il principio di liceità del *trattamento* è interpretato come base normativa per «selezionare i trattamenti ammessi dall'ordinamento»; e v. anche ivi, 412-413 dove osserva che il corrispondente giudizio di liceità ha per caratteristica di «contemplare una valutazione di interessi che opera su un piano (anche superindividuale e che, là dove guardi alla posizione della singola parte del rapporto (l'interessato in primo luogo), sia in grado di prescindere dalle preferenze di quest'ultimo, in ipotesi in cui queste contrastino con l'interesse della collettività». Si tratta di osservazioni pertinenti ove si osservi che la legittimità delle finalità del trattamento – rilevanti per il consenso privacy nel senso detto, per il combinato disposto delle disposizioni di cui agli artt. 5(1)(b) e 6(1)(a) GDPR – va asseverata, naturalmente, sul-



la considerazione rilevante per il giudizio di rilevanza e di tutela giuridica ben *oltre* l'ambito della protezione dei valori della libertà e della consapevolezza dell'autore dell'atto.

Deve in proposito riconoscersi che le discipline del consenso negoziale tradizionalmente contemplan requisiti di libertà e consapevolezza degli autori dell'atto di autonomia, proteggendo sempre, senza incertezze, i medesimi requisiti a cospetto di situazioni nelle quali si rinviene la necessità della loro protezione (ed articolando variamente le discipline con norme di generalità variabile intese a contrastare in ciascun caso comportamenti contrari a buona fede, anche in relazione a situazioni nelle quali il legislatore vede una minaccia di quei requisiti, come nei casi di approfittamento di situazioni di asimmetria informativa e altre situazioni di vulnerabilità decisionale)<sup>42</sup>; ma, anche che, *in aggiunta a ciò*, la teoria degli atti di autonomia privata prevede e impone sempre un controllo funzionale: sulla funzione dell'atto. Ed è un controllo, per così dire, ordinamentale, a protezione degli interessi della collettività.

Quindi libertà e consapevolezza dell'autore dell'atto, innanzitutto, ma al contempo anche liceità.

Esiste già d'altronde, come visto, una disposizione del GDPR che impone *espressamente* un controllo di liceità del consenso privacy. Laddove, come detto, un simile controllo deve ritenersi *implicitamente* richiesto *sempre* - alla stregua dell'art. 6(1)(a) GDPR in combinato disposto con l'art. 5(1)(b) GDPR - esso è invece *espressamente* prescritto a proposito del consenso (privacy) «esplicito» ex art. 9(2)(a) GDPR.

Ed infatti come già osservato (v. parr. 5.1 e 7.1 *supra*) l'art. 9 del Regolamento, prevedendo al secondo paragrafo che il «consenso esplicito» possa permettere di superare il divieto del trattamento delle particolari categorie di dati elencate nel primo paragrafo, aggiunge però che un simile consenso esplicito può far superare quel divieto a meno che tale superamento ad opera di un consenso esplicito dell'interessato *non sia a sua volta vietato da altre norme di diritto dell'Unione o degli Stati Membri*.

Come anche detto, qui è inequivocabilmente disegnata una finestra che si affaccia fuori dal Regolamento (par. 7.1 *supra*).

Cosa che – aggiungo ora – a mio avviso deve ritenersi assolutamente sottintesa (tale e quale) anche nell'art. 22(2) GDPR.

Ed infatti - ferme restando le finalità proprie dell'art. 22 GDPR nel disegno del Regolamento e fermi restando i limiti intrinseci delle c.d. decisioni automatizzate e la loro pericolosità derivante dalle loro connaturate irrazionalità ed idoneità a realizzare discriminazioni: tratti ben messi in luce di re-

---

la base della liceità del trattamento, nel senso che non può considerarsi una finalità legittima di trattamento quella di un trattamento vietato da altre norme di legge (v. *retro*, parr. 3 e 4).

<sup>42</sup> Non è vero che esiste un consenso negoziale monolitico (quanto ai requisiti legali) da contrapporre a quello privacy, nemmeno restringendo la considerazione dell'autonomia privata all'ambito patrimoniale. Non è questa la sede per svolgere compiutamente questo tema. Ci si limita a richiamare in proposito le riflessioni esposte da ultimo proprio in relazione al dibattito del consenso privacy da G. FINOCCHIARO, *Consenso al trattamento e libertà*, cit., spec. 8 ss.; V. RICCIUTO, *Consenso al trattamento e contratto*, cit., spec. 20 ss.

cente dalla dottrina più avvertita<sup>43</sup> - a mio avviso, sul piano della tecnica del rapporto tra il primo e il secondo paragrafo dell'art. 22 del Regolamento, va riconosciuto in ogni caso che la possibilità che il consenso esplicito (del secondo paragrafo dell'art. 22 GDPR) possa far superare il divieto (del primo paragrafo dell'art. 22 GDPR) deve essere intesa e qualificata esattamente come nell'art. 9 GDPR, ossia con esclusione dei casi in cui altre norme di diritto dell'Unione o degli Stati membri non consentono al consenso esplicito di superare il divieto di assoggettarsi a decisioni che producono effetti giuridici che lo riguardano o incidono sulla sua persona basate esclusivamente sul trattamento automatizzato dei dati personali<sup>44</sup>.

Riconoscere un limite ordinamentale al consenso privacy è tanto più urgente nello scenario attuale che ha segnato in pochi anni il trapasso dalla società dell'informazione, caratterizzata dalla riproduzione e comunicazione automatizzate di dati digitali, alla *data driven economy* o *data economy*, caratterizzata dalla *produzione automatizzata di dati digitali* (in aggiunta alla riproduzione e alla comunicazione) attraverso il trattamento di altri dati, compresi, naturalmente, dati personali. Ed effettivamente, dati che rispondono alla qualificazione giuridica di dati personali vengono continuamente non soltanto forniti dall'interessato e riprodotti con sistemi automatizzati ma anche *prodotti* da sistemi automatizzati, compresi, oggi, in parte sempre maggiore, sistemi di intelligenza artificiale<sup>45</sup>.

Postulare, come è ovvio, che possano e debbano esserci dei limiti a questa industria dei dati, non può prescindere dall'acquisizione di strumenti della tecnica giuridica idonei a tradurre quell'idea generica di limiti in divieti giuridici e la violazione di quei divieti in precise conseguenze sul piano del trattamento degli atti di autonomia privata. In altre parole, la generica consapevolezza dell'esistenza di limiti giuridici all'industria dei dati, deve necessariamente accoppiarsi alla consapevolezza della necessità di uno strumentario giuridico da esercitarsi sul piano dell'autonomia privata.

Individuato come piano di qualificazione e costruzione del consenso privacy l'atto di autonomia privata, si tratterà allora di affrontare una serie di questioni tecniche con la corrispondente cassetta degli attrezzi.

Si potrà così riconoscere che, a seconda del contesto nel quale si inserisce e viene prestato, l'atto di consenso privacy (sempre e in ogni caso inteso come atto di autonomia privata) può essere come può non essere qualificato come consenso contrattuale<sup>46</sup>, ferma restando, anche nel caso in cui si tratti

<sup>43</sup> Cfr. per tutti D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine*, cit., 921 ss., spec. 930 ss. In termini più generali, A. SIMONCINI, *Do ut data: quali limiti costituzionali alla cessione di dati personali?*, in *Commerciabilità dei dati personali*, cit., 67; ID., *Il linguaggio dell'Intelligenza Artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2023. V. anche G. CARAPEZZA FIGLIA, *Decisioni algoritmiche tra diritto alla spiegazione e divieto di discriminare*, in *Pers. Merc.*, 2023, 638 ss.; A.G. GRASSO, *GDPR Feasibility and Algorithmic Non-Statutory Discrimination*, Napoli, ESI, 2023.

<sup>44</sup> Nello stesso senso, D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine*, cit., 944-945.

<sup>45</sup> Cfr. S. ORLANDO, *Data vs Capta. Intorno alla definizione di dati*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022/4, 14 ss., spec. 29 ss.; GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, Trento, 2021, 11 ss., 25 ss.

<sup>46</sup> È la posizione affermata con chiarezza e con nettezza da V. RICCIUTO, *Consenso e contratto*, cit. *passim*. Nello stesso senso, anche S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il GDPR. L'interessato-consumatore*, cit. *passim*.



di un consenso contrattuale, l'applicazione dell'intero statuto del GDPR, che interviene *a conformare e limitare in modo imperativo l'autonomia privata in questo settore*<sup>47</sup>.

Si potrà sviluppare una teoria sulla granularità causale relativamente al requisito di specificità delle finalità di trattamento dei dati personali posto dall'art. 6(1)(a) GDPR, valorizzando in proposito le norme speciali confermate di questo requisito, come quelle del DSA che prevedono che i destinatari dei servizi di piattaforme online possano modificare i parametri della pubblicità ad essi rivolta e le opzioni che influenzano i parametri dei sistemi di raccomandazione che determinano l'ordine delle informazioni ad essi presentate<sup>48</sup>.

Si potrà elaborare, in coerenza con la teoria sulla granularità causale delle specifiche finalità di trattamento per le quali il consenso privacy è prestato, una teoria sull'invalidità parziale del consenso privacy relativamente a quei casi in cui alcune delle specifiche finalità di trattamento dei dati personali per cui il consenso privacy è prestato siano illegittime mentre altre siano legittime.

Si potrà approfondire ulteriormente il requisito della specificità della finalità posto dall'art. 6(1)(a) GDPR interrogandosi sull'idoneità di assolvere a quel requisito da parte di consensi privacy prestati in adesione a richieste che, come quasi sempre avviene, formulano le finalità in modo generico (es. finalità di marketing, di pubblicità, etc.), per stabilire quale debba essere la conseguenza più coerente di un difetto del requisito della specificità<sup>49</sup> – anche avuto riguardo all'interesse dell'interessato – sul piano del trattamento del consenso privacy (anche qui, come può intuirsi, sul piano del trattamento del consenso privacy come atto di autonomia si può giocare sul piano del consenso – quale volontà informata e consapevole - o su quello della causa e dell'oggetto), eventualmente affacciando soluzioni che, similmente a quanto può proporsi di fronte al consenso prestato per specifiche finalità legittime e per specifiche finalità illegittime, concludano, laddove se ne ravvisi un interesse dell'interessato, per una validità/invalidità parziale, ossia per

<sup>47</sup> Parla espressamente di “*autonomia conformata* soggetta ai principi e precetti regolatori inderogabili del GDPR” E. TOSI, *Consenso autorizzatorio e consenso contrattuale quali autonome basi giuridiche per la patrimonializzazione dei dati personali nei mercati digitali alla luce del GDPR*, in *Commerciabilità dei dati personali*, cit., 229. E v. anche C. SOLINAS, *Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, cit.; nonché, in una visione più generale: ID., *Il contratto “amministrato”. La conformazione dell'operazione economica agli interessi generali*, Napoli, Esi, 2018; G. BERTI DE MARINIS, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Napoli, Esi, 2019. V. anche S. SICA, *La monetizzazione dei dati tra autonomia privata e tutele civili*, in *Commerciabilità dei dati personali*, cit., 263.

<sup>48</sup> Artt. 26 e 27 DSA.

<sup>49</sup> Cass. 17278/2018, punto 2.6 “[...] Inoltre, ritiene il Collegio, perché il consenso possa essere detto specifico, che esso, per la contraddizione che non lo consente, non possa essere genericamente riferito a non meglio identificati messaggi pubblicitari, sicché colui il quale abbia chiesto di fruire di un servizio di informazioni giuridico-fiscali, si debba vedere poi raggiunto da pubblicità di servizi o prodotti non attinenti alle ricerche effettuate. È allora specifico, per questo aspetto, il consenso se riferito ‘ad un trattamento chiaramente individuato’, il che comporta la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti”.

la validità del consenso privacy per la generalità delle finalità legittime comprese nella formula generica e per una corrispondente invalidità parziale limitatamente alle finalità *illegittime* che pure possono essere ricomprese nella medesima formula generica (l'esempio della formula generica della finalità di marketing o pubblicità è in proposito calzante, a fronte di specifici divieti in materia: v. i numerosi esempi al par. 5 *supra*).

Si potranno combinare insieme, in una visione funzionale, le categorie tradizionali (della tradizione dogmatica dell'atto di autonomia privata) dell'illiceità dell'oggetto e dell'illiceità della causa, in considerazione della varia articolazione dei divieti legali del contemporaneo diritto dei dati (v. parr. 4 e 5 *supra*), ed in particolare per corrispondere alla vasta tipologia dei divieti di trattamento rivolti a determinate categorie di dati personali. E così via.

Né sfuggirà che un'analisi simile può essere sviluppata *anche in relazione alla base del legittimo interesse* (art. 6(1)(f) GDPR)<sup>50</sup>, non immune, come risaputo, dalla genericità (mi riferisco alla genericità del richiamo che ne fanno i titolari che si avvalgono di tale base, sfruttando l'ampiezza della formula legislativa), nel senso che mi sembra arrivato il momento di promuovere un sindacato di liceità *analitico* tanto sulle finalità del consenso che sul legittimo interesse, oltretutto in considerazione del fatto che oggi tanto è possibile anche dal punto di vista tecnologico, attraverso l'analisi puntuale degli algoritmi impiegati dai sistemi di intelligenza artificiale e dai sistemi software in generale<sup>51</sup>.

### **8. Critica esemplare al Considerando 40 della direttiva sui lavoratori delle piattaforme online a dimostrazione della necessità di dismettere la concezione che si incentra esclusivamente sui requisiti di libertà e consapevolezza del consenso privacy**

Prima di tracciare le conclusioni, mi sembra necessario aggiungere che la concezione c.d. autorizzatoria del consenso privacy, la quale si incentra esclusivamente sulla libertà e sulla consapevolezza dell'interessato, è ancora largamente dominante, ed al contempo indicare il limite storico di questa concezione, diventata ormai un abito mentale che ostacola il riconoscimento delle vere *rationes* di molti divieti che caratterizzano il diritto contemporaneo dei dati.

<sup>50</sup> Art. 6(1)(f) GDPR: «il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore».

<sup>51</sup> Cfr. D. MULA, *Elaborazione e sfruttamento dei dati mediante algoritmi*, in *La circolazione dei dati*, cit., spec. 148: «Al fine di determinare se un 'trattamento svolto tramite impiego di algoritmo' è conforme alla disciplina in materia di trattamento dei dati personali, deve, quindi, ritenersi legittima l'istanza di verifica, in concreto, delle attività svolte sia in relazione alla base giuridica dichiarata che rispetto all'eventuale ambito di consenso prestato dall'interessato [...]».

Il Considerando 40 della direttiva sulla tutela dei lavoratori delle piattaforme online<sup>52</sup> dimostra sia il perdurante dominio di questa concezione che la sua capacità ostacolante, nel senso detto. In esso si trova infatti scritto che i molti divieti al trattamento dei dati personali dei lavoratori delle piattaforme online, contenuti nell'art. 7 della medesima direttiva (v. par. 5.4 *supra*), sarebbero giustificati dalla situazione di assenza di una effettiva libertà di prestare il consenso privacy in cui si trovano tipicamente le persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali.

Il sottotesto di questa concezione è che, se fossero garantite effettive condizioni di libertà e consapevolezza alle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, o anche solo ad una categoria di tali persone, esse dovrebbero essere lasciate libere di consentire che sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati trattino loro dati personali relativi a loro stati emotivi o psicologici o relativi a loro conversazioni private, ivi inclusi dati riferibili al tempo in cui non lavorano, o per prevedere l'esercizio di loro diritti fondamentali (compresi il diritto di associazione, il diritto di negoziazione e il diritto di esercitare azioni collettive o il diritto all'informazione e alla consultazione), o anche per desumere la loro origine razziale o etnica, o il loro status di migrante, le loro opinioni politiche, le loro convinzioni religiose o filosofiche, loro eventuali disabilità, il loro stato di salute (comprese le malattie croniche o la sieropositività), il loro stato emotivo o psicologico, la loro adesione a sindacati, la loro vita sessuale o il loro orientamento sessuale.

La concezione autorizzatoria è dunque, evidentemente, ostacolante fino al punto da impedire perfino al legislatore europeo in sede di dichiarazione autentica della *ratio* dell'art. 7 della direttiva in commento, di sillabare la vera ragione di tutti questi divieti, e cioè che al diritto unitario ripugna un controllo automatizzato sui lavoratori di questo tipo ed una gestione automatizzata dei rapporti di lavoro di questo tipo, indipendentemente da qualunque consenso e anzi anche contro ogni eventuale consenso, libero e consapevole che sia.

Il consenso privacy non può essere il sinonimo di libertà di farsi perseguire consapevolmente. Esistono dei limiti anche al consenso privacy libero e consapevole, che compete al legislatore fissare. La concezione del consenso privacy come atto di autonomia privata (o concezione negoziale) am-

<sup>52</sup> Considerando 40 della direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali: «Gli articoli 5, 6 e 9 del regolamento (UE) 2016/679 stabiliscono che i dati personali devono essere trattati in modo lecito, corretto e trasparente. Ciò comporta alcune restrizioni al modo in cui le piattaforme di lavoro digitali possono trattare i dati personali mediante sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati. Tuttavia, nel caso specifico del lavoro mediante piattaforme digitali, non si può presumere che il consenso delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali al trattamento dei loro dati personali venga dato *liberamente*. Spesso le persone che svolgono un lavoro di questo tipo *non hanno una reale libertà di scelta* o non possono rifiutare o revocare il consenso senza pregiudicare il loro rapporto contrattuale, visto lo squilibrio di potere tra la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali e la piattaforma di lavoro digitale. Pertanto, le piattaforme di lavoro digitali non dovrebbero trattare i dati personali delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali sulla base del fatto che una persona che svolge tale lavoro ha prestato il proprio consenso al trattamento dei suoi dati personali».

mette questi limiti, anzi li postula come *necessari*, e consentirebbe (ovvero consentirà, quando cesserà, sperabilmente presto, il dominio della concezione che vede solo i requisiti di libertà e consapevolezza) anche allo stesso legislatore europeo di dichiararne le vere *rationes*.

### 9. Critica esemplare alla formula definitoria del diritto all'oblio oncologico nella legge 193/2023 a dimostrazione della necessità di evidenziare la figura logica del divieto che caratterizza il contemporaneo diritto dei dati

L'art. 1, co. 2 della legge 193/2023 contiene la seguente definizione di «diritto all'oblio oncologico»: «il diritto delle persone guarite da una patologia oncologica di non fornire informazioni né subire indagini in merito alla propria pregressa condizione patologica, nei casi di cui alla presente legge».

Tale formula definitoria non riflette le situazioni giuridiche soggettive che caratterizzano la disciplina introdotta dalla medesima legge, caratterizzata interamente, a ben vedere, dalla figura logica del divieto. La legge contiene una serie di divieti giustificati dalla previsione di minacce ad un diritto di rango costituzionale, il diritto a non essere discriminati, specificato, in casi circostanziati, come diritto delle persone fisiche a non essere discriminati a cagione della particolare condizione di una pregressa patologia oncologica. La legge 193/2023 contiene infatti una serie di divieti di comportamenti tipicamente ritenuti idonei a discriminare le persone fisiche a cagione di una loro pregressa patologia oncologica, e dunque a ledere questo diritto di rango costituzionale relativamente alla specifica condizione di salute considerata. Questi divieti sono formulabili come altrettanti divieti di trattamenti di determinate categorie di dati personali per determinate finalità.

La formula “diritto a non dare informazioni” così come quella di “diritto di non essere sottoposti ad indagini” non sono soltanto inidonee a riflettere le situazioni soggettive del divieto e del diritto costituzionale, che innervano invece la disciplina nel senso sopra esposto (e v. anche par. 5.8 *supra*). Esse sono anche fuorvianti, perché nascondono il carattere inderogabile della medesima disciplina.

In particolare, la formula “diritto a non dare informazioni” sembrerebbe suggerire che l'interessato può comunque darle, cosicché, in quel caso, chi le riceve potrebbe tenerne conto ai fini e nei campi di applicazioni considerati dalla legge. Ciò va escluso radicalmente. Di nuovo: si tratta di divieti inderogabili di trattamento di certi dati personali per determinate finalità. E, di nuovo: l'eventuale consenso privacy a trattare quei dati per quelle specifiche finalità, anche laddove libero e consapevole, sarebbe illecito.

Allo stesso modo, l'espressione “diritto di non essere sottoposti ad indagini” deve tradursi come: divieto di compiere indagini.

L'esegesi delle disposizioni contenute negli articoli da 2 a 4 della legge 193/2023, conferma che essa contiene solo divieti inderogabili, nel senso esposto, con tutte le conseguenze che devono ricavarne sul punto del consenso privacy (v. *retro* par. 5.8).

Più generalmente, e come fatto già nel paragrafo precedente a proposito del legislatore europeo, la critica a questa formula definitoria mi serve, prima delle conclusioni, per mettere in luce la perdurante difficoltà manifestata dallo stesso legislatore italiano di chiamare col suo nome la figura logica del divieto, che pure caratterizza nettamente il contemporaneo diritto dei dati e conferma l'autonomia privata in questo settore del diritto.

#### **10. Conclusioni sul consenso privacy come atto di autonomia privata e sulla prospettiva di una nuova stagione di studi sull'atto di autonomia privata di diritto unitario sollecitata dallo studio dell'illiceità del consenso privacy.**

Le osservazioni che ho provato ad esporre in questa sede possono compendiarsi in due riflessioni conclusive.

La prima è che l'autonomia privata non è da intendersi nel campo del trattamento dei dati personali come sinonimo di mercificazione dei dati personali<sup>53</sup>, ma, tutt'al contrario, come un potenziamento della tutela della persona.

Lo studio del consenso privacy come atto di autonomia privata offre e richiede una tecnica (una “cassetta degli attrezzi”) idonea ad individuare e a tutelare non soltanto gli insopprimibili diritti fondamentali dell'interessato, ma i diritti fondamentali di tutti i consociati.

Non solo, dunque, l'insopprimibile dignità di ciascuno e di tutti gli interessati, ma - accanto ed in aggiunta ad essa - il profilo di dignità - ancora da affermare - di una collettività di persone che distinguiamo oggi dalle comunità degli uomini del passato per il fatto di vivere in un mondo caratterizzato dall'ubiquità del software: in cui praticamente tutti i tipi di rapporti tra gli uomini sono potenzialmente mediati da applicazioni di tecnologie digitali, che continuamente ed in modo automatizzato riproducono e producono dati.

Le norme imperative sulla protezione e la circolazione dei dati personali hanno senz'altro in questo senso un ruolo di conformazione e di limitazione dell'autonomia dei privati.

Inoltre, nella prospettiva del consenso privacy quale atto di autonomia regolato e dunque necessariamente limitato, dovrà riconoscersi che i limiti al consenso privacy possono apprezzarsi soltanto attraverso la doverosa considerazione ed applicazione di tutte le norme imperative del diritto unitario e nazionale applicabile, che pongono precisi limiti all'industria dei dati. È la “finestra con vista fuori dal GDPR”, cui ho fatto cenno *supra* (par. 7.1).

Come seconda riflessione conclusiva, sembra corretto dire che le categorie del divieto e della illiceità, con le quali il giurista europeo è tenuto a ci-

<sup>53</sup> Assolutamente condivisibili sono le analisi sui rischi di mercificazione dei dati personali nell'attuale assetto dei mercati digitali, che si leggono in P. STANZIONE, *La libertà e il suo valore*, cit., 149 ss., spec. 152; G. CERRINA FERONI, *Siamo stati derubati? Considerazioni (non conclusive) sul valore economico dei dati personali*, in *Commerciabilità dei dati personali*, cit. 413 ss., spec. 420 ss.; A. GHIGLIA, *Commerciabilità dei dati personali: condizioni e limiti alla monetizzazione della nostra identità digitale nel contesto italiano ed europeo*, ivi, 23 ss., spec. 29.

mentarsi applicando il GDPR e le altre fonti da esso chiamate in causa per stabilire la legittimità delle finalità e dell'oggetto del trattamento, offrono ai giuristi europei la possibilità di un'elaborazione nuova e storicamente adeguata sull'autonomia privata nel diritto dell'Unione: una riflessione unitaria (nel senso del diritto dell'Unione europea) sulle categorie dell'autonomia privata.

Questa prospettiva consente infatti di guardare al consenso privacy come ad un banco di prova per costruire intorno ad esso una *teoria dell'atto di autonomia privata di diritto europeo*.

A chi si dicesse sorpreso che la proposta di un'elaborazione di una teoria generale dell'atto di autonomia privata di diritto europeo possa originare dall'interpretazione del GDPR, risponderci che la sorpresa è fuor di luogo, per almeno tre ordini di motivi.

Innanzitutto perché l'industria dei dati costituisce oggi il settore maggiormente in crescita nell'economia mondiale<sup>54</sup>, e dunque non deve affatto sorprendere che a dare impulso ad una nuova stagione di studi del diritto europeo sull'autonomia privata possa essere l'analisi giuridica dei conflitti creati dalla *data economy*, a partire da quelli inerenti alla circolazione e alla protezione dei dati personali.

In secondo luogo, perché sembra corretto osservare che non siamo di fronte ad una vera opzione, in quanto le norme del GDPR *impongono* questa scelta. Ed infatti, come osservato, l'art. 5(1)(b) del Regolamento, contemplando ed *imponendo* un test di legittimità sulle specifiche finalità del trattamento dei dati personali, deve necessariamente accoppiarsi al profilo funzionale dell'atto di consenso privacy: perché, ai sensi dell'art. 6(1)(a) GDPR, l'interessato presta il consenso al trattamento «per una o più specifiche finalità»: che *devono*, dunque, essere «legittime», né può negarsi che assumano in proposito rilevanza tutte le norme dell'ordinamento, di diritto unitario e nazionale, che, in modo via via crescente, prendono atto della esigenza di regolare l'utilizzazione e la produzione dei dati digitali, e che interpretano questa esigenza attraverso la posizione di specifici divieti di trattamento di determinate categorie di dati personali nei più vari settori.

Infine, e non meno significativamente, perché mai come oggi, con poche multinazionali - i “gate-keeper”<sup>55</sup> - che dispongono di risorse finanziarie e tecnologiche superiori a quelle della maggior parte degli Stati<sup>56</sup>, è improrogabile

<sup>54</sup> Cfr. G. SMORTO, *Il ruolo della comparazione giuridica nella contesa per la sovranità digitale*, in *Esperienze giuridiche in dialogo*, cit. 75 ss.

<sup>55</sup> V. artt. 2 e 3 del *Digital Markets Act* (regolamento (UE) 2022/1925 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali))

<sup>56</sup> Nel comunicato stampa pubblicato sul sito web del Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti d'America (lo U.S. Department of Justice, Antitrust Division) a proposito di un'azione civile promossa il 21.3.2024 dal medesimo Dipartimento di Giustizia unitamente a 16 procuratori statali e distrettuali contro Apple Inc. per avere quest'ultima società pretesamente monopolizzato, o tentato di monopolizzare, i mercati connessi all'utilizzo e sviluppo degli smartphone, viene specificato che nell'anno fiscale 2023, Apple ha generato ricavi netti per 383 miliardi di dollari e un utile netto di 97 miliardi di dollari, sottolineandosi che l'utile netto di Apple supera il prodotto interno lordo di più di 100 paesi (<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-apple-monopolizing-smartphone-markets>).

gabile l'avvio di una nuova stagione di studi sulle funzioni degli atti di autonomia, sulla loro legittimità e sull'invalidità intesa esattamente come reazione dell'ordinamento alla violazione di specifici divieti. Uno studio storicamente avvertito sull'autonomia privata deve principiare oggi dalle categorie del divieto e della illiceità.

Sembra in proposito necessario mutarsi, perfino nel linguaggio, la concezione corrente (e che non è mai stata tecnicamente corretta) dell'autonomia privata affidata unicamente alla parola libertà (libertà negoziale, contrattuale, *freedom of contract*), disvelando, insieme alla sua dimensione di libertà, quella del dovere – due facce della stessa medaglia, l'autonomia privata essendo un potere regolato, ossia limitato dal diritto - in particolare sotto la forma del divieto: il dovere di non fare<sup>57</sup>.

Nell'erigendo diritto europeo dei dati, il divieto è manifestato oggi in numerose norme imperative che pongono limiti precisi all'industria dei dati.

Le linee di disvelamento della faccia del divieto nella disciplina dell'autonomia privata, insieme a quella della libertà, sono ormai progressivamente sempre più evidenti nell'elaborazione della dottrina europea sugli atti di autonomia privata, anche se fin qui non si è consolidata una speculazione di questo tipo sui contratti e sugli atti di autonomia caratteristici del diritto dei dati, e sul consenso privacy in particolare<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1033 ss. spec. 1052 ss.

<sup>58</sup> Per delle osservazioni critiche sul ruolo che il sindacato sul consenso ha assunto nel diritto privato contemporaneo, v. M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, Paris, 2023 (2 ed.). Nell'ambito degli studi sull'autonomia privata, la dottrina europea ha indagato il tema dei limiti alla libertà dei privati con primario riferimento alla c.d. *freedom of contract*. Sul punto, oltre al fondamentale S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1985, si v., almeno, M.R. MARELLA, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract*, in *European Review of Contract Law*, 2006, 257; J. BASEDOW, *Freedom of Contract in the European Union*, in *European Review of Private Law*, 2008, 901; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2013, 17; O.O. CHEREDNYCHENKO, *Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?*, in *European Review of Contract Law*, 2014, 390; ID., *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Many Faces of Freedom of Contract in the EU*, in *The reach of free movement*, a cura di M. Andenas, T. Bekkedal, L. Pantaleo, Asser Press, The Hague, 2017, 273 ss.; G. VETTORI, *Diritto europeo e tutele contrattuali*, in *Pers. Merc.*, 2014, 89 ss.; S.J. WHITTAKER, *Introduction*, in *Chitty on Contracts, Volume I, General Principles*, 35 ed., Londra (Sweet & Maxwell), 2023, ove un'interessante rassegna dei limiti che tale principio incontra nel diritto inglese, tra cui i limiti discendenti dal diritto antidiscriminatorio. Per il riconoscimento del principio del *freedom of contract* come uno dei principi generali del diritto UE, v. già l'opinione dell'A.G. Kokott nella causa CGUE C-441/07 *European Commission v Alrosa Co Ltd* (par. 225), e la sentenza della CGUE del 18.7.2013 nella causa C-426/11 *Alemo-Herron e altri* (par. 32). Pertinente appare anche il richiamo alle c.d. esigenze imperative (c.d. rule of reason), elaborate per la prima volta dalla CGUE nella sentenza *Cassis de Dijon* del 1979 (Caso 120/78), in quanto costitutive di limiti all'esercizio delle libertà fondamentali dell'Unione. Per la Commissione europea, v. già il *First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review* COM(2005) 456 final, par. 2.6.3, nonché il Considerando 30 della proposta CESL (la proposta, poi ritirata, di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita) dove si trovava dichiarato "La libertà contrattuale dovrebbe essere il principio ispiratore del diritto comune europeo della vendita. L'autonomia delle parti andrebbe limitata solo se e in quanto indispensabile, in particolare per motivi di tutela del consumatore. Qualora ricorra simile necessità, dovrebbe essere chiaramente indi-

Il governo europeo della *data economy*, offre invece, a mio avviso, un piano di applicazione ideale per costruire una teoria dell'autonomia privata di diritto europeo intorno ai divieti. Tale governo, come detto, consiste oggi nelle discipline dei numerosi atti e rapporti negoziali di condivisione dei dati previsti dalle fonti UE, che prima ricordavo (DCD, direttiva *Omnibus*, DGA, Data Act, DSA), le quali ribadiscono la prevalenza del GDPR, ma alla cui considerazione vanno aggiunti i numerosi limiti all'industria dei dati che derivano anche da tutte le altre disposizioni imperative del diritto dell'Unione e nazionale. Una loro interpretazione sistematicamente coerente è, prima che urgente, doverosa. Il piano dell'atto di autonomia privata è senz'altro idoneo ad accogliere e sviluppare, in un quadro concettuale ordinato e conosciuto, un'analisi tecnico-giuridica che possa corrispondere a questo dovere ermeneutico.



---

cata la natura imperativa delle norme in questione”. Cfr. anche l’art. 1:102 dei PECL (Principles of European Contract Law). Nel senso dell’edificazione di categorie e concetti di diritto unitario, muovendo dai problemi sottesi all’art. 82 GDPR, cfr. anche le osservazioni di C. CAMARDI, *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale. Verso una dogmatica europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1136 e U. SALANITRO, *Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno nel prisma della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 426.

## 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

| 365

Di Francesco Longobucco

**SOMMARIO:** 1. Il recente *revirement* di Cass., (ord.), n. 11219/2024. - 2. Il problema della perdita del diritto e il suo controverso inquadramento: la c.d. *Verwirkung* quale atto volontario di rinuncia tacita (*renonciation tacite*). - 3. La tesi della “tolleranza qualificata” secondo buona fede oggettiva. - 4. La posizione della giurisprudenza italiana: dall’iniziale chiusura consolidata, al cambio di rotta del 2021, al recente *revirement* del 2024. Cenni comparatistici: la dottrina del *retrato desleal* e le sue applicazioni nella giurisprudenza spagnola. - 5. Le tesi tradizionali della rinuncia e dell’affidamento secondo buona fede: profili di comunanza. Obiettivi metodologici posti a base della successiva analisi: per una ricostruzione alternativa della *Verwirkung* quale la perdita del diritto come “pena privata”. - 6. La fonte legale del fenomeno: le fattispecie codicistiche di perdita del diritto a “funzione sanzionatoria” (l’ipotesi paradigmatica dell’eccesso di usufrutto). - 7. La fonte volontaria: il patto estintivo delle posizioni giuridiche soggettive. Una conferma a contrario: la c.d. clausola di tolleranza. Profili del controllo di liceità e di meritevolezza della “clausola sanzionatoria” con effetti estintivi del diritto in titolarità. Segue: eterogeneità rispetto al fenomeno della prescrizione e della decadenza propria (legata ad un parametro temporale). Il richiamo alle clausole di c.d. decadenza impropria con funzione “punitiva”. - 8. La perdita del diritto per il caso di eccesso di potere a confronto con l’abuso del diritto *contra fidem bonam*, con l’inadempimento risolutorio, con la clausola risolutiva espressa, e con l’illecito aquiliano. Differenze tra la “pena privata estintiva” e la c.d. *exceptio doli generalis*. - 9. La possibile utilità della tipizzazione sul piano dello *strictum ius* e la riconduzione della perdita del diritto nel novero del “giusto rimedio civile”.

**ABSTRACT.** Traendo spunto da un recente *revirement* della Corte di Cassazione, il contributo esamina, anche in chiave comparatistica, le elaborazioni tradizionali poste a fondamento della dottrina tedesca della c.d. *Verwirkung*. In questo contesto, la vicenda estintiva del diritto di credito muove tra atto volontario di rinuncia tacita (*renonciation tacite*) ed atto di “tolleranza qualificata” diretto ad ingenerare un affidamento secondo buona fede oggettiva. Di qui l’analisi si prefigge, al fine di evitare “la fuga verso le clausole generali”, di offrire una ricostruzione alternativa al problema della estinzione del credito, abbandonando lo stampo della buona fede oggettiva per ritagliare, invece, un autonomo *ubi consistam* al fenomeno della perdita del diritto intesa come “giusto rimedio civile” preordinato a “sanzionare” quelle condotte che - per legge o per volontà delle parti - integrino esclusivamente ipotesi di eccesso di potere, come tali quindi da tenere distinte dal terreno limitrofo (ma differente) dell’abuso del diritto *contra fidem bonam*, dell’inadempimento risolutorio e della clausola risolutiva espressa, dell’illecito aquiliano, della prescrizione e della decadenza propria (legate ad un parametro temporale).



*Starting from a recent revirement of the Court of Cassation, the issue examines, also from a comparative point of view, the traditional developments related to the German doctrine of the Verwirkung. In this context, the extinction of the right of credit moves between a voluntary act of tacit waiver (tacit renonciation) and an act of “qualified tolerance” aimed at generating an expectation according to objective good faith. Hence the analysis aims to offer an alternative reconstruction to the problem of the extinction of the credit in order to avoid the excessive use of the general clauses by abandoning the mold of the objective good faith and trying to configure the loss of the right as a suitable civil remedy aimed to sanction those conducts which exclusively integrate - by law or by the will of the parties - hypotheses of excess of power, as such, therefore, to be kept distinct from the neighbouring (but different) field of the abuse of law (contra fidem bonam), of the termination for breach or the express termination clause, of the civil tort, of the prescription and decay (both related to a time parameter).*

## 1. Il recente revirement di Cass., (ord.), n. 11219/2024.

La Suprema Corte, con un'ordinanza emessa nel mese di aprile 2024 [Cass., (ord.), 26.04.2024, n. 11219], è ritornata ad esaminare la portata dell'istituto della *Verwirkung* nell'ordinamento italiano, confermando il proprio il costante orientamento improntato alla cautela nel trapianto *sic et simpliciter* di un istituto - quello appunto della *Verwirkung* - fondamentale estraneo al nostro sistema codicistico. Per tale via il Supremo Consesso ha peraltro ribaltato il discusso approdo del 2021 - di cui si offrirà maggiore contezza nel prosieguo dell'analisi - che aveva invece legittimato pienamente l'operatività della *Verwirkung* alla stregua della teorica dell'abuso del diritto.

Con il suo recente *revirement*, infatti, la Corte di Cassazione ha statuito che, nelle locazioni commerciali, l'aver richiesto tutto in una volta, dopo oltre quattro anni di inerzia, il pagamento dei canoni di locazione arretrati (ben 52 mesi) non integra una condotta di abuso di diritto né, dunque, un'ipotesi di violazione della buona fede oggettiva. Invero, la Terza Sezione Civile, nel respingere il ricorso, ricorda il suo precedente del 2021 (Cass. 14.06.2021, n. 16743), di opposto tenore, e citato dal ricorrente a sostegno del proprio motivo, nel quale si era giunti alla conclusione che, in tema di locazione ad uso abitativo, *“integra abuso del diritto la condotta del locatore, il quale, dopo aver manifestato assoluta inerzia per un periodo di tempo assai considerevole in relazione alla durata del contratto, rispetto alla facoltà di escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del canone dovutogli, così ingenerando nella controparte il ragionevole ed apprezzabile affidamento nella remissione del debito per facta concludentia, formuli un'improvvisa richiesta di integrale pagamento del corrispettivo maturato”*.

Di là dal fatto che, nel caso esaminato nel 2024, l'inerzia del creditore è apparsa giustificata in ragione *“di un pignoramento immobiliare che limitava la legittimazione ad agire della proprietaria [e che] certamente non poteva ingenerare nel conduttore alcun affidamento sull'eventuale remissione del debito per canoni scaduti”*, la Suprema Corte ha modo di rimarcare i limiti di *“un'incondizionata apertura all'operatività, nell'ordinamento italiano, di un istituto ad esso sconosciuto, consistente nella Verwirkung del diritto tedesco, quale consumazione del diritto collegato all'inattività (Rechtsverschweigung) del titolare, di cui il codice civile tedesco tradizionalmente fa applicazione, in particolare, in materia di perdita del “praemium inventionis” (§ 971), della provvigione del mediatore (§654) e del diritto al pagamento della clausola penale (§339)”*. E ciò sull'assunto che *“la volontà tacita di rinunciare ad un diritto si può desumere soltanto da un comportamento concludente del titolare che riveli la sua univoca volontà di non avvalersi del diritto stesso, laddove l'inerzia o il ritardo nell'esercizio del diritto non costituiscono elementi sufficienti, di per sé, a dedurne la volontà di rinuncia, potendo essere frutto di ignoranza, di temporaneo impedimento o di altra causa, e spiegano rilevanza soltanto ai fini della prescrizione estintiva”*. Ne è, in definitiva, che *“il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e per quanto tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto*



*non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di un'inequivoca rinuncia tacita o di una modifica della disciplina contrattuale”.*

| 368

## 2. Il problema della perdita del diritto e il suo controverso inquadramento: la c.d. *Verwirkung* quale atto volontario di rinuncia tacita (renonciation tacite).

Il suddescritto *revirement* torna ad imporsi sulla scena (questa volta condivisibilmente rispetto al richiamato precedente del 2021), giacché consente di guardare con maggiore rigore alla teorica della *Verwirkung* e dunque all'atto dismissivo del diritto di credito nonché ai c.d. “effetti estintivi” della buona fede, non soltanto sulla scorta di un'analisi inevitabilmente casistica, ma altresì facendo leva sulle peculiarità del nostro ordinamento giuridico in tema di efficacia estintiva degli atti.

Il legislatore italiano riconduce, infatti, l'effetto estintivo della situazione giuridica, ovvero del complesso rapporto giuridico, principalmente alla volontà delle parti (si pensi ai casi di maggiore rilievo del recesso, del mutuo dissenso, della risoluzione unilaterale, della rinuncia unilaterale). Vi è poi la precisa disposizione di legge: la vicenda relativa all'inadempimento e ai suoi rimedi, le ipotesi di estinzione dell'obbligazione diverse dall'adempimento, in presenza delle quali talora è la volontà delle parti, talaltra il fatto oggettivo (art. 1256 c.c.) a legittimare lo scioglimento del vincolo.

Vi è infine il caso della prescrizione e della decadenza in senso proprio, quali vicende estintive incentrate sul decorso di un termine.

In questo quadro composito si legittima una domanda: se cioè esista una “zona grigia” nella quale ubicare l'effetto estintivo delle situazioni giuridiche soggettive di là dai casi della rinuncia espressa al diritto e della prescrizione. L'interrogativo genera ansie e timori per l'interprete moderno: il timore, segnatamente, della più totale imprevedibilità e dell'incertezza dalla quale sarebbe travolto l'ordinamento ove si ammettesse in via indiscriminata l'estinzione del diritto. Forzare eccessivamente le maglie della vicenda estintiva significherebbe infatti consentire la perdita del diritto nei casi più imprevedibili anche ove difetti l'esercizio della volontà delle parti in senso propriamente dismissivo, ovvero il compimento di un termine certo di prescrizione<sup>1</sup>.

La questione così inquadrata richiama subito sul piano di indagine il problema attenzionato dalla sentenza in commento, ossia quello correlato alle declinazioni della buona fede oggettiva in chiave valutativa e, nella specie,

<sup>1</sup> V. le riflessioni di F. FESTI, *Il divieto di “venire contro il fatto proprio”*, Milano, 2007, 140 s., 142, spec. 243, per l'osservazione che «riconnettere la perdita del diritto al suo mancato esercizio per un periodo non predeterminato significherebbe introdurre una sorta di “prescrizione pretoria” con il termine rimesso all'arbitrio del giudice e senza alcuna possibilità di controllo».

alla figura dell'estinzione del diritto per ritardo sleale nel suo esercizio<sup>2</sup>, secondo appunto la teorica della *Verwirkung* ampiamente applicata dai giudici tedeschi nelle loro decisioni: ancor prima del decorso del termine di prescrizione, se si ritarda ad esercitare un diritto, ingenerando nella controparte la ragionevole convinzione che non verrà più esercitato, si può perdere il diritto stesso in forza dell'applicazione giurisprudenziale della clausola di buona fede<sup>3</sup>.

L'istituto della *Verwirkung* ha avuto fortuna anche in altri ordinamenti, precisamente nell'ordinamento spagnolo, ove è stata elaborata la teoria del c.d. *retraso desleal*<sup>4</sup>, come pure negli ordinamenti anglosassoni, con il riferimento al c.d. *estoppel (by representation ovvero by acquiescence)*<sup>5</sup>: tali elaborazioni pongono in luce - ancora una volta - una particolare fisionomia

<sup>2</sup> Gli studi monografici sul tema sono riferibili, sia pure con due approcci differenti, a F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, 1971, 1 ss. (con successive riprese in ID., *Verwirkung et renonciation tacite. Quelques remarques de droit comparé*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, I, Librairies techniques, Paris, 1974, 427 ss.; ID., *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 311 ss., e, più recentemente, in ID., *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law*, in *Rev. int. droit comp.*, 1998, 1055 ss.); nonché a S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 5 ss. (con successive riprese in ID., *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 1 ss.; ID., *Verwirkung*, *ivi*, XIX, 1999, 722).

<sup>3</sup> La letteratura tedesca in argomento è pure essa alquanto vasta. Si può dar conto in questa sede della principale riflessione che si deve a W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (226, 242, 826 BGB.), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (1 UWG.)*, Marburg: Elwert, 1934, *passim* (su cui, di recente, L. DI NELLA, *Lineamenti della dottrina dell'inammissibilità dell'esercizio del diritto nell'ordinamento tedesco sulla base del diritto comparato*, trad. it. di Addante, a cura di Di Nella, del *Zweiter Abschnitt* di W. Siebert, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, cit., 83-106, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 274 ss.). L'istituto della *Verwirkung* ha trovato penetrazione anche nella giurisprudenza e dottrina svizzere (v., per tutti, H. MERZ, *Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung*, in *Zeit. für schweizerisches Recht*, 1961, 360 s.). Nel panorama italiano v., oltre agli autori citati nella nota precedente e tra gli altri, V. TEDESCHI, *Decadenza*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 778, e anche nota 47, il quale inserisce la *Verwirkung*, basata sull'inammissibilità del *venire contra factum proprium*, in una posizione intermedia tra la decadenza in senso proprio (incentrata sulla combinazione tra non-attività e momento temporale) e la c.d. acquiescenza (istituto il cui effetto giuridico estintivo si riporta ad un vero e proprio comportamento del soggetto, attraverso lo schema del negozio giuridico, ovvero, quanto meno, dell'atto giuridico in senso stretto, su cui v., *amplius*, ID., *L'acquiescenza del creditore alla prestazione inesatta*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, II, Milano, 1960, 1580 ss.).

<sup>4</sup> V., da ultimo, M.N. TUR FAÚNDEZ, *Prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Cizuz Menor, Navarra, 2011, *passim*; F. DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, *Buona fede e decorso del tempo nell'esercizio dei diritti soggettivi: la figura del «retraso desleal» nella giurisprudenza spagnola*, in F. RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazioni e fonti del diritto*, Milano, 2018, 563 ss.; A. PEREA GONZÁLEZ, *Verwirkung o el retraso desleal, el valor de la confianza*, in *Diario La Ley*, n. 9211, 6 giugno 2018. In giurisprudenza, sui **presupposti del retraso desleal**, **cfr.**, tra le molte pronunce, Trib. Supremo, 2 marzo 2017, n. 148, in [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es); Trib. Supremo, 24.04.2019, n. 243, in *Aranzadi*.

<sup>5</sup> Compendiato nella massima elaborata da un giudice inglese nel 1862: “a man shall not be allowed to blow hot and cold to affirm at one time and deny at another making a claim on those to whom he has deluded to their disadvantage and founding that claim on the very matters of the delusion” (tratta da [www.duhaime.org/legal/dictionary](http://www.duhaime.org/legal/dictionary)).



estintiva della clausola di buona fede e di correttezza nei comportamenti dei privati.

L’approccio attraverso cui la dottrina italiana ha studiato il tema della *Verwirkung* - al fine di verificarne l’importabilità anche nel nostro ordinamento, così valorizzando le potenzialità applicative della buona fede oggettiva - è però illuminante della sensibilità di non abbandonare le più sicure categorie sulle quali poggia il nostro sistema: segnatamente quella della rinuncia al diritto. La dottrina ha infatti finito per relegare il fenomeno della *Verwirkung* nell’ambito della  *fictio*  della rinuncia tacita<sup>6</sup>, così restituendo una matrice volontaristica alla vicenda estintiva<sup>7</sup>.

L’analisi di Filippo Ranieri - che richiama i primi casi in presenza dei quali l’idea di una preclusione per ritardo sleale nell’esercizio di un diritto comincia a farsi luce nella giurisprudenza tedesca (nell’ambito propriamente valutario del diritto delle obbligazioni, e poi nel contesto del diritto del lavoro, e del diritto sui marchi e sui beni giuridici immateriali<sup>8</sup>) - pone infatti in evidenza come, nella prassi dei diritti latini, si rinvengano evidenti parallelismi funzionali con la dottrina tedesca della *Verwirkung*<sup>9</sup>. L’opinione in esame, attraverso la rassegna della giurisprudenza francese e italiana, sottolinea come i giudici degli ordinamenti latini, pur mantenendosi astrattamente fedeli al principio per cui la rinuncia dev’essere sempre un atto volontario e per cui le rinunce non si presumono, applicano talvolta, in realtà, l’idea della dismissione tacita (o di acquiescenza) del diritto da parte del titolare, mossi dalla reale esigenza di tutelare quell’aspettativa o quell’affidamento in un abbandono del diritto, che il contegno positivo o omissivo del titolare potrebbe aver ingenerato nella controparte: in sostanza, si tratterebbe, di là delle formule definitorie utilizzate, della medesima *ratio decidendi*, alla quale concretamente si ispira la giurisprudenza tedesca quando parla di *Verwirkung*<sup>10</sup>.

Pertanto, la rinuncia tacita costituirebbe soltanto una mera  *fictio*  per tutelare, alla luce del paradigma della buona fede oggettiva, uno stato di affidamento nell’abbandono di un diritto che il suo titolare abbia suscitato col proprio atteggiamento<sup>11</sup>. Parallelamente il collegamento della *Verwirkung*, assunta come mero effetto legale relativo ad un comportamento sleale<sup>12</sup>, che la giurisprudenza tedesca tende a realizzare con l’area di operatività della

<sup>6</sup> È l’idea sulla quale si incentra l’analisi di F. RANIERI, *Rinuncia tacita*, cit., *passim*, spec. 78 ss. Nell’ordinamento spagnolo è emersa altresì l’opinione che possa trattarsi di *novación extintiva di natura negoziale*: cfr. Trib. Supremo, 13 settembre 2016, n. 530.

<sup>7</sup> F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 126 s.

<sup>8</sup> F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 14 ss., 31 ss. (i *leading cases* RG 5 luglio 1923 e RG 27 gennaio 1925 sono riportati a p. 17) e, per l’analisi della giurisprudenza svizzera, v. p. 36 ss.

<sup>9</sup> F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 72 ss.

<sup>10</sup> F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 106; ID., *Eccezione di dolo generale*, cit., 327, 329, spec. nota 100.

<sup>11</sup> In ciò ritorna la rilevanza del paradigma della buona fede oggettiva. V, in particolare, F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 327; ID., *Rinuncia tacita*, cit., 122.

<sup>12</sup> V., nel senso di ridimensionare il ruolo dell’autonomia privata, W. FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Hunder Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift für den deutschen Juristentag*, Karlsruhe: C.F. Müller, 1960, I, 135 ss.; ID., *Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten*, in *Arch. Für civ. Praxis*, 1962, spec. 71 ss. (richiamato sul punto da F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 29, nota 23).



buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto, mostrerebbe più di un addentellato con l'atto di rinuncia del privato<sup>13</sup>: prova ne sia che i giudici tedeschi non hanno mai ammesso un caso di preclusione all'esercizio del diritto in assenza dei requisiti necessari per configurare una rinuncia tacita (si pensi alle ipotesi di pretesa irrinunciabile o di titolarità del diritto in capo all'incapace), ovvero un atto giuridico del titolare del diritto<sup>14</sup>.

Una valutazione realistica del diritto applicato in Francia, ed in certa misura anche in Italia, consente, nell'indagine di Filippo Ranieri, di concludere dunque che l'idea del divieto di un *venire contra factum proprium*, almeno come *ratio decidendi* implicita di molte sentenze, non è affatto ignota agli interpreti latini (italiani e spagnoli)<sup>15</sup>.

### 3. La tesi della “tolleranza qualificata” secondo buona fede oggettiva.

Non sono mancati, invero, i tentativi di sganciare l'istituto della *Verwirkung* dal profilo volontaristico della rinuncia (presunta) al diritto, muovendo da una valutazione *ex fide bona*, in chiave esclusivamente oggettiva, del comportamento adottato dal titolare del diritto, e ciò anche sulla scorta della stessa dottrina tedesca<sup>16</sup>: si tratterebbe di dare risalto ad un atto di c.d. “*tolleranza qualificata*” (*Duldung*), in quanto presieduto dall'affidamento ingenerato da siffatto atto nella controparte del rapporto. Da questa angolatura di analisi, l'opinione in questione - che si compendia nello studio (*tout court* recettivo del pensiero tedesco) condotto da Salvatore Patti - considera l'istituto della *Verwirkung* non come «un'eccezione del principio secondo cui l'inerzia del titolare del diritto può determinare la perdita del diritto soltanto per prescrizione o decadenza, poiché nel caso in esame non è sufficiente una mera inattività ma occorre un certo atteggiamento del titolare del diritto che assume una precisa rilevanza alla luce delle circostanze»<sup>17</sup>.

Tanto viene affermato sulla base del presupposto che il mancato esercizio del diritto di fronte all'altrui intromissione nel godimento di un diritto reale o assoluto, oppure all'inesatto adempimento di un'obbligazione, può configurare, ricorrendo la conoscenza del titolare del diritto, un c.d. atteggiamento di tolleranza<sup>18</sup>.

Ne è per Salvatore Patti che, sebbene l'esigenza di prendere in considerazione il contrasto di interessi determinato dalla tolleranza sia stata avvertita dalla giurisprudenza italiana seguendo un indirizzo non convincente perché proteso a ricorrere a finzioni di dichiarazioni di volontà piuttosto che applicare il principio di buona fede<sup>19</sup>, in realtà, dovrebbe escludersi ogni rapporto

<sup>13</sup> F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 122.

<sup>14</sup> F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 46 ss.

<sup>15</sup> F. RANIERI, *Eccezione di dolo*, cit., 327.

<sup>16</sup> V., in particolare, V.E. RIEZLER, *Venire contra factum proprium: studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1912, 146.

<sup>17</sup> S. PATTI, *Verwirkung*, cit., 724.

<sup>18</sup> Lo osserva PATTI, *Esercizio del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 660.

<sup>19</sup> PATTI, *op. loc. ult. cit.*

tra la *Verwirkung* tedesca ed il negozio di rinuncia tacita (e, dunque, ogni conseguente riferimento della tolleranza a presunzioni *iuris et de iure* di rinuncia)<sup>20</sup>.

In definitiva, ad imporsi è il rifiuto dello strumento della rinuncia tacita e viceversa la valorizzazione dell'imputazione di effetti giuridici, sulla base del solo principio di buona fede oggettiva, ad atteggiamenti che hanno determinato nell'altro un preciso affidamento. L'istituto della *Verwirkung* tedesca sarebbe dunque intimamente connesso con le epifanie applicative della tolleranza, dovendosi prescindere da ogni valutazione della possibilità dell'esistenza di un atto di rinuncia, ma esclusivamente fare leva sulla realizzazione di un comportamento del titolare nel quadro delle circostanze del caso concreto.

Il fine dell'indagine giudiziale è dunque quello precipuo di accertare un affidamento nella controparte giustificato dal precedente comportamento del titolare del diritto, trattandosi di un giudizio di tipo meramente obiettivo avulso dalla volontà (espressa o tacita) dell'avente diritto<sup>21</sup>: ciò dimostrerebbe, dunque, la natura non negoziale, ossia produttiva di effetti *ex lege* della *Verwirkung*. Anche quando, peraltro, i giudici tedeschi attribuiscono rilievo al ritardo sleale (c.d. *illoyale Verspätung*), lo fanno unicamente ove lo stesso abbia ingenerato un affidamento tutelabile nell'altra parte e non perché trattasi di ritardo nell'esercizio del diritto voluto dal titolare al fine di ricavarne un vantaggio maggiore<sup>22</sup>.

Effetto di tale accertamento di un affidamento ingenerato dall'altrui tolleranza è che la *Verwirkung* può determinare sia l'estinzione (essendo parificata soltanto sul piano degli effetti alla prescrizione, ma differendone per natura e funzione<sup>23</sup>), sia la semplice limitazione del diritto (sulla base del criterio della imprevedibilità: c.d. *Unzumtbarkeit*)<sup>24</sup>.

#### 4. La posizione della giurisprudenza italiana: dall'inziale chiusura consolidata, al cambio di rotta del 2021, al recente revirement del 2024. Cenni comparatistici: la dottrina del retraso desleal e le sue applicazioni nella giurisprudenza spagnola.

Dinanzi alle teoriche come sopra delineate, una facente leva sull'atto di rinuncia e l'altra sull'applicazione “*in chiave estintiva*” della buona fede, la

<sup>20</sup> È noto, d'altronde, che la stessa rinuncia tacita incontra nell'ordinamento tedesco due ostacoli insuperabili: l'uno costituito dal fatto che la rinuncia unilaterale non è idonea a determinare la dismissione di un diritto, occorrendo all'uopo un contratto ai sensi del § 397 *BGB*; l'altro rinvenibile nel § 119 *BGB* che consente di impugnare un negozio per errore ostativo indipendentemente dalla sua conoscibilità da parte dei terzi e che, pertanto, ove invocato dal titolare del diritto per contestare il significato concludente della sua inerzia, potrebbe paralizzare l'applicabilità della *Verwirkung*.

<sup>21</sup> S. PATTI, *Profili della tolleranza*, cit., spec. 120 ss.

<sup>22</sup> V., sul punto, S. PATTI, *op. ult. cit.*, 115 ss.

<sup>23</sup> PATTI, *op. ult. cit.*, 109, ed *ivi* nota 17, con riguardo al rifiuto nella dottrina tedesca di assimilare la *Verwirkung* ad una sorta di prescrizione abbreviata. Ammonisce di non voler parlare altresì di «prescrizione di fatto», anche, F. RANIERI, *Rinuncia tacita*, cit., 126.

<sup>24</sup> S. PATTI, *op. ult. cit.*, 119.



giurisprudenza italiana ha assunto un orientamento ondivago nel tempo, che conviene qui in sintesi ricostruire.

Fino a poco tempo fa, infatti, la Corte di Cassazione italiana si è mostrata restia ad accogliere l'istituto della *Verwirkung* tedesca: è emblematica, a tale riguardo, una nota pronuncia, secondo la quale “*il ritardo nell'esercizio del diritto, anche se imputabile al titolare e tale da ingenerare nel debitore il ragionevole affidamento che il diritto non verrà più esercitato, non può condurre al rigetto dell'azione di esercizio del diritto stesso salvo che vi sia stata un'inequivoca rinuncia e salvo naturalmente che sia decorso il termine di prescrizione*”<sup>25</sup>.

Siamo nel 2004, vertendosi in un caso di inadempimento di un contratto di finanziamento per acquisto di autoveicoli, in relazione al quale la Corte di Cassazione - giudicando che il ritardo di due anni nella richiesta di restituzione di una somma non dovuta (entro i termini della prescrizione) non potesse costituire abuso del diritto rilevabile d'ufficio - ha ribadito che il semplice ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e tale da generare nel debitore un ragionevole affidamento che il diritto non verrà più esercitato, non comporta una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria del diritto, salvo che tale ritardo sia la conseguenza di un'inequivoca rinuncia; ciò sull'assunto che il semplice ritardo di una parte nell'esercizio di un diritto (nel caso di specie, diritto di agire per far valere l'inadempimento della controparte) può dare luogo ad una violazione del principio di buona fede oggettiva nell'esecuzione del contratto soltanto se, non rispondendo esso ad alcun interesse del suo titolare, correlato ai limiti e alle finalità del contratto, si traduca in un danno per la controparte<sup>26</sup>.

Nella giurisprudenza di merito si è altresì rimarcato nel tempo che, non esistendo nel nostro ordinamento il principio della *Verwirkung* (o ritardo sleale nell'esercizio del diritto), la lavoratrice madre, la quale abbia proposto ricorso avverso il provvedimento di cancellazione dagli elenchi delle braccianti agricole, non ha l'onere di informare l'Inps di detto ricorso<sup>27</sup>. Sul piano degli argomenti, si esclude, anche in altre pronunce relative a casi differenti, la possibilità di desumere dal ritardo una rinuncia tacita all'esercizio della situazione in titolarità, ribadendosi che l'inerzia o il ritardo nell'esercizio di un diritto non possono, di per sé soli, reputarsi sufficienti a dedurre una volontà abdicativa<sup>28</sup>. E si osserva, del pari, che l'art. 2934 c.c.,

<sup>25</sup> In tali termini, Cass., 15.03.2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1397; in *Riv. dir. civ.*, II, 2004, (s.m.), 603 ss., con commento di F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede* (osservazioni riprese da ID., *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006, *passim*); in *Giust. civ.*, 2005, I, 2179 ss., con nota di L. RACHELI, *Ritardo sleale nell'esercizio del diritto (Verwirkung): tra buona fede, abuso del diritto e prescrizione*.

<sup>26</sup> Cfr. Cass., 15.03.2004, n. 5240; in senso conforme, già, Cass., 9.08.1997, n. 7450, in *Rep. Foro it.*, 1997, *Opere pubbliche*, n. 504.

<sup>27</sup> In tali termini, Trib. Vallo della Lucania, 2.03.1990, in *Nuovo dir.*, 1990, 769 ss.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. 20.01.1994, n. 466, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Contratto in genere*, n. 481; Cass., 27.06.1991, n. 7215, *ivi*, 1991, *Obbligazioni in genere*, n. 37; Cass., 15.12.1981, n. 6635, *ivi*, 1981, *Contratto in genere*, n. 281. In tema di clausola risolutiva espressa, si è in particolare precisato che la tolleranza della parte creditrice, la quale si può estrinsecare tanto in un comportamento negativo, quanto in uno positivo, non determina l'eliminazione della clau-

nell’affermare che ogni diritto si estingue per il non uso da parte del titolare, sottopone tale effetto ad un parametro temporale che opera indipendentemente dalla buona fede di quest’ultimo<sup>29</sup>.

Ne è, in definitiva, che il ritardo nell’esercizio della situazione giuridica assume rilevanza soltanto dinanzi ad un termine certo di prescrizione, ovvero ad un atto negoziale di rinuncia in senso proprio. Alla base di tale posizione di tendenziale chiusura vi è il ragionevole e sentito timore dei rischi connessi al trapianto *sic et simpliciter* di un istituto fondamentalmente estraneo al nostro codice civile<sup>30</sup>, nonché di un impiego non controllato della buona fede oggettiva e, dunque, di una fuga verso le clausole generali (*Flucht in die Generalklauseln*), come pure di un’imprevedibilità assoluta nella cessazione della situazione giuridica: siffatti timori, invero, non appaiono neppure estranei a taluna dottrina tedesca protesa a respingere il paradigma della *Verwirkung* già consolidatosi, come osservato, attraverso l’interpretazione della clausola di buona fede e il ricorso alla categoria dell’abuso del diritto<sup>31</sup>.

Senonché, a mezzo di una discussa pronuncia alla quale si accennava in apertura, la Corte di legittimità, nel 2021, ha mutato radicalmente orientamento (sebbene la relazione scritta depositata dalla Procura generale propendesse per la tesi contraria), di fatto legittimando l’ingresso nel nostro ordinamento dell’istituto della *Verwirkung* che viene ad essere totalmente assorbita nella nota (ma differente) teorica dell’abuso del diritto<sup>32</sup>. Il caso è

---

sola per modificazione della disciplina contrattuale, né è sufficiente ad integrare una tacita rinuncia ad avvalersene, ove la parte creditrice contestualmente o successivamente all’atto di tolleranza manifesti l’intenzione di avvalersi della clausola in caso di ulteriore protrazione dell’inadempimento (Cass., 31.10.2013, n. 24564, *ivi*, 2013, voce ult. cit., nn. 481 e 482).

<sup>29</sup> Cass., 26.05.1999, n. 5099, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 2000, 399.

<sup>30</sup> Se ne è ravvisata, invero, una circoscritta applicazione nell’art. 48 r.d. 21 giugno 1942, n. 929, in tema di marchi d’impresa, nella misura in cui risulta preclusa l’impugnativa del brevetto quando il marchio sia stato pubblicamente usato in buona fede per cinque anni senza contestazioni. Per F. RANIERI, *Rinuncia tacita*, cit., 118, «tale norma contempera soddisfacentemente la tutela dell’affidamento altrui con l’esigenza della certezza del diritto ed elimina le difficoltà di prova e di valutazione cui in genere vanno incontro le applicazioni giurisprudenziali della dottrina della *Verwirkung*». V. già, nello stesso senso, E. BONASI BENUCCI, *Tutela della forma nel diritto industriale*, Milano, 1963, 57 ss.; M. ROTONDI, *La mancata difesa del marchio e l’art. 48 R.D. 21 giugno 1942 n. 929*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 74 ss.

<sup>31</sup> Occorre ricordare, nel senso di mettere in guardia da un uso equitativo della buona fede oggettiva in giurisprudenza, almeno J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1933, *passim*; W. FLUME, *Richter und Recht*, München-Berlin: C.H. Beck, 1967, *passim*. Sebbene in via minoritaria v., altresì, L. WOLF, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2<sup>a</sup> ed., Köln-Berlin 1976, p. 89, che rifiuta, in particolare, l’istituto della *Verwirkung* perchè ritenuto contrastante con la disciplina legale della prescrizione.

<sup>32</sup> Cfr. Cass., 14.06.2021, n. 16743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1043 ss., con commenti di G. D’AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, 1164; F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell’esercizio tardivo del diritto di credito*, 1171 ss.; M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, 1179 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, 1186, il quale, a p. 1132, discorre di «una sorta di esuberanza argomentativa» della pronuncia; in *Eur. dir. priv.*, 2022, 1, 203, con commento di F. PIRAINO, *La protratta inerzia nell’esigere il credito tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*; in *Resp. civ. prev.*, 2022, 286, con commenti



quello di una locazione ad uso abitativo, con riguardo alla quale il creditore-locatore, dopo aver manifestato assoluta inerzia per un periodo di tempo assai considerevole se rapportato alla durata del contratto, formulava un'improvvisa richiesta al conduttore di integrale pagamento del canone dovutogli. Il giudice di Cassazione qualifica tale condotta come ipotesi di abuso del diritto, richiamando la portata applicativa della buona fede oggettiva ex artt. 1175 e 1375 c.c. in associazione al dovere di *neminem laedere* che impegna ciascuna delle parti a preservare l'interesse dell'altra nei limiti del proprio apprezzabile sacrificio. Quanto all'istituto della *Verwirkung*, nella motivazione della pronuncia, trova ingresso sia l'argomento della remissione (rinuncia) *per facta concludentia* sia quello del ragionevole ed apprezzabile affidamento del debitore sulla condotta inattiva del creditore. In ultima analisi, la Suprema Corte si spinge oltre il campo delle sanzioni processuali (si pensi al divieto di frazionamento delle domande creditorie), assumendo, invece, che i comportamenti abusivi possano addirittura incidere sulla stessa esistenza, in termini di esigibilità, dei diritti di natura sostanziale, sebbene gli stessi essi non siano né prescritti né attinti da decadenza legale (c.d. propria).

Rispetto a tale isolata pronuncia la Suprema Corte, con la sentenza in commento, nel mese di aprile 2024, ha però nuovamente abbracciato l'orientamento già in passato consolidato ispirato ad una tendenziale chiusura verso l'applicazione dell'istituto della *Verwirkung* e dunque verso un "uso estintivo" della clausola di buona fede. E ciò sull'assunto, già dietro ricordato<sup>33</sup>, che "il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e per quanto tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di una inequivoca rinuncia tacita o di una modifica della disciplina contrattuale".

Giova rilevare, peraltro, che, anche in altri ordinamenti, l'atteggiamento giurisprudenziale appare improntato alla medesima cautela. Si pensi al caso significativo della Spagna, ove emerge che, al pari della *Verwirkung* tedesca, la teorica del *retraso desleal* si fonda essenzialmente sul ragionevole affidamento (*confianza*) che il diritto del creditore non sarà più esercitato sulla scorta di un comportamento imputabile al titolare del diritto (*acto proprio*); viceversa, nessun rilievo assume, nella dottrina del *retraso desleal*, né l'elemento volontaristico della rinuncia, poiché, in presenza di una dichiarazione (espressa o tacita) del titolare del diritto, tale dichiarazione di volontà comporterebbe *ex se* l'estinzione dello stesso<sup>34</sup>, senza dunque la necessità di

di R. MASONI, *Verwirkung e tolleranza in Cassazione*; e di E. STRACQUALURSI, *L'abuso del diritto del locatore, l'affidamento sulla rinuncia al canone e la Verwirkung: un buon bilanciamento tra gli interessi*, 297 ss. Sulla sentenza v., ancora, G. VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 185; A.M. BENEDETTI, *Interventismo giudiziario e contratto*, in *Pactum. Rivista di diritto dei contratti*, 2022, 349, il quale discorre di «un cattivo esempio di interventismo giudiziario».

<sup>33</sup> *Retro*, § 1.

<sup>34</sup> Se in alcuni provvedimenti il *Tribunal Supremo*, nel valutare il *retraso desleal*, aveva ritenuto necessario che dalla condotta del titolare del diritto emergesse una volontà estintiva, idonea appunto a generare un affidamento, a partire da una sentenza di legittimità

ricorrere al *retrato desleal*, né l'elemento intenzionale da parte di chi esercita il diritto, ovvero l'intento di causare un danno al soggetto passivo del rapporto giuridico (il c.d. *animus nocendi*).

Facendo applicazione di tali assunti, per esempio, il *Tribunal Supremo* spagnolo, di recente, ha statuito che non si configura una fattispecie di *retrato desleal* ove - in presenza di un *interés legítimo* - un soggetto abbia prima esercitato un'azione di mero accertamento (*merodeclarativa*) e soltanto successivamente abbia agito per ottenere la condanna all'esecuzione dell'obbligazione di cui si è stata accertata l'esistenza, essendo tale comportamento inidoneo al sorgere di un affidamento circa il non esercizio in futuro del diritto<sup>35</sup>. Deve aggiungersi, peraltro, che, in talune decisioni, il *retrato desleal* è ricondotto, come è accaduto in Italia nel richiamato e controverso precedente del 2021, al paradigma dell'*abuso de derecho*, individuato sulla base dell'art. 7, comma 2, *Código civil*<sup>36</sup>, con l'effetto che ci si trova di fronte ad un *derecho inadmisibile*, così ingenerandosi anche nel contesto spagnolo una dubbia commistione tra *Verwirkung* ed abuso del diritto.

### 5. Le tesi tradizionali della rinuncia e dell'affidamento secondo buona fede: profili di comunanza. Obiettivi metodologici posti a base della successiva analisi: per una ricostruzione alternativa della *Verwirkung* quale la perdita del diritto come “pena privata”.

Il dibattito illustrato pone in luce la complessità del problema connesso al fenomeno della perdita del diritto nel quale la dottrina tedesca della *Verwirkung* e quella spagnola del *retrato desleal* si compendiano.

---

del 2016, i giudici spagnoli sembrano aver abbandonato tale strada: cfr. *Tribunal Supremo*, 13.09.2016, n. 530, in [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), ove si precisa che, in presenza di una dichiarazione tacita del titolare del diritto, il ricorso alla dottrina del *retrato desleal* non sarebbe necessario, poiché appunto il diritto si sarebbe già estinto per effetto di quella volontà. Analogamente, *Trib. Supremo*, 2.03.2017, n. 148, cit.

<sup>35</sup> Cfr. *Tribunal Supremo*, 21.06.2022, n. 491, con nota di D. MATERA, *Applicazione della Verwirkung nella giurisprudenza spagnola. La dottrina del retrato desleal*, in *Pactum*, 2022, 1 ss.

<sup>36</sup> Il quale recita che: “*Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”. Distingue, tuttavia, il *retrato desleal* dalla figura dell'*abuso de derecho*, F. DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, *Buona fede e decorso del tempo*, cit., 582 ss., per il quale, peraltro, mentre le dichiarazioni di volontà rinunciative hanno un effetto estintivo del diritto, dalla *Verwirkung* deriverebbero soltanto conseguenze di tipo preclusivo. Rileva D. MATERA, *Applicazione della Verwirkung nella giurisprudenza spagnola*, cit., 8, che «un dialogo tra Spagna e Italia sul tema risulta dunque proficuo per un duplice scopo. Da un lato, esso può contribuire ad evitare il richiamo alla *Verwirkung* dove non sia necessario (perché le stesse esigenze di protezione vengono soddisfatte da altri istituti, maggiormente coerenti con il sistema) o corretto (perché le esigenze di protezione che emergono dal caso di specie non sono riconducibili alla tutela di un affidamento sul futuro non esercizio del diritto)».



Le due prospettive tradizionalmente proposte, l'una - propria dei diritti latini (italiano e francese) - connessa alla matrice volontaristica della rinuncia tacita (*renonciation tacite*) legittimante un affidamento nella controparte<sup>37</sup>, l'altra - propria del sistema tedesco - incentrata sulla valutazione oggettiva *ex fide bona* di un comportamento di tolleranza anch'esso fondante l'affidamento altrui, mostrano invero, pur muovendo da assunti differenti, almeno due punti di contatto.

Il primo punto di convergenza sta nella natura non eteronoma della costruzione proposta. Tanto si verifica sia nell'ipotesi di rinuncia tacita, rispetto alla quale la dismissione volontaria e autonoma del diritto (per fatto concludente) è connaturata, sia nel caso di atto di tolleranza, che legittima l'affidamento altrui soltanto in base alla cognizione del soggetto tollerante<sup>38</sup>. Sicché, anche in questa seconda ipotesi, pare potersi affermare che il titolare del diritto, tramite lo stato di fatto della tolleranza, abbandoni consapevolmente e volontariamente la propria situazione giuridica, conoscendo le conseguenze a cui andrà incontro, e dunque l'effetto della *Verwirkung* non sembra ancora essere eteronomo, ossia eteroimposto dal legislatore<sup>39</sup>.

Il secondo punto di convergenza sta nella natura fondamentale relazionale del giudizio connesso alla rilevazione, su istanza di parte ovvero *ex officio*<sup>40</sup>, della *Verwirkung*. Tale giudizio si incardina sulla violazione della regola di buona fede oggettiva che struttura il rapporto tra le parti e dunque non è un giudizio assoluto, bensì attiene ai comportamenti di entrambe le parti nonché, in ultima analisi, all'esecuzione del rapporto medesimo (arg. ex art. 1375 c.c.). Ne discende, altresì, che la *Verwirkung* viene spesso ravvisata ove il comportamento commissivo o omissivo<sup>41</sup> di una delle parti risulti qualificabile (anche) come vero e proprio inadempimento dell'obbligazione<sup>42</sup>.

È poi evidente il richiamo in senso correttivo alla buona fede c.d. valutativa dei comportamenti nell'ambito del rapporto negoziale. La funzione della *Verwirkung* è connessa infatti, in entrambe le prospettive in discorso, ad una giustizia del caso concreto che è propria, come è noto, del giudizio *ex fide bona*. La *ratio* dell'istituto è cioè ravvisata nella sua funzione evidentemente equitativa della perdita del diritto<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Lo stesso F. RANIERI, *Rinuncia tacita*, cit., 125, sottolineata, in modo non lontano dalla prospettiva di S. PATTI, che l'idea che la perdita del diritto possa avvenire soltanto attraverso un atto di volontà «ha ostacolato e rallentato il riconoscimento aperto del principio che una perdita del diritto può sussistere, indipendentemente dalla volontà del titolare, quando quest'ultimo abbia suscitato nella controparte, col proprio comportamento ambiguo, una giustificata aspettativa che il diritto non sarebbe più stato fatto valere».

<sup>38</sup> Nei casi decisi dalla giurisprudenza tedesca risulta evidente che le parti conoscevano lo svolgimento effettivo del rapporto: così S. PATTI, *Profili della tolleranza*, cit., 107.

<sup>39</sup> Lo rileva, condivisibilmente, P. CISIANO, *Atto non negoziale di autonomia*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Agg., Torino, 2003, 168 s.

<sup>40</sup> Ciò a differenza della prescrizione che, come è noto, non può essere rilevata d'ufficio. V., sul punto anche per riferimenti alla dottrina tedesca, S. PATTI, *op. ult. cit.*, 119, ed *ivi* nota 39.

<sup>41</sup> Ammette la rilevanza anche dei comportamenti positivi, F. FESTI, *Il divieto*, cit., 27 s.

<sup>42</sup> Si rinvia, in tal senso, alle osservazioni di L. PASCUCCI, *Ritrazione della volontà risolutiva e reviviscenza del contratto*, Torino, 2013, 174.

<sup>43</sup> P. GALLO, *Estinzione dei diritti*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Gabrielli, *Della tutela dei*

Occorre allora meditare su tali dati di partenza, tenendo conto dei limiti del trapianto di modelli stranieri nel nostro sistema codicistico e dei pericoli di facili generalizzazioni, così come dei rischi insiti in una ricezione *sic et simpliciter* delle formule sviluppate dai giuristi tedeschi sulla scorta della clausola generale di buona fede<sup>44</sup>. In tale direzione decostruttiva e ricostruttiva, un'indagine che pretenda di verificare se quella zona grigia, alla quale si faceva cenno in apertura, tra dismissione volontaria del diritto e prescrizione/decadenza propria (sottoposta a termine) esista effettivamente nel nostro ordinamento, dovrà muovere anzitutto dai dati positivi esistenti nel sistema normativo, al fine di rinvenirvi possibili indici che legittimano la perdita del diritto.

Successivamente, si dovrà procedere alla qualificazione giuridica di tali indici e ad una specifica individuazione della loro *ratio essendi* nonché dei loro tratti funzionali. Si dovrà verificare, inoltre, se la perdita del diritto possa formare oggetto non soltanto di previsioni legislative, bensì di pattuizioni di privati *poenae nomine*, in guisa da potersi predicare, come si ritiene, la natura prettamente rimediale dell'ablazione coattiva della titolarità connessa al fenomeno, quale tutela a sé stante nel variegato quadro delle pene civili private.

Si tratta, in ultima analisi e preliminarmente, di indagare anzitutto le fonti del fenomeno della perdita del diritto, per poi rintracciarne un minimo comune denominatore in termini di presupposto e sul piano funzionale (come si osserverà, in chiusura, l'eccesso di potere quale fondamento della sanzione civile della perdita del diritto).

## 6. La fonte legale: le fattispecie codicistiche di perdita del diritto a “funzione sanzionatoria” (l'ipotesi paradigmatica dell'eccesso di usufrutto).

Non può negarsi che le argomentazioni giurisprudenziali dietro rassegnate appaiono spesso confusionarie, non riuscendo a distinguere la *Verwirkung* da figure limitrofe, come quella dell'abuso del diritto o dell'illecito aquiliano, e concordemente - secondo gli interpreti - “abusando in senso estintivo” della stessa clausola di buona fede.

---

*diritti*, a cura di Bonilini e Chizzini, Torino, 2016, 513, per il quale, grazie all'istituto della *Verwirkung*, i giudici tedeschi si «[sono] riappropriati in materia di prescrizione di gran parte della discrezionalità che spettava loro nel diritto comune. Il dato pare sicuramente degno di considerazione anche se gli interrogativi che pone sono complessi; fino a che punto può infatti essere opportuno che il giudice dia voce alle esigenze dell'equità, e cioè della giustizia del caso singolo, a scapito delle ragioni dello stretto diritto? Quello che comunque appare innegabile è che dopo la parentesi costituita dal positivismo giuridico e dalla scuola dell'esegesi, in epoca più recente si assiste ad un netto recupero dell'equità» (corsivo aggiunto).

<sup>44</sup> A rilevare questi rischi sono, altresì, F. CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1961, 713; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Roma-Bologna, 1967, 75 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 90 ss.

Tutto ciò non legittima, ad avviso di chi scrive, la necessità di abbandonare lo strumento della perdita del diritto, bensì piuttosto uno sforzo ermeneutico per inquadrare, in maniera più rigorosa e *per differentiam*, i profili strutturali e funzionali della stessa. Il primo passo verso una più corretta sistematizzazione del fenomeno in esame è quello di porre mente a talune ipotesi normative, che trovano disciplina nel codice civile italiano, le quali contemplano proprio, sul versante effettuale, la perdita della situazione giuridica e la connessa ablazione coattiva della titolarità; il che consente di verificare in senso positivo una possibile comunanza di *ratio* di tutela di tali norme sulle quali fondare un modello rimediabile unitario di perdita del diritto.

Muovendo anzitutto dal campo dei diritti reali, viene in rilievo l'art. 1015 cod. civ. 1942 (già art. 516 cod. civ. 1865), che, come è noto, ricollega l'estinzione del diritto di usufrutto all'abuso dell'usufruttuario realizzato per il tramite il compimento di precise condotte: l'alienazione di beni oggetto del diritto, il loro deterioramento, ovvero il loro perimento per mancanza di ordinarie riparazioni.

L'impostazione tradizionale ha individuato la *ratio* della disposizione in discorso nel generale divieto di abuso del diritto. Epperò la norma necessita di una rilettura. La dizione della legge "*abuso di usufrutto*" è corretta, infatti, se si riferisce al deterioramento del bene concesso in usufrutto (nella funzione dell'usufrutto, infatti, vi è il rispetto della destinazione economica della cosa: art. 981 c.c.); la dizione "abuso", invero, non è corretta se utilizzata anche per l'ipotesi di alienazione del bene concesso in usufrutto (ipotesi non contemplata, peraltro, nel codice civile francese). Quest'ultima condotta rappresenta, a stretto rigore, un'ipotesi non già di abuso, bensì di eccesso, ovvero di esercizio di un potere carente, poiché l'usufruttuario aliena un diritto (la nuda proprietà) di cui non è titolare<sup>45</sup>.

In tale contesto, dunque, la perdita del diritto di usufrutto (quindi la sua estinzione) può considerarsi una pena privata che si esprime nella decadenza dal diritto per ipotesi esclusivamente di eccesso di potere (per esempio, nel caso su riferito di alienazione del bene da parte dell'usufruttuario)<sup>46</sup>; nelle

<sup>45</sup> La corretta intuizione si deve a P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 259 (riproposto in ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 95 s.), ad avviso del quale le condotte *ex art. 1015 c.c.* costituiscono in realtà ipotesi di *eccesso del diritto*, ossia di condotte che stanno fuori del contenuto del diritto, con la conseguenza che in questi casi non si applica la disciplina del fatto illecito *ex art. 2043 c.c.*, come l'eccesso dal diritto richiederebbe, ma la decadenza dal diritto, come espressamente previsto dal legislatore. Limitano l'eccesso del diritto alla vendita del bene, condivisibilmente, P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., con la collaborazione di Tullio, Napoli, 2004, 142, e già, in tal senso, G. PALERMO, *L'usufrutto*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, II, 8, Torino, 2002, 139. Sottolinea che l'alienazione deve riguardare anche la nuda proprietà, sulla quale l'usufruttuario non ha facoltà alcuna, con il conseguente «tentativo dell'usufruttuario di sottrarla al suo legittimo titolare», T. CARNACINI, *Sull'abuso dell'usufruttuario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, I, 468. Nel senso che l'usufruttuario alieni i beni e non il semplice usufrutto su di essi, A. DE CUPIS, *Usufrutto (Diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, 1124.

<sup>46</sup> V., tra gli altri, D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, 523; F. DE MARTINO, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, 1978, 338; R. NICOLÒ, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Comm. cod. civ.* a cura di d'Amelio e Finzi, Firenze, 1942, 637; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, 275 ss.; L. LUCHINI, *Abuso dell'usufruttuario e responsabi-*

diverse ipotesi di abuso del diritto di usufrutto in senso stretto (si pensi alle condotte di alterazione della destinazione economica del bene concesso in usufrutto, quali il danneggiamento o il perimento, che incidono propriamente sul contenuto del diritto), i rimedi di elezione da parte del giudice dovrebbero invece essere diversi e meno trancianti, ossia di natura cautelare, in attuazione del noto principio di proporzionalità dei rimedi civili.

Le due classi di condotte attive - da un lato, l'alienazione del bene e, dall'altro lato, il danneggiamento/perimento del bene - rispondono, pertanto, ad un inquadramento differente. Nel primo caso si prescinde, evidentemente, dal rapporto tra il nudo proprietario e l'usufruttuario, trattandosi di comportamenti che l'usufruttuario non ha il potere di compiere di là da ogni richiamo alla clausola della buona fede oggettiva. L'effetto della perdita del diritto si produce per il solo fatto oggettivo, a prescindere da ogni elemento soggettivo che presiede la condotta, della realizzazione di un comportamento che non si ha il potere di compiere; detto effetto identifica una sanzione eteronoma ed eteroimposta dal legislatore, peraltro non conseguente al mero inadempimento agli obblighi tra le parti: si tratta propriamente di eccesso di potere.

Al contrario, nel caso di abuso del diritto di usufrutto in senso proprio (si pensi alla condotta di alterazione della destinazione, ovvero di distruzione/perimento del bene), come prima suggerito, dovrebbero essere percorribili rimedi meno gravi rispetto alla decadenza sanzionatoria, incluso quello risarcitorio, individuati a discrezione del giudice in base alle circostanze concrete.

Lo stesso *modus operandi* - presieduto da una funzione sanzionatoria privatistica - presentano ulteriori norme contenute nel codice civile italiano: si pensi al caso della liberazione del garante nella fideiussione *omnibus* (art. 1956 c.c.), anche questo tradizionalmente ricondotto al dovere di buona fede oggettiva ed alla teorica dell'abuso del diritto da parte del creditore garantito; a quello della perdita del diritto di rinunciare all'eredità e a quello della perdita/decadenza del beneficio d'inventario (art. 505 c.c.); alla perdita del mutuante del diritto agli interessi in caso di pattuizione di interessi usurari (art. 1815, comma 2, c.c.); alla perdita della responsabilità genitoriale ed alla rimozione del tutore (art. 330 c.c.). In tutte queste ipotesi non può revocarsi in dubbio, da un lato, la realizzazione di comportamenti vietati dal legislatore, *id est*: che non si ha il potere di compiere (c.d. eccesso di potere), dall'altro lato, la funzione marcatamente punitiva della vicenda estintiva e, dunque, della perdita del diritto di fonte legale.

## 7. La fonte volontaria: il patto estintivo delle posizioni giuridiche soggettive. Una conferma a contrario: la c.d. clausola di tolleranza. Profili del controllo di liceità e di meritevolezza della “clauso-

---

lità *extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 214; G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Fiore e Brugi, V, 2, Torino, 1936, 865 ss. In giurisprudenza, la natura sanzionatoria del rimedio è avallata da Trib. Trani, 3.03.1953, in *Giur. it.*, 1951, I, 293; Trib. Brescia, 29.03.1954, *ivi*, 1954, I, 799; Cass., 2.03.1976, n. 699, in *Mass. giust. civ.*, 1976, 308.



**la sanzionatoria” con effetti estintivi del diritto in titolarità. Segue: eterogeneità rispetto al fenomeno della prescrizione e della decadenza propria (legata ad un parametro temporale). Il richiamo alle clausole di c.d. decadenza impropria con funzione “punitiva”.**

Ma la fonte della perdita del diritto, oltre che nelle ipotesi legali poc’anzi esaminate, può essere rinvenuta altresì nella volontà delle parti.

Ciò consente, a ben vedere, di ricondurre la matrice volontaristica del fenomeno della perdita del diritto ad un accordo di natura contrattuale e non, come sostenuto tradizionalmente, ad un atto di rinuncia unilaterale al proprio diritto; d’altronde, se è vero come è vero che alla perdita del diritto si accompagna l’effetto estintivo del credito, la stessa, in quanto basata su un accordo tra le parti del rapporto, assume i contorni della vera e propria remissione del credito (espressa o tacita), piuttosto che della mera rinuncia al credito (che produce l’effetto dismissivo dal patrimonio del rinunciante e che ha struttura unilaterale<sup>47</sup>); detta remissione, nel produrre l’effetto propriamente estintivo dell’obbligazione, assume tendenzialmente, sebbene non sempre, una struttura contrattuale<sup>48</sup>, sull’assunto che il debitore conservi il diritto all’adempimento (art. 1236 c.c.): il che conferma, ancora una volta, la difficoltà di importare nel nostro sistema la *Verwirkung* sulla base della teorica della rinuncia (unilaterale) tacita (la quale non produce, peraltro, effetto estintivo rispetto alla remissione).

È allora possibile ipotizzare che, al pari di quanto già si verifica per le fattispecie legali dietro evocate, vi sia uno spazio coltivabile anche per l’autonomia privata nella direzione di inserire all’interno degli atti negoziali apposite clausole che prevedano la perdita del diritto in funzione “punitiva” e, dunque, l’“*estinzione sanzionatoria*”, volontariamente concordata, delle situazioni soggettive attribuite alle parti: si tratterebbe di una particolare ge-

<sup>47</sup> V. in argomento, tra gli altri, F. ATZERI-VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1910, 90 ss.; E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzione del diritto civile italiano*, IV, *Delle obbligazioni in generale*, Torino, 1927, 569; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942, 296; SALV. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1936, 303; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1961, 855; G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1316 s.; P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato, Appunti sulla rinuncia*, Napoli, 2003, 105 ss. (già in *Riv. not.*, 1968, 342 ss.).

<sup>48</sup> Emblematico della molteplicità delle strutture di una fattispecie estintiva è il regime della remissione del debito, la quale è normalmente una fattispecie bilaterale, anche se si perfeziona con il mancato rifiuto piuttosto che con l’accettazione (art. 1236 c.c.), ma si sostanzia nella dichiarazione unilaterale del creditore nelle c.d. obbligazioni potestative *ex parte creditoris* (sul punto, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, 188 ss.; ID., *Il diritto dei contratti*, cit., *Nuovi profili del contratto*, 427 ss.). Altri autori, pur ritenendo la remissione un atto unilaterale, ne sostengono ugualmente la possibile struttura bilaterale (cfr. diffusamente, ad esempio, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1958, § 125, n. 1 bis, 514; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio: corso di diritto civile*, Torino, 1952, 227; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, I, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma IV, Torino, 1957, 215).

stione negoziale della vicenda estintiva *ex art.* 1321 c.c. che, tuttavia e come si osserverà, dev’essere sottoposta ad un attento controllo dell’interprete come per ogni clausola negoziale.

Sotto altro aspetto, anche a voler ritenere operante nel nostro ordinamento il meccanismo della tolleranza in grado di generare un affidamento nel debitore circa l’abbandono del suo diritto di credito, attenta dottrina ha osservato che le parti possono - sempre per il tramite di un accordo bilaterale - derogare al meccanismo della *Verwirkung* attraverso la c.d. clausola di tolleranza, così rendendo la tolleranza del creditore - anche quando possa essere fonte di affidamento per il debitore inadempiente - non opponibile all’esercizio dei diritti e dei rimedi affermati nel contratto<sup>49</sup>; il che *a contrario*, sia pure mediante una diversa angolatura rispetto a quella qui proposta, consolida comunque l’idea che le parti possano gestire pattiziamente l’effetto estintivo attraverso accordi (anche di tipo derogatorio) a ciò preordinati.

Venendo ora alla proposta ricostruttiva che qui si sta tentando di delineare, va osservato che, nel contesto dei modelli pattizi a caratura sanzionatoria, classicamente indagati in dottrina<sup>50</sup>, potrebbe ipotizzarsi la previsione ad opera delle parti di una decadenza impropria *poenae nomine* dalla titolarità del diritto, che dunque verrebbe a cessare, in caso di assunzione di una condotta, possibilmente predeterminata dalle parti nella clausola, configurante non già un mero inadempimento agli obblighi assunti (si pensi ad una clausola risolutiva espressa), bensì un’ipotesi, più grave, di eccesso rispetto ai poteri attribuiti dalla regola negoziale.

Una precisazione sul punto si impone. Mentre nel caso delle fattispecie legali sopra esaminate il limite esterno alla situazione è chiaramente eteroimposto dal legislatore (si pensi, per esempio, alla portata paradigmatica dell’art. 1105 c.c.) e concretamente applicato in sede giudiziale, in questa evenienza, il limite dovrebbe essere invece posto concordemente dalle parti attraverso l’individuazione nominativa di comportamenti che le stesse non possono tenere, *rectius*: non hanno il potere di compiere (eccesso di potere), ancora una volta, come nel caso delle fattispecie legali, attraverso un giudizio assoluto di esorbitanza dai limiti del potere (attribuito questa volta dal contratto) e non meramente relazionale *ex fide bona* (come anche nel caso del mero inadempimento alla regola negoziale).

Non deve trattarsi, peraltro, di condotte travalicanti la funzione negoziale (il c.d. limite interno alla situazione), perché, in tal caso, si verterebbe in un’ipotesi di abuso del diritto, né di condotte che violino obblighi imposti alle parti, dunque importino un comune inadempimento con le connesse conseguenze risarcitorie (art. 1218 c.c.), bensì, propriamente, di comportamenti che esulano totalmente dal campo delle obbligazioni assunte e che concretano esercizio di un potere non consentito; quanto a dire, in altri ter-

<sup>49</sup> Ci si riferisce all’interessante studio di D. IMBRUGLIA, *La clausola di tolleranza*, in *Pers. merc.*, 1, 2017, 219 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori citazioni in argomento.

<sup>50</sup> Si discute, se accanto alla clausola penale, «la più illustre delle pene private e che forse proprio per il suo *nomen iuris* ha attirato da sempre l’attenzione della dottrina» [E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 774], possano annoverarsi altre ipotesi di pene private c.d. negoziali.



mini, che le parti ben potrebbero individuare una serie di comportamenti che le stesse non possono compiere, salvo l'ablazione della situazione in titolarità. La clausola dovrebbe esprimersi, cioè, nella forma di un divieto di *agere* atto a porre un limite esterno alle situazioni attribuite, avendo ad oggetto non tanto comportamenti contrari alla regola negoziale e dunque di chiaro inadempimento, né condotte ammissibili ma travalicanti la funzione negoziale, bensì, precisamente, condotte non contemplate affatto dalla regola negoziale e dunque configuranti un'ipotesi di eccesso di potere. L'effetto estintivo dovrebbe prodursi, in ultima analisi, sulla scorta di un patto sanzionatorio privato, ma contestualmente sulla falsariga del *modus operandi* delle fattispecie legali dietro evocate.

Ovviamente, allorché i comportamenti di eccesso di potere siano realizzati e debbano dunque essere sanzionati, l'autoimposizione del limite al potere da parte dei privati, non potendo essere del tutto arbitraria, va controllata da parte dell'interprete; ne discende, infatti, che una clausola, intesa come una pena civile atipica, la quale deduca nel contratto o nel testamento l'effetto estintivo a funzione sanzionatoria, debba essere ammissibile sul piano del rispetto del principio sia di liceità sia di meritevolezza<sup>51</sup>. Orbene, mentre, nelle fattispecie legali dietro esaminate, è il legislatore a individuare il limite esterno alla situazione nel caso di assunzione di determinate condotte, in presenza di condotte non tipizzate *ex lege* bensì individuate dai privati, il ruolo dell'interprete, in sede di controllo della ammissibilità della "clausola punitiva", diventa dirimente.

Anzitutto, la clausola in discorso non deve valicare i principi e le norme inderogabili dell'ordinamento e deve riguardare unicamente situazioni disponibili. Il problema della liceità appare alquanto delicato poiché viene in rilievo, come già emerso nel dibattito sulla *Verwirkung*, la possibile frizione tra l'esercizio dell'autonomia privata e la disciplina della prescrizione e della decadenza in senso proprio (soggetta, cioè, a termine temporale)<sup>52</sup>. È no-

<sup>51</sup> Dense di corollari importanti, in punto di metodo, sono le osservazioni svolte da E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, cit., 785 s., per il quale «la pena privata va incontro agli stessi limiti dell'autonomia privata» [...] e dunque «il primo problema è quello di accertare se la funzione sanzionatoria sia di per sé lecita; risolto positivamente il quesito, è da chiederti se risponda anche al canone della meritevolezza dell'interesse» (art. 1322, comma 2, c.c.). [...] «È solo se si risponde positivamente a tutti questi interrogativi che si può portare avanti un discorso sulla pena privata». Peraltro, anche la clausola di tolleranza, evocata nello studio richiamato alla nota 49, è correttamente assoggettata dall'autore al giudizio di meritevolezza (p. 231 ss., e p. 233, per la conclusione che «appare incongruo considerare come un qualcosa di poco serio l'accordo con cui le parti intendono salvaguardare la vincolatività del patto rispetto a possibili effetti giuridici connessi a loro eventuali comportamenti»).

<sup>52</sup> In tal senso militano le osservazioni di C. NANNA, *Prescrizione, Verwirkung e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum*, 2022, 197, secondo la quale «il "desiderio" del giudice di perseguire una sorta di giustizia del caso concreto "ad ogni costo" [non] sembra poter legittimare interpretazioni scarsamente compatibili con il sistema ordinamentale complessivo. Si è in precedenza evidenziato come la *Verwirkung* si sia affermata, nella dottrina e giurisprudenza tedesca, principalmente per motivazioni di natura pratica: infatti, originariamente il par. 195 del *BGB* prevedeva un termine ordinario di prescrizione di trent'anni, che si mostrava sempre meno adeguato a rispondere alle esigenze di modernizzazione della società ed a garantire effettività di tutela». A seguito della riforma del diritto delle obbligazioni, avvenuta con la l. 26 novembre 2001, entrata in vigore il 1 gennaio 2002, da un lato, i termini di prescrizione sono stati abbreviati, dall'altro

to, infatti, che le norme sulla prescrizione sono inderogabili e, dunque, la decadenza impropria *poenae nomine* posta dai privati (sganciata, cioè, da un termine temporale), pervenendo all’effetto estintivo, potrebbe aggirare il divieto di modifica della disciplina legale della prescrizione.

Il timore è ragionevole, ma non insuperabile. Da un lato, infatti, deve osservarsi che la decadenza impropria di fonte pattizia non realizza una violazione di legge e, nella specie, della norma imperativa *ex art. 2936 c.c.*, perché la clausola teorizzata non pone termini (di prescrizione o decadenza) entro i quali esercitare il diritto, bensì si limita a configurare comportamenti di eccesso di potere sui quali fondare la sanzione della ablazione del diritto; il timore sembrerebbe invece maggiormente fondato, al contrario, in tema di *Verwirkung*, posto che l’inerzia prolungata per un certo lasso di tempo apprezzabile, su cui tale istituto notoriamente si basa, mima più da vicino il meccanismo della prescrizione rispetto all’impostazione qui teorizzata, la quale, al contrario, si fonda unicamente su comportamenti gravi di eccesso di potere (ma) avulsi da ogni dimensione temporale.

Per altro verso, ammettere la perdita sanzionatoria del diritto su base negoziale, *subspecie* di patto di decadenza impropria, non significa obliterare l’istituto della prescrizione, che continua parallelamente a doversi applicare. La situazione giuridica cioè, di là dalla possibile perdita per eccesso di potere, continua, infatti, a rimanere prescrivibile per non uso entro il termine imposto per legge. Così ricalibrata la questione, cogliendo cioè l’eterogeneità dei fenomeni - quello della perdita sanzionatoria del diritto per eccesso di potere e quello della prescrizione - viene meno il timore che la prospettiva di indagine in discorso possa alimentare una frode alle norme imperative sulla prescrizione.

Inoltre, il fenomeno delle clausole di decadenza (convenzionale o impropria) non è neppure allo stato ignoto in dottrina e in giurisprudenza: si pensi al caso delle clausole di decadenza testamentaria, ovvero a quelle clausole che richiedono al contraente assicurato di comunicare per iscritto alla società assicuratrice l’esistenza e la successiva stipulazione presso diversi assicuratori di altre polizze per il medesimo rischio, nonché, in caso di sinistro, di darne avviso a tutti gli assicuratori, indicando a ciascuno il nome degli altri.

---

lato, si è incrementata l’autonomia privata nella gestione dei termini prescrizionali. Sì che, secondo l’autrice (*passim*), anche per l’Italia, dinanzi all’«indolenza del legislatore (italiano), attualmente piuttosto restio a cogliere le innovazioni, pur cospicue, sull’istituto di questa “nuova tendenza”, diretta ad una “modernizzazione” dell’istituto, [preferendosi] l’utilizzo della clausola di buona fede ed il rinvio alle tecniche utilizzate dalla prassi tedesca, al fine di “superare” le rigidità della prescrizione, sembra invece assai opportuno riconoscere che siano ormai maturi i tempi per una riforma della prescrizione». In analoga prospettiva, sia consentito il rinvio a F. LONGOBUCCO, *Luci e ombre sulla delega al Governo per la riforma del Codice Civile*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2019, Opinione del 24.07.2019. Nella dottrina tedesca v., tra gli altri, J. WIELING, *Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, (1976), 340, che evidenzia come la *Verwirkung* possa diventare un «comodo» *escamotage* per disapplicare una norma imperativa. In Italia, in critica a Cass., 14.06.2021, n. 16743, cit., rilevano il carattere inderogabile della prescrizione, G. D’AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, cit., 1170; C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, cit., 1193, spec. nota 33.



Tali ultime pattuizioni sanciscono, a ben vedere, una decadenza impropria dal diritto all'indennizzo anche per il caso di assenza di dolo, in quanto esse prevedono la perdita del diritto all'indennità per la mera inosservanza di un obbligo e prescindendo dall'elemento del tempo, mentre permane l'obbligo per l'assicurato di corrispondere il premio<sup>53</sup>. Esse sono ritenute ammissibili e, peraltro, soggette al controllo di onerosità e vessatorietà (artt. 1341, comma 2, c.c. e 33 c. cons.), giacché, come è stato correttamente rilevato, la disciplina sulle clausole onerose e vessatorie - che si aggiunge a quello dietro evocato di liceità e di meritevolezza - attiene non soltanto alle decadenze connesse al decorso temporale, bensì anche alle decadenze improprie ove queste generino un potenziale squilibrio normativo (*id est*, nel nostro caso, la perdita del diritto all'indennizzo)<sup>54</sup>.

#### 8. La perdita del diritto per il caso di eccesso di potere a confronto con l'abuso del diritto *contra fidem bonam*, con l'inadempimento risolutorio, con la clausola risolutiva espressa, e con l'illecito aquiliano. Differenze tra la "pena privata estintiva" e la c.d. *exceptio doli generalis*.

In tal modo riposizionati i termini dell'indagine, si riesce anzitutto a ritagliare un regolamento di confini, che deve necessariamente esserci, tra abuso di potere ed eccesso di potere e connesse conseguenze rimediali sul piano civile.

Come precedentemente osservato, ponendo mente alla giurisprudenza italiana e spagnola, la *Verwirkung*, in taluni arresti, viene infatti appiattita alla teorica dell'abuso del diritto; non può dubitarsi che i due fenomeni, come correttamente suggerito in dottrina<sup>55</sup>, debbono però essere mantenuti distinti, presentando presupposti applicativi differenti.

La violazione di limiti interni alla situazione, classicamente definita come abuso di potere, non legittima la perdita del diritto, dalla quale scaturisce l'effetto estintivo della situazione, bensì, semmai, la possibilità per il debitore di ricorrere alla paralisi processuale della pretesa "abusiva" tramite l'impiego della nota *exceptio doli generalis*. Tra i vari rimedi civili conseguenti all'abuso del diritto non si annovera, infatti, l'estinzione del diritto. In tema di abuso del diritto, rileva solamente la pronuncia di accertamento

<sup>53</sup> Esse sono poste in deroga all'art. 1910 c.c.: v., in argomento, A. CANDIAN, *In tema di clausole di decadenza "improprie" nel contratto di assicurazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 294 ss.; G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, 1991, 184 ss. Cfr., in giurisprudenza, Cass., 4.08.1995, n. 8597, in *Mass. giust. civ.*, 1995, 1486.

<sup>54</sup> Così P.M. PUTTI, *Le clausole vessatorie*, in G. ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, I, Torino, 2006, 1216.

<sup>55</sup> F. PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*, cit., p. 286 ss., il quale, in critica a Cass., 14.06.2021, n. 16743, cit., osserva che «in presenza di elementi di fatto che sembrano delineare due dei connotati che, più o meno correttamente sul piano concettuale, identificano l'abuso del diritto, quali il comportamento contraddittorio e lo sviamento dall'interesse protetto, è davvero incomprensibile la ragione che ha indotto la sentenza in commento ad abbandonare la soluzione più lineare e, per di più, sorretta da un adeguato apparato dogmatico, e ad approdare invece a una soluzione contraddittoria, ambigua e priva di un sostegno concettuale».

come formula per fronteggiare un comportamento materiale nocivo, la pronuncia inibitoria per far cessare un abuso reiterato nel tempo, l'ordine di rimozione per realizzare l'eliminazione di opere illegittime, la pronuncia di adempimento in forma specifica in caso di omissioni abusive, il rigetto della domanda giudiziale nell'ipotesi di pretese azionate abusivamente, fino a giungere ai più classici e frequenti rimedi dell'invalidità del negozio già perfetto<sup>56</sup>, della pronuncia costitutiva in caso di rifiuto illegittimo, dell'inopponibilità (in caso di danno diretto o indiretto ai terzi), della pronuncia di risarcimento del danno aquiliano assunta sia come autonoma sia come accessoria alla statuizione principale<sup>57</sup>. Anche in tema di violazione del principio *ne venire contra factum proprium*, si è correttamente osservato che l'esercizio incoerente del diritto lascia propendere non già per l'ipotesi irrimediabile della perdita del diritto, bensì per l'obbligo risarcitorio ovvero, al più, per una perdita temporanea della possibilità di esercizio<sup>58</sup>.

Al contrario, la violazione di limiti esterni al diritto (tramite l'esercizio di facoltà che il titolare della situazione non ha), la quale configura propriamente l'eccesso di potere in senso stretto<sup>59</sup>, legittima l'*extrema ratio* della perdita del diritto. Dunque, la perdita del diritto, dal nostro punto di vista, assume unicamente una funzione sanzionatoria per la violazione di una regola di azione che configuri l'esercizio di potere non attribuito (eccesso di potere come fino ad ora chiarito). L'abuso di potere è, invece, vicenda che

<sup>56</sup> A tale proposito, rileva F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, cit., 1175, sempre in critica a Cass., 14.06.2021, n. 16743, cit., che «l'operatività della norma di condotta si svolge all'interno del rapporto tra le parti, non potendo incidere sulla fattispecie, sicché sono preclusi gli effetti estintivi, così come quelli eventualmente invalidanti (salvo che sia il legislatore stesso a prevedere che la validità dell'atto o del contratto possa dipendere dal rispetto della regola di correttezza, normalmente nella fase prodromica all'assunzione del vincolo), mentre la sua violazione comporterà, di norma, conseguenze di tipo risarcitorio, salva la tutela connessa all'inibitoria conseguente alla *exceptio doli*, come forma primaria di reazione alla condotta che appaia *prima facie* abusiva».

<sup>57</sup> R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ., Agg.*, VII, Torino, 2012, 13, assume una posizione molto ampia fino ad abbracciare l'intera gamma dei rimedi civilistici. V., altresì, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, *ivi*, VII, Torino, 2012, 62, per il quale «i rimedi saranno diversi (e non sempre sufficienti a garantire gli interessi che si vogliono tutelare)».

<sup>58</sup> Così F. FESTI, *Il divieto*, cit., 243.

<sup>59</sup> V. la nota posizione di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto*, 9ª ed., rist., Napoli, 2002, 77: «[l'abuso del diritto], oggi, non ha più ragion d'essere perché, per definizione, il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà: quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti alla buona fede o alla correttezza, come contrari alla solidarietà, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso, sia uno sviamento del diritto; al contrario ne sono fuori, costituiscono un eccesso dal diritto e, in quanto tali, si intende agevolmente che possano essere illeciti, secondo le norme generali» (l'autore cita, in nota, Cass., 6.07.1948, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 180). Nella dottrina francese, tra le voci critiche, si segnala la nota massima di M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1900, 269, secondo la quale *le droit cesse où l'abus commence*. Nel senso che l'eccesso di potere identifi- chi non già un esercizio deviato di un potere (abuso), ma di esercizio di un potere che non si ha, v., coerentemente con quanto qui sostenuto, P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., 142 (come già *amplius* osservato in tema di abuso di usufrutto: *retro*, § 6).

presuppone la violazione della buona fede oggettiva nell'ambito del rapporto giuridico, con la conseguenza che detto abuso può rendere percorribili diversi rimedi, tutt'al più il risarcimento del danno, ovvero tutele civili ulteriori, ma meno trancianti della perdita della titolarità del diritto.

A tale riguardo, vale peraltro osservare che la pena privata estintiva non implica necessariamente l'antigiuridicità diretta del comportamento posto in essere dal privato e che l'illiceità del comportamento, scaturente dal giudizio relativo alla sussistenza di un'ipotesi di eccesso di potere, legittima una sanzione, nella quale appunto si concentra l'effetto estintivo punitivo, più grave di quella meramente risarcitoria (eventualmente concorrente)<sup>60</sup>. Peraltro, come è noto, tutti gli elementi volontaristici, dal dolo alla colpa al c.d. *animus nocendi* rimangono estranei al rimedio sanzionatorio della perdita del diritto, come qui messo a punto, mentre sono consustanziali all'illecito aquiliano.

Ancora, la perdita del diritto per eccesso di potere si distingue dal mero inadempimento risolutorio (la c.d. clausola risolutiva espressa), perché quest'ultimo produce sì un effetto caducatorio/estintivo (e, eventualmente, anche risarcitorio), ma funzionalmente neutro, ossia del tutto avulso da una connotazione in senso punitivo e deterrente. *Mutatis mutandis* la perdita del diritto, come già si è ribadito, è rimedio civile che prescinde dalla caratterizzazione in senso soggettivo del fenomeno (dolo o colpa) come accade nel caso dell'inadempimento, nella misura in cui l'elemento del dolo o della colpa è rafforzativo se c'è, ma non è essenziale; inoltre, la valutazione di gravità del comportamento, ancora una volta, non attiene alla relazione tra le parti, come nel caso dell'abuso del diritto o della risoluzione per inadempimento, circostanza quest'ultima evocata dal riferimento alla buona fede oggettiva, bensì discende esclusivamente da un giudizio assoluto di esorbitanza dai limiti del potere compiuto *apriori* dal legislatore o dalle parti medesime in contratto.

<sup>60</sup> In senso contrario a quanto qui sostenuto, riconduce l'eccesso di potere all'illecito civile e, dunque, al rimedio risarcitorio, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, 3ª ed., Milano, 1979, 40 (il quale, per inciso, sembra non ammettere la categoria dell'abuso del diritto). Anche P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 95 s., ritiene che le condotte che stanno fuori del contenuto del diritto debbano essere considerate illecite e, dunque, alle stesse dovrebbe applicarsi la disciplina del fatto illecito ex art. 2043 c.c. Nella dottrina spagnola, ritengono che il *retraso desleal* presupponga l'accertamento di un pregiudizio, A. VALQUER ALOY y N. CURRULL SERRA, *¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo*, in *Indret*, 2005, 7. Sul punto v., inoltre e sempre in critica a Cass., 14.06.2021, n. 16743, cit., la diversa posizione di M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, 1185, il quale rimarca che «il ritardo non è in sé un fatto illecito; né esso mena *tout court* a una dichiarazione di inammissibilità o d'inefficacia. Dipende dal pregiudizio aggiuntivo (effettivo o temuto) che il debitore dimostri di soffrire per colpa o per dolo del creditore (...), ossia dal diverso danno, che - ferma la prestazione dovuta - il debitore provi di aver incolpevolmente ed effettivamente subito quale conseguenza immediata e diretta delle condotte concludenti (e perciò affidanti) del creditore. In difetto di questa prova, l'inerzia negativa (mero e solo silenzio del creditore) è inconcludente. Il credito integro. L'azione ammissibile ed efficace».

## 9. La possibile utilità della tipizzazione sul piano dello *strictum ius* e la riconduzione della perdita del diritto nel novero del “giusto rimedio civile”.

| 388

La ricostruzione proposta questa sede riesce dunque a ritagliare un autonomo *ubi consistam* al fenomeno della perdita del diritto, distinto dal territorio proprio della prescrizione e della decadenza c.d. propria sul quale, peraltro, il legislatore italiano si mostra ancora molto indietro rispetto al generale quadro europeo<sup>61</sup>.

Il fenomeno indagato si coniuga nella sua dimensione di “giusto rimedio civile”<sup>62</sup> a caratura sanzionatoria, quale pena privata di fonte legale o pattizia; è questo un rimedio che si profila totalmente avulso, al fine di evitare incertezze e confusioni, dall’ambito di tradizionale operatività della buona fede oggettiva e consente di preservare l’elemento della certezza giuridica ove esso entri in frizione con il diverso rimedio *extra ordinem* - legato ad un parametro di tempo - della prescrizione e della decadenza in senso proprio<sup>63</sup>.

Tanto si realizza muovendosi sul piano dello *ius strictum* e, per tale via, abbandonando il terreno impervio delle clausole generali. In altri termini, fuori dal campo della buona fede, i comportamenti di eccesso di potere possono essere tipizzati, oltre che dal legislatore secondo una precisa modalità di costruzione della fattispecie astratta e dei suoi effetti (estintivi), anche dall’autonomia dei privati, in quest’ultimo caso concretizzandosi regole di azione idonee ad arricchire il novero delle condotte di eccesso di potere e a stabilizzare un quadro normativo che sembra andare indubbiamente nella direzione di sanzionare, tramite la rimozione coattiva della titolarità in senso estintivo, comportamenti gravi ed esorbitanti dal potere sottostante la posizione giuridica soggettiva.

L’appena richiamata tipizzazione appare utile e costituisce un primo passo, ma non è del tutto sufficiente, perché, ogni caso concreto, il comportamento al quale ricollegare l’effetto estintivo del diritto dev’essere attentamente valutato al fine di ravvisarvi la coerenza della soluzione qui vi proposta, ponendo mente: *a*) alla riconducibilità di tale comportamento alla categoria dell’eccesso di potere (distinto dall’abuso del diritto); *b*) alla proporzionalità e gravità dell’effetto che si vuole raggiungere (la produzione della vicenda estintiva e la conseguente ablazione della titolarità della situazione giuridica); *c*) all’esigenza di realizzare la precipua funzione sanzionatoria

<sup>61</sup> La Società Italiana degli Studiosi di diritto civile ha già formulato una proposta in tal senso, istituendo una Commissione di studio sulla “Prescrizione” (con il compito di sottoporre al Consiglio Direttivo proposte di modifica della disciplina): i risultati della riforma proposta sono pubblicati in *Annali SISDic*, Napoli, 2022, p. 161 ss.

<sup>62</sup> La ricerca del “giusto rimedio civile”, impostato sulle circostanze del caso concreto e funzionalizzato agli interessi che si intendono realizzare, è auspicio benemerito della più attenta civilistica contemporanea: v. P. PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 1 ss.

<sup>63</sup> Sia consentito il rinvio, nella prospettiva di configurare la prescrizione come rimedio civile e tecnica di difesa, a F. LONGOBUCCO, *La prescrizione come “rimedio civile”: profili di ragionevolezza dell’istituto*, in *Contratti*, 2012, 947 ss.; già, in simile prospettiva, taluni spunti in A. DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, in *in Corr. giur.*, 4, 2011, 488 ss.

del comportamento esorbitante dal potere. Sono tutti parametri, questi, diretti a controllare la pronuncia giudiziale nei vari gradi di giudizio, giacché, al di fuori delle condizioni poc'anzi poste, le vie percorribili dovranno essere differenti e meno trancianti - specie per il distinto caso dell'abuso di potere *contra fidem bonam* o del mero inadempimento ad obblighi presupposti - dovendosi prediligere il risarcimento del danno, la risoluzione contrattuale per inadempimento, la paralisi processuale (la c.d. *exceptio doli generalis*), l'inopponibilità, il rigetto della domanda giudiziale, ecc.

Così dunque ricondotta la perdita del diritto al campo della prevedibilità giuridica, lontano dall'eccessiva discrezionalità dell'interprete fondata sulle clausole generali, il monito resta in ogni caso sempre quello alla cautela<sup>64</sup>, perché, se è vero che, come autorevolmente sostenuto, «il problema del diritto è sempre la disciplina del potere»<sup>65</sup>, ogni situazione è diversa dall'altra ed «*il giusto rimedio civile*» dev'essere attentamente soppesato ed adeguato alla situazione di fatto che si intenda disciplinare, sì come all'aspetto funzionale della tutela civile e dell'effettività dei diritti che ci si prefigga di attuare.

<sup>64</sup> Già in tema di abuso del diritto, ammonisce alla prudenza, A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 331 (e ID., *Il diritto come discorso*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2013, 473 s.).

<sup>65</sup> Così T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 17, e 50, ove l'autore osserva, altresì, che il sistema di diritto privato è «strumento di una reale attribuzione di potere».





## IL DOVERE DI RINEGOZIAZIONE: SPUNTI RICOSTRUTTIVI A PARTIRE DALL'EREDITÀ DELL'EMERGENZA PANDEMICA

Di Andrea Maria Garofalo

| 391

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione.* – 2. *Individuazione di alcuni casi-modello.* – 3. *Emergenza sanitaria e sopravvenienze quantitative: esclusione dall'indagine.* – 4. *Emergenza sanitaria e sopravvenienze qualitative: il perimetro dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile* – 5. *Emergenza sanitaria e sopravvenienze qualitative: le sopravvenienze funzionali (integrali e parziali).* – 6. *Rimedi per le sopravvenienze funzionali (integrali e parziali).* – 7. *A proposito dell'obbligo di rinegoziazione: il suo fondamento...* – 8. *(segue) ... e il suo funzionamento.* – 9. *Conclusione.*

*ABSTRACT.* Il contributo prende spunto da alcuni problemi frequentemente emersi durante la recente pandemia e da alcune delle soluzioni proposte in dottrina e giurisprudenza, al fine di indagare quale sia l'eredità dell'emergenza sanitaria in punto di rilevanza delle sopravvenienze in ambito contrattuale e di loro potenziale gestione mediante un dovere di rinegoziare il contratto.

In particolare, l'attenzione è dedicata alle sopravvenienze qualitative e, all'interno di queste, a quelle che sono dette "funzionali". Si tratta di sopravvenienze ritenute atipiche, rispetto alle quali si argomenta la necessità di immaginare un dovere di rinegoziazione, di cui viene tratteggiato il perimetro, nonché l'assetto rimediabile.

The paper takes as its starting point some problems that frequently emerged during the recent pandemic and some of the solutions suggested by scholarship and case law, in order to examine what is the legacy of the health emergency in terms of the management of supervening circumstances in the contractual area, including through a duty to renegotiate the contract.

In particular, the focus is on supervening events that alter the qualitative balance and, in particular, affect the 'purpose'. These are cases that are not regulated by the legislature, in respect of which the essay attempts to argue the need to imagine a duty of renegotiation. The scope of this duty and remedies in the event of breach are also outlined.



## 1. Introduzione.

| 392

Il tema del dovere di rinegoziazione dei contratti in virtù dell'emersione di sopravvenienze non imputabili, e incidenti sull'economia del contratto, era al centro del dibattito dottrinale già prima dell'emergenza sanitaria sorta con la diffusione della malattia da Coronavirus: in particolare, da diversi anni ci si interrogava sull'esistenza di un tale obbligo, chiedendosi soprattutto se lo si fosse potuto fondare sulla semplice buona fede *in executivis*<sup>1</sup>.

Il dibattito, peraltro, si alimentava di considerazioni comparatistiche, giacché, negli ultimi anni, due tra i più importanti ordinamenti di *civil law* avevano dato ingresso, nelle maglie dei loro codici civili, a disposizioni espressamente dedicate alla rinegoziazione dei contratti in forza di sopravvenienze non imputabili. Il riferimento, ovviamente, va al § 313 BGB, introdotto dalla *Schuldrechtsmodernisierung* del 2001 e all'art. 1195 Code civil, risalente alla vasta riforma del 2016<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996 (e poi pure, tra i diversi testi dedicati all'argomento, ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, 1026 ss.); P. GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992 (e anche ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Aggiornamento*, VI, Torino, 2011, 804 ss.); R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Milano, 2016, 1707 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 972 s.; F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *NGCC*, 2013, I, 120 ss.; G. VILLANACCI, *L'interpretazione adeguatrice nella dinamica contrattuale*, Napoli, 2023, 173 ss. In senso contrario, con argomenti vari, fondati ad esempio sull'inappropriatezza del richiamo della buona fede *in executivis* o sull'inattitudine del rimedio (ritenuto, a sua volta, privo di una sanzione giuridica o addirittura intimamente contraddittorio), v. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 701 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, 175; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 467 ss.; E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, 56 ss. (su cui v. pure la recensione di F.P. PATTI, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 790 ss.); A. CINQUE, *Sopraavvenienze contrattuali e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2020, 1691 ss. Va notato che le diverse tesi non sono perfettamente confrontabili: basti dire che alcune si occupano principalmente di sopravvenienze quantitative, altre attendono soprattutto a quelle qualitative; talune negano cittadinanza all'obbligo di rinegoziazione ritenendolo privo di fattispecie, altre invece vi rinvergono un concetto intimamente contraddittorio o comunque privo, *de iure condito*, di base normativa (specialmente dal punto di vista rimediare). Di recente su questi profili v. D. SANTARPIA, *La sopraavvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Napoli, 2023, spec. 344 ss.

<sup>2</sup> Cfr. § 313 BGB, su cui v. almeno Th. FINKENAUER, sub § 313, in *Münchener Kommentar*, 9ª ed., München, 2022, §§ 1 ss.; C. GRÜNEBERG, sub § 313, in *Palandt-Kommentar*, 71ª ed., München, 2012, 518 ss. Sul recente art. 1195 Code civil cfr. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE e F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 12ª ed., Paris, 2019, 714 ss.; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS e Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10ª ed., Paris, 2018, 409 ss.; nella letteratura italiana V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel Code civil francese*, in *NGCC*, 2018, II, 392 ss.; E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Pers. merc.*, 2018, 130 ss.; L. COPPO, *La gestione delle sopraavvenienze: rivoluzioni e occasioni perse*, in *juscivile*, 2022, 580 ss.



Non è un caso, dunque, che anche in Italia – peraltro, proprio nei mesi appena precedenti alla pandemia – il dibattito sulle sopravvenienze si fosse spostato anche in sede legislativa: come noto, con il d.d.l. delega n. 1151/2019, era stata sottoposta al Senato una bozza di legge delega che avrebbe dovuto condurre a una riforma del codice civile e che, tra l'altro, avrebbe portato a disciplinare espressamente il dovere di rinegoziare a fronte di sopravvenienze<sup>3</sup>. E sul possibile esercizio di questa delega si era iniziata ad esercitare la dottrina, chiedendosi come avrebbe potuto suonare un nuovo art. 1468 *bis* (o un nuovo art. 1372 *bis*) dedicato alla rinegoziazione per sopravvenienze (vanno ricordati, a tal riguardo, soprattutto i risultati di un gruppo di lavoro promosso dall'Associazione Civilisti)<sup>4</sup>.

Così si presentava quindi lo scenario nel momento in cui l'ordinamento, a partire dal marzo 2020, ha dovuto fare i conti con la diffusione della pandemia da Covid-19. E la pandemia ha costituito uno di quei fattori “irritanti”<sup>5</sup> che, non appena si producono, mettono il sistema alla prova, costringendo a verificarne la sua idoneità a tenere conto dei predetti fattori e, se del caso, imponendo ai vari formanti di adattare l'ordinamento, onde assorbire la novità<sup>6</sup>.

Nel presente contributo ci soffermeremo, più che su una completa ricognizione delle diverse posizioni sul rilievo delle sopravvenienze non imputabili e sui rimedi per esse previste o prevedibili in seno all'ordinamento italiano, sul dovere di rinegoziazione, proprio prendendo spunto da alcuni problemi frequentemente emersi durante l'emergenza sanitaria e da alcune delle soluzioni proposte in dottrina e giurisprudenza, al fine di indagare – seppur con la brevità imposta dalla sede – l'*an*, il *quando* e il *quomodo* di tale dovere.

<sup>3</sup> Art. 1, lett. i), volto ad autorizzare il Governo a «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti». V. a tal riguardo F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, 102 ss.; P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 2020, 205 ss.

<sup>4</sup> Si tratta, in particolare, di tre proposte, che possono leggersi in *Materiali per una revisione del codice civile*, II, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2022, 206 s. (v. anche, sul punto, il successivo § 9).

<sup>5</sup> Si usa qui la nota espressione (dall'autore impiegata in un ambito parzialmente differente, ossia quello del “trapianto” della buona fede nel diritto inglese) di G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, *The Modern Law Review*, 1998, 61, 11 ss.

<sup>6</sup> Di «occasione unica per verificare la tenuta degli strumenti normativa per la gestione del rischio contrattuale» ha parlato, già nell'aprile 2020, U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 3. Di *stress test* per il diritto dei contratti C. TWIGG-FLESNER, *The Potential of the Covid-10 Crisis to Cause Legal “Disruption” to Contracts*, in *Coronavirus and the Law in Europe*, a cura di E. Hondius, M. Santos Silva, A. Nicolussi, P. Salvador Coderch, C. Wenderhorst e F. Zoll, Cambridge, 2021, 1091 ss.

## 2. Individuazione di alcuni casi-modello

Con il termine sopravvenienza ci si riferisce a eventi sopraggiunti alla conclusione del contratto, non imputabili ad alcuna delle parti, che ne alterano l'economia complessiva. Ovviamente, deve trattarsi di un contratto che in qualche modo si estende nel tempo, sia esso – secondo l'onnicomprendente dizione dell'art. 1467, co. 1, c.c. – un contratto a esecuzione continuata o periodica o un contratto a esecuzione differita.

Le sopravvenienze cui ha dato causa la pandemia sono state molte e, ovviamente, tra loro eterogenee, anche per le differenze tra fasi temporali dell'emergenza sanitaria<sup>7</sup>. Sarebbe ovviamente impossibile dar conto di tutte queste ipotesi: nondimeno, le fattispecie più salienti sono state abbastanza ricorrenti e possono essere ricondotte ad alcuni casi-modello<sup>8</sup>.

Ai nostri fini converrà limitare l'attenzione ai seguenti<sup>9</sup>:

a.1) prenotazioni per assistere a spettacoli o per visitare esibizioni temporanee, gli uni e le altre definitivamente cancellati per rispettare i provvedimenti volti alla tutela della sanità pubblica<sup>10</sup>;

a.2) contratti di appalto d'opera, sospesi nel periodo di interdizione delle attività edilizie (non comprese tra quelle ammesse a continuare durante le fasi più gravi dell'emergenza);

b.1) locazioni di immobili ad uso commerciale, divenute per un certo tempo in larga parte inutili stante il divieto di porre in essere certe attività (si pensi a un ristorante che è dovuto restare chiuso per alcune settimane durante il periodo di più stringente *lockdown*);

<sup>7</sup> Nota che la pandemia ha avuto un riflesso sui contratti, più che come semplice emergenza sanitaria, in virtù di un peculiare intreccio tra le sopravvenienze sanitarie e quelle economiche, dovute ai vari provvedimenti volti a limitare il rischio per la salute dei cittadini, M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 319. Per semplicità nel prosieguo, nel riferirsi alle sopravvenienze pandemiche, si farà riferimento anche, e soprattutto, alla mole di provvedimenti autoritativi emanati per far fronte all'emergenza sanitaria. Approfondisce la reazione ordinamentale alle sopravvenienze collegate con la pandemia G. VILLANACCI, *L'interpretazione adeguatrice*, cit., 188 ss.

<sup>8</sup> Richiama alcuni casi ricorrenti A. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale*, in *NGCC*, 2020, 102: ad esempio, quelli del conduttore di locazione commerciale che non può aprire al pubblico il proprio esercizio a causa di un provvedimento dell'autorità; dell'affittuario di ramo d'azienda che deve chiudere un negozio sito in un centro commerciale, sempre per ragioni analoghe; infine, dell'albergatore che sospende la sua attività – svolta in un immobile preso in locazione – non già per ottemperare a un – inesistente – ordine dell'autorità, ma piuttosto per risparmiare sui costi, a fronte dell'assenza di prenotazioni.

<sup>9</sup> Peraltro, va rilevato che le sopravvenienze sui contratti di locazione e di affitto d'azienda sono state in assoluto quelle più indagate dalla dottrina, oltre che oggetto di maggiore attenzione in giurisprudenza. Lasceremo qui da parte, per ragioni di brevità, altri casi-modello, come quelli facenti perno sui contratti di trasporto e sulle prenotazioni alberghiere (su cui comunque cfr. l'art. 88 *bis*, d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020).

<sup>10</sup> Cfr. A. D'ADDA, *Locazioni*, cit., 104.



b.2) locazioni di immobili ad uso commerciale, ove si esercitava un'attività non proibita, ma conformatata dai vari divieti collegati all'emergenza sanitaria (si pensi a un ristorante che ha dovuto ridurre la capienza in virtù dei divieti di assembramento).

### 3. Emergenza sanitaria e sopravvenienze quantitative: esclusione dall'indagine

È assai comune, nella nostra dottrina, contrapporre le sopravvenienze “quantitative” a quelle “qualitative”: si tratta pur sempre di fatti sopravvenuti, non imputabili alle parti, che però in un caso fanno perno sull'alterazione dell'equilibrio economico delle prestazioni, mentre nell'altro caso su un disturbo nel perseguimento dello scopo di un contratto<sup>11</sup>.

Tra le norme che prendono in considerazione le sopravvenienze quantitative, la più rilevante – e l'unica ad avere portata generale – è senz'altro rappresentata dall'art. 1467 c.c., in base alla quale, come ben noto, «nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458».

Accanto all'art. 1467 c.c. va poi annoverata una serie di norme specifiche, che, il più delle volte derogandovi (e, dunque, escludendo *tout court* la possibilità di ricorrere alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta nel loro ambito di applicazione), da un lato stabiliscono le condizioni di rilevanza di specifiche sopravvenienze quantitative (spesso abbassando la soglia fissata in modo abbastanza elevato dalla norma in tema di eccessiva onerosità) e da un altro lato vi collegano l'attivabilità di rimedi non demolitori, ma piuttosto manutentivi. Si pensi, in particolare, all'art. 1664 c.c., a mente del quale, tra l'altro, gli aumenti e le diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera e derivanti da circostanze imprevedibili, se tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, consentono all'appaltatore o al committente di chiedere una revisione del prezzo medesimo (per quella differenza che ec-

<sup>11</sup> V., ad esempio, E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti*, cit., 17, riprendendo la distinzione da A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, 276 ss., e da T. MAUCERI, *Soppravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1099. Rilevante anche la tripartizione delle sopravvenienze proposta da K. ZWEIGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti*, Milano, 1995, 218 ss., tra casi di impossibilità, casi di grave difficoltà (comprensivi dell'eccessiva onerosità) e casi di *frustration of purpose*. In generale, il tema delle sopravvenienze incidenti sullo scopo – cui dedicheremo più da vicino la nostra indagine – è stato di recente affrontato in ottica comparatistica in *Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens*, Tübingen, 2022, 517 ss., a cura di G. Albers, F.P. Patti e D. Perrouin-Verbe (e, in particolare, nei contributi di F.P. Patti, M. Grasso, D. Perrouin Verbe, G. Albers e F. Mezzanotte).

cede il decimo)<sup>12</sup>; ma si pensi pure agli artt. 1560 c.c., in tema di somministrazione, 1660 c.c., ancora in tema d'appalto, 1897 s. c.c., in tema di assicurazione<sup>13</sup>. Tutte queste disposizioni, pur nella loro varietà, si riferiscono a sopravvenienze di stampo quantitativo e prevedono (o prevedono anche) rimedi di stampo conservativo (talvolta fissando un limite oltre il quale la parte non toccata direttamente dalla sopravvenienza, ma che ne sopporta giuridicamente il rischio, può svincolarsi dal contratto).

Quasi tutti gli autori hanno osservato come la pandemia abbia per lo più fatto emergere sopravvenienze che, secondo la tradizionale distinzione cui si è fatto cenno e che ancor oggi è pienamente adottabile con riguardo all'ordinamento italiano, risultano essere qualitative, piuttosto che quantitative<sup>14</sup>.

Del resto, nessuno dei casi poc'anzi citati (al § 2) rientra nel concetto di "sopravvenienza quantitativa": il che è già di per sé significativo.

In effetti, e concentrando l'attenzione sull'eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c., essa va, secondo l'opinione tradizionale<sup>15</sup>, collegata unicamente a un aumento dei costi della prestazione e, a tutto voler concedere, a una diminuzione del valore della controprestazione (nonostante un'opinione, minoritaria, lo neghi<sup>16</sup>), comunque non estendendosi sino ad abbracciare i casi in cui la prestazione caratteristica aumenti il suo valore o quelli in cui si riducano i costi della prestazione stessa; inoltre, non vi sono ricomprese le ipotesi in cui, lungi dall'avversarsi uno svilimento della controprestazione (di regola pecuniaria), si riduca l'utilità della prestazione caratteristica (che, quindi, solo indirettamente e mediatamente veda diminuito il suo valore)<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Sulla previsione v. per tutti E. TUCCARI, *Soppravvenienze e revisione del prezzo nel contratto d'appalto: spunti per una ricostruzione sistematica*, in *juscivile*, 2019, 582 ss.

<sup>13</sup> Per alcuni elenchi, più completi, v. F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 103 ss.; E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti*, cit., 135 ss., e G. SICCHIERO, *Recenti interventi e proposte in tema di rinegoziazione*, in *Giur. it.*, 2023, 212 s.

<sup>14</sup> V., in linea generale, sul punto v. T.V. RUSSO, *L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della "manutenzione" dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 145 (in senso contrario cfr. però V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 3 ss.). Lo si è notato soprattutto facendo riferimento alle sopravvenienze sulle locazioni, che, come detto, sono state quelle su cui di più si è esercitata la dottrina: v. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2020, 704; A. D'ADDA, *Locazione*, cit., 109; G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *NGCC*, 2020, 60 (secondo cui «il corrispettivo non è svalutato né si è rivalutato»; «ciò che è cambiato è il valore della controprestazione per il debitore»).

<sup>15</sup> V. ad esempio L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, 241; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 394.

<sup>16</sup> Così A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, 416 ss.

<sup>17</sup> Cfr., rispettivamente, E. GABRIELLI, sub art. 1467, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 634, e M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 478 s. Nondimeno, per un'estensione dell'eccessiva onerosità anche rispetto a una riduzione dei costi o a un apprezzamento della controprestazione v., di recente, O. CAGNASSO, *Soppravvenienze da svilimento della controprestazione alla luce della crisi da pandemia*, in *orizzontideldirittocommerciale.it*, 2022.

Alla luce di questo è facile rendersi conto del perché la pandemia non ha, di regola, dato vita a sopravvenienze quantitative rilevanti ai sensi dell'art. 1467 c.c.: essa non ha di norma inciso sul rapporto economico tra prestazioni, nel senso che non ha aumentato i costi di una prestazione, né ha reso il valore di mercato della controprestazione talmente inferiore al punto da rendere insostenibile il mantenimento del vincolo contrattuale<sup>18</sup>. Senza dire che il rimedio caducatorio previsto dallo stesso art. 1467 c.c. non si ataglia a disfunzioni che – come spesso è avvenuto per le sopravvenienze pandemiche – hanno carattere temporaneo e parziale, anziché definitivo e integrale (il che, a sua volta, impone a livello interpretativo una lettura restrittiva della disposizione)<sup>19</sup>.

Parimenti, solo di rado la pandemia ha direttamente e di per sé dato vita alle condizioni per applicare le altre disposizioni in tema di sopravvenienze quantitative, non facendosi – almeno di norma – questione di costi e, più in generale, di squilibrio economico tra le prestazioni. Piuttosto, l'emergenza ha reso, da un lato, impossibile o particolarmente difficile effettuare talune prestazioni (o alcune parti di talune prestazioni) e, da un altro lato, inutile – in tutto o in parte – il loro svolgimento, come attestato già dai casi menzionati nel § 2.

<sup>18</sup> Esemplificando, nel caso delle locazioni commerciali il venir meno, a causa della pandemia, della fruibilità di un immobile (per l'uso convenuto: ad esempio, un ristorante) non poteva essere considerata una sopravvenienza quantitativa: sia perché, a tutto voler concedere, si limitava a svilire la prestazione caratteristica (il che, come detto, non ridonda in un'eccessiva onerosità); sia perché, a ben vedere, pure quest'ultima (la prestazione caratteristica) non diminuiva il suo valore al punto da dar vita a un'eccessiva onerosità (infatti, nel lungo periodo i prezzi delle locazioni non subivano particolari riduzioni; e, quanto ai mesi di rilevanza della sopravvenienza, la durata era troppo breve – e, soprattutto, la sua natura troppo eccezionale – per potersi parlare di un'eccessiva onerosità dell'intero rapporto contrattuale) (v., tra molti, A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com.*, 2020, 8; in senso contrario, invece, V. PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, in *Contratti*, 2020, 317, e così pure F. TOSCHI VESPASIANI e D. MATERASSI, *Rinegoziazione del contratto di locazione commerciale a causa del Covid-19: è applicazione del principio di buona fede*, in *Contratti*, 2022, 58, come pure, in giurisprudenza, Trib. Roma, 9.9.2020, in *Contratti*, 2021, 25).

<sup>19</sup> A quest'ultimo riguardo v. A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (a tempi del Coronavirus)*, in *giustiziacivile.com.*, 3; in termini anche A. D'ADDA, *Locazione*, cit., 109, che sottolinea l'inadeguatezza del rimedio caducatorio (osservazioni, queste, che spingono a ritenere che, quand'anche si interpretasse l'art. 1467 c.c. in modo estensivo, l'interprete dovrebbe farsi carico di reperire un rimedio migliore – e prioritario – per le sopravvenienze “temporanee”, proprio al fine di porre fuori gioco la risoluzione per eccessiva onerosità); in giurisprudenza, poi, Trib. Roma, 9.9.2020, cit. Si aggiunga che l'art. 1467 c.c. è, secondo la giurisprudenza, invocabile solo in via d'azione (quantunque la sentenza abbia poi effetti retroattivi) e che la mancanza di una corrispondente eccezione finisce per depotenziare il rimedio, rischiando di rendere fisiologici arricchimenti ingiustificati (v. in tal senso U. MALVAGNA e M. RABITTI, *Filiere produttive e Covid-19: tra rinegoziazione e coregolazione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 372; e v. già M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com.*, 2020, 8).

Per questa ragione, converrà dedicarci alle sole sopravvenienze qualitative (e sui rimedi per le stesse). Al loro approfondimento, dunque, saranno destinate le altre pagine di questo contributo.

#### 4. Emergenza sanitaria e sopravvenienze qualitative: il perimetro dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile

Se non è alle sopravvenienze quantitative che dobbiamo rivolgere l'attenzione, sarà giocoforza su quelle qualitative che dovremo concentrare il nostro sforzo. In effetti, tutti casi di cui al § 2 rappresentano ipotesi di sopravvenienze qualitative.

L'area in esame è popolata, a dire il vero, da almeno due istituti di particolare ampiezza e importanza: da un lato, l'impossibilità sopravvenuta non imputabile (art. 1463 ss. c.c.); dall'altro lato, la perturbazione sopravvenuta dello scopo (questa, priva di un riferimento positivo, ma spesso collegata dalla dottrina alla presupposizione, poi variamente intesa e altrettanto variamente declinata).

Approssimativamente, si può ritenere che l'impossibilità sopravvenuta non imputabile<sup>20</sup> attenga a eventi sopraggiunti che rendono impossibile – in tutto o in parte, definitivamente o temporaneamente – lo svolgimento di una prestazione, mentre la perturbazione dello scopo riguardi tutte quelle circostanze sopravvenute in virtù delle quali la prestazione, pur restando di per sé possibile, non può – in tutto o in parte – realizzare il programma negoziale.

La linea di distinzione sembrerebbe ben definita: in realtà, però, essa è più sfumata. Parte della dottrina ha da tempo ampliato l'area dell'impossibilità sopravvenuta, onde consentirle di abbracciare – oltre a ipotesi di semplice difficoltà della prestazione<sup>21</sup> – casi di vera e propria inutilità (totale o parziale) della prestazione per il creditore. Ciò è avvenuto anche per ridurre (o addirittura cancellare) lo spazio occupato dalle altre sopravvenienze qualitative: si è ritenuto preferibile fondare su un istituto di derivazione positiva, pur interpretato estensivamente, il rilievo di tali circostanze sopravvenute, anziché su categorie prive di un referente nella legisla-

<sup>20</sup> Su cui v., sin d'ora, F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. Roppo*, 2<sup>a</sup> ed., V-2, Milano, 2022, 823 ss.; L. CABELLA PISU, sub *artt. 1463-1466*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002; F. DELFINI, sub *artt. 1463-1464*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003.

<sup>21</sup> Come noto, è la tesi di L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 282 ss., nonché ID., *Responsabilità contrattuale (diritto vivente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1089 s. L'opinione trova sostegno, tra l'altro, nella dottrina tedesca della *Opfergrenze* e della *Unzumutbarkeit* (su cui v. per tutti W. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Berlin-New York, 1973, 187), recepita a livello positivo nel 2001 dal nuovo § 275 II e III (cfr. W. ERNST, sub § 275, in *Münchener Kommentar*, 9<sup>a</sup> ed., München, 2022, §§ 1 ss.); nella dottrina di lingua italiana v. R. FAVALE, *La Leistungsstörung nel diritto civile tedesco. Appunti di studio*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino - Note*, 2022, 11, 8 ss. Per la necessità di rinvenire nell'impossibilità sopravvenuta una «nozione elastica», idonea a svolgere, in Italia come in altri sistemi giuridici, una «funzione "relativa e sociale"», P. PERLINGIERI, sub *art. 1256*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, 456.

zione (evitando così, al contempo, di dover riconoscere cittadinanza giuridica a sopravvenienze “atipiche”<sup>22</sup>).

Si tratta di un percorso ricostruttivo che è assai visibile anche nella reazione dei formanti ordinamentali alla pandemia: mentre i casi indicati prima *sub* a.1) e a.2) attengono senz’altro all’impossibilità sopravvenuta<sup>23</sup>, gli altri casi dovrebbero sfuggirvi; tuttavia, in vario modo alcuni autori, e alcune sentenze, hanno provato ad attrarli a un concetto debitamente esteso di impossibilità sopravvenuta. Vediamolo nel dettaglio, onde verificare se questi tentativi risultino persuasivi o meno<sup>24</sup>.

A) Il primo insieme che dobbiamo esaminare è quello – di cui al precedente punto b.1) – dei contratti di locazione di immobili ad uso commerciale divenuti per un certo tempo inutili (in larga parte inutili) a causa del divieto di svolgere certe attività. L’esempio più semplice, come prima riferito, è

<sup>22</sup> L’espressione «sopravvenienze atipiche» si deve a Rodolfo Sacco. V., di recente R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1708. Vedremo a breve che, piuttosto che ampliare in modo eccessivo l’ambito di taluni istituti positivi, risulta più opportuno attribuire uno spazio alla categoria, in sé e per sé omogenea, delle sopravvenienze funzionali: che sono, per l’appunto, sopravvenienze atipiche (in relazione alle quali va, dunque, ammessa l’esistenza di una lacuna legislativa).

<sup>23</sup> In tema di impossibilità sopravvenuta potrebbero citarsi anche taluni interventi del legislatore pandemico: ad esempio, l’art. 3, co. 6 *bis*, d.l. n. 6/2020, conv. in l. n. 13/2020, secondo il quale «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti» (previsione volta per lo più a cristallizzare certe cause di non imputabilità dell’inadempimento o del suo ritardo; v. A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul Decreto “cura Italia”*, in *Contratti*, 2020, 214 ss.); inoltre, l’art. 88, d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, relativo alla «sopravvenuta impossibilità» della «prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura», e l’art. 216, co. 4, d.l. n. 4/2020, conv. in l. n. 77/2020, in tema di contratti di abbonamento per l’accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi di ogni tipo (previsioni volte ad ascrivere, per esigenze di semplificazione, all’impossibilità sopravvenuta del contratto un vasta casistica, sostanzialmente relativa a casi di impossibilità, totale o parziale, o anche solo di difficoltà della prestazione, e dirette al contempo a modulare il rimedio in modo favorevole alle esigenze del debitore della prestazione caratteristica; v. F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giust. civ.*, 2020, 242 ss.).

<sup>24</sup> Non costituiscono argomenti contrari rispetto a quanto si è sinora scritto le disposizioni degli artt. 88, co. 2 *bis*, e 88 *bis*, d.l. n. 18/2020, nonché dell’art. 215, d.l. n. 34/2020: esse, nel riferirsi a sopravvenienze di stampi diversi (in particolare, casi di impossibilità sopravvenuta e casi di sopravvenienze funzionali), hanno in parte ampliato la rilevanza di sopravvenienze funzionali e vi hanno in parte abbinato rimedi particolari. Ciò è avvenuto, rispettivamente, per ragioni solidaristiche e per ragioni di certezza, legate all’esteso impatto dell’emergenza sanitaria e dei provvedimenti autoritativi che vi hanno fatto seguito onde limitare il contagio: in sintesi, la giustificazione di queste disposizioni non può essere rinvenuta in un afflato dogmatico o comunque sistematico del legislatore, ma – proprio all’opposto – nell’esigenza di interventi legislativi rapidi, volti a formalizzare e a trattare in modo unitario una pluralità di rapporti, stante il vastissimo numero di contratti toccati dalle sopravvenienze pandemiche (con potenziali ricadute anche macroeconomiche, oltre che sociali).

rappresentato dal ristorante rimasto chiuso per alcune settimane durante il *lockdown* più severo.

Taluni studiosi hanno ritenuto che, a fronte dei provvedimenti che imponevano la chiusura di numerose attività commerciali per un periodo di tempo via via prolungato, i conduttori potessero andare in parte esenti dall'obbligo di pagare il canone in virtù del disposto dell'art. 1575, n. 2, c.c., a mente del quale «il locatore deve ... mantenerla [la cosa locata] in istato da servire all'uso convenuto»<sup>25</sup>.

Questo è stato il ragionamento: se il locatore è obbligato a mantenere la cosa in stato idoneo a servire all'uso convenuto, vuol dire che un tale uso necessariamente entra nella causa del contratto (essendo, per l'appunto, convenuto); per di più, se quello specifico uso non può realizzarsi, perché l'attività in parola è interdetta (per quanto interlocutoriamente) dall'autorità pubblica, la prestazione del locatore diventa per un certo periodo di tempo impossibile (o, per meglio dire, parzialmente impossibile, giacché il conduttore di regola continua a usare i locali quanto meno come deposito dei suoi beni); tale impossibilità va regolata ai sensi degli artt. 1463 ss. c.c. (dunque, consentendo al conduttore di ridurre la sua prestazione, stante l'impossibilità parziale rilevante *ex art.* 1464 c.c., e pure permettendogli di recedere dal contratto ai sensi degli artt. 1256, co. 2, e 1464 c.c., se oggettivamente non più interessato alla prestazione, stante la natura anche temporalmente parziale dell'impossibilità).

Questo argomento, seppur autorevolmente sostenuto, non convince interamente<sup>26</sup>: come, del resto, non ha convinto il BGH tedesco in una sua recente decisione<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. A. D'ADDA, *Locazione*, cit., 105 ss.; E. TUCCARI, *La pandemia da Covid-19 e la revisione del canone nei contratti di locazione ad uso commerciale e di affitto di ramo d'azienda fra (poche) luci e (molte) ombre*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 119; A.A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 2020, 7. In giurisprudenza v. Trib. Roma, 25.7.2020, cit., che parla espressamente di impossibilità dal lato del creditore temporanea e parziale, e poi anche Trib. Milano, 21.10.2020, cit., la quale, pur evocando la tesi in esame, ritiene in conclusione necessaria una rinegoziazione del canone – peraltro, dei mesi fino a dicembre 2020, sicché anche oltre quelli di più duro confinamento – in virtù del principio di buona fede e correttezza, nonché dei doveri costituzionali di solidarietà. Una tesi ancora diversa (per quanto simile) è stata sostenuta da U. SALANITRO, *La gestione*, cit., secondo cui «appare ragionevole applicare in via analogica il modello normativo sul quale è stata organizzata la disciplina dei vizi e delle riparazioni nella locazione (artt. 1578 e 1584 c.c.)». Al riguardo potrebbe obiettarsi che, mentre la disciplina di vizi o riparazioni si riferisce a un'inattuazione del vincolo contrattuale (sia essa nei termini di una garanzia o di una responsabilità, qui non interessa), nel caso di specie si va parlando di un problema di rischio non imputabile ad alcuna delle parti (v. già L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Studi in onore di A. De Gregorio*, II, Città di Castello, 1955, 133 ss.). L'autore ha poi condiviso l'applicazione dell'art. 1464 c.c. in U. SALANITRO, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, in *NGCC*, 2020, 114 s.

<sup>26</sup> Peraltro, una tesi simile a quella che si va confutando era stata argomentata, ben prima delle sopravvenienze pandemiche (e con riferimento ai casi classici di presupposizione, come la locazione del balcone per assistere a una parata), da A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2003, 100 s.; e in senso critico si era espresso A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 859. Durante la pande-

È senz'altro vero che l'uso cui è destinato un certo immobile locato entra nella causa del contratto: e vi entra in modo tendenzialmente specifico, almeno in virtù di quanto le parti inseriscono nelle premesse del contratto o di quanto implicitamente convengono (ad esempio, in ossequio alla destinazione del bene palesata dall'una o dall'altra parte nel corso delle trattative)<sup>28</sup>.

Tuttavia, il fatto che la causa abbia una certa ampiezza non significa che l'impossibilità di utilizzare il bene per un determinato uso comporti l'impossibilità sopravvenuta della prestazione: tutt'altro. Tra (disfunzioni della) causa e (impossibilità sopravvenuta della) prestazione non v'è alcun rapporto di reciproca e necessaria implicazione: del resto, è evidente il divario – lo scarto – che corre tra la causa (intesa come programma negoziale, che restituisce il senso complessivo dell'accordo) e regolamento contrattuale (quale insieme dei singoli effetti del contratto, che derivano, tramite interpretazione e integrazione, dall'atto di autonomia e, quindi, in particolare da uno "svolgimento" della sua causa)<sup>29</sup>.

mia l'opinione in parola non ha trovato d'accordo, tra gli altri, E. NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *NGCC*, 2020, 88, secondo la quale «viene ... in considerazione la presupposizione, là dove le prestazioni si dimostrino non utilizzabili dal creditore coerentemente con il presupposto di fatto che dà il senso oggettivo al contratto concluso» (presupposizione cui andrebbero applicati analogicamente i rimedi per l'impossibilità sopravvenuta); R. FORNASARI, *Sopravvenienze e contratto dopo il Covid-19: problemi di contenuto e di metodo*, in *Contr. impr.*, 2020, 1676, il quale pure applica la presupposizione, peraltro con esclusivo riferimento ai periodi di chiusura obbligatoria degli esercizi (rinviando, per gli altri casi, a un dovere di rinegoziazione derivante dal mutamento del contesto); P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19*, in *NGCC*, 2020, 77 s., che ha ritenuto che la casistica in esame, e in particolare quella collegata all'obbligo di chiusura di certe attività commerciali (a loro volta, esercitate in locali presi in locazione), sia da ascrivere alla presupposizione, cui dovrebbe applicarsi, secondo l'autore, l'art. 1464 c.c. o, in alternativa, il recesso a favore della parte per cui il vincolo è divenuto inutile; per i casi «in cui tale impossibilità [di godere dell'immobile] non sussista», sarebbe «dubbio se il locatario abbia diritto a una riduzione ovvero a una rinegoziazione del canone pattuito a causa della sua eccessiva onerosità sopravvenuta».

<sup>27</sup> Il riferimento va a BGH, 12.1.2022, XII ZR 8/21, BGHZ 232, 178.

<sup>28</sup> Cfr. U. SALANITRO, *La gestione*, cit., 4; G. ALPA, *Note*, cit., 62; A.A. DOLMETTA, *Locazione*, cit., 6; in giurisprudenza v., con particolare chiarezza, Trib. Venezia, 13.7.2021, cit. In senso contrario A. GENTILI, *Una proposta*, cit., 6.

<sup>29</sup> Anzi, l'istituto della causa, pur nelle sue assai varie funzioni, è volto tra le altre cose a riconoscere rilevanza a tutto quel che incide direttamente sullo scopo, senza mediatamente toccare le singole regole (o le singole posizioni giuridiche) che derivano dall'accordo. Lo dimostra anche una riflessione comparatistica: in Francia la teoria della *cause* come but (scopo, pur riferito all'obbligazione, anziché al contratto), divenuta nel Novecento dominante, ha trovato un sostegno proprio nella necessità di riconoscere che nei contratti aleatori la causa non poteva essere rinvenuta nell'obbligazione di controparte (ossia a un dato strutturale), ma doveva piuttosto condurre ad attribuire rilevanza giuridica alla *chance* (e, cioè, a un concetto dotato di un senso unicamente in una prospettiva funzionale e, invece, inidoneo a tradursi immediatamente in situazioni giuridiche; v. H. CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*, 3<sup>a</sup> ed., Paris, 1927, 51 s.): come si vede, la causa – tanto in Italia quanto in Francia – serve a sovrintendere a quegli aspetti della funzione che eccedono il piano immediato del regolamento (della struttura) e che, dunque, la disciplina di quest'ultimo (degli effetti del contratto) non riuscirebbe a gestire.

La prestazione riguarda la condotta del debitore, cui impone di mantenere la cosa in un certo stato; se poi, nonostante lo stato sia di per sé idoneo a un certo uso, l'uso stesso è per altre ragioni interdetto, la prestazione non diviene impossibile: semmai, essa diventa inutile, con una conseguente patologia attinente al piano funzionale (della causa), più che a quello strutturale (dell'obbligazione)<sup>30</sup>. E infatti, con riguardo ai casi di cui si va parlando, vi è un modo, assai più semplice e diretto, per rendere rilevanti le sopravvenienze: esso passa per la constatazione che in tutte queste ipotesi è lo scopo complessivo della locazione a risentirne, giacché esso per quel periodo non potrà essere realizzato (o non potrà essere *in toto* realizzato). Ma di questo parleremo più approfonditamente a breve.

B) Passiamo a considerare altri eventi che hanno colpito le locazioni in era Covid, in particolare soffermandoci sui casi prima indicati al punto b.2), ossia sulle locazioni di immobili ad uso commerciale ove si esercitava un'attività non proibita, ma conformati dai vari divieti collegati all'emergenza sanitaria e per tale ragione divenuta meno redditizia.

In casi del genere certo non si può parlare di impossibilità della prestazione *ex art. 1575, n. 2, c.c.* (essendo senz'altro permesso l'uso dell'immobile convenuto). Tuttavia, parte della dottrina ha voluto applicare comunque l'istituto dell'impossibilità sopravvenuta, facendo leva sulla tesi secondo cui, allorché non può essere realizzato (in tutto o in parte) l'interesse del creditore, viene necessariamente meno l'obbligazione, inscindibilmente legata per l'appunto all'interesse creditorio (*ex art. 1174 c.c.*)<sup>31</sup>.

In effetti, a questa tesi ha fatto ricorso anche la Cassazione, in una serie di decisioni – in tema di prenotazioni alberghiere o di pacchetti turistici<sup>32</sup> –

<sup>30</sup> Del resto, a venire proibita è l'attività, non l'uso in sé e per sé (mentre l'art. 1575, n. 2, c.c. si riferisce al bene e non già all'attività: v., per tutti, A. FEDERICO, *Misure*, cit., 247).

<sup>31</sup> È la tesi, assai nota, di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 543 ss. Con riferimento all'emergenza pandemica v. ad esempio G. D'AMICO, *Emergenza*, cit., 1957, si tratterebbe di un'applicazione diretta dell'art. 1464 c.c., per impossibilità «di godere dei beni locati»; e v. pure G. CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali*, cit., 705 (e pure ID., *Rimedi*, cit., 717, e in ID., *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 430), nonché A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 240. In giurisprudenza v. tra le altre Trib. Venezia, 13.7.2021, in *onelegale*; Trib. Trieste, 4.6.2022, in *dejure*.

<sup>32</sup> Oggi, in attuazione dell'art. 12, co. 2, dir. UE 2015/2302, nell'ambito della disciplina dei pacchetti di turismo, si è prevista un'apposita ipotesi di irrealizzabilità della causa turistica, adottando un altrettanto specifico rimedio: l'art. 41, co. 4, cod. tur., stabilisce infatti che, «in caso di circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione, il viaggiatore ha diritto di recedere dal contratto, prima dell'inizio del pacchetto, senza corrispondere spese di recesso, ed al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, ma non ha diritto a un'indennizzo supplementare». Si tratta di una regola di derivazione eurounitaria che, come tale, presenta dei tratti di specificità che la rendono inidonea a fare da perno al sistema delle sopravvenienze; nondimeno, il recesso che essa evoca si avvicina di più ai rimedi in caso di sopravvenienze funzionali, che a quelli per l'impossibilità sopravvenuta non imputabile. Sulla disposizione v. S. PAGLIANTINI, *Tra diritto delle corti e teoria dei controlimiti: il re-*

per vero non limpidissime: sin dalla capostipite, una nota pronuncia relativa a un soggiorno programmato nell'isola di Cuba, poi non usufruito a causa dei timori derivanti dall'aggravamento di un'epidemia di dengue emorragica, la Suprema Corte ha ritenuto che il contratto non potesse realizzare la sua finalità turistica e che ne fosse intaccata la causa<sup>33</sup>. La Cassazione però, ha al contempo ritenuto che l'obbligazione caratteristica fosse venuta meno per impossibilità, stante l'irrealizzabilità dell'interesse creditorio, così dando vita a una decisione non perspicua, in cui si sono fuse due *rationes* alquanto diverse: da un lato, il semplice venir meno della causa; dall'altro lato, l'estinzione dell'obbligazione, con conseguente (a rigore) impossibilità sopravvenuta del contratto<sup>34</sup>.

Ora, a ben vedere non va disconosciuto che l'impossibilità della prestazione possa derivare anche dalla situazione in cui versa il creditore, come avviene nei casi in cui la prestazione è per l'appunto impossibile perché irricevibile (l'esempio classico è quello dell'autovettura che, prima dell'arrivo del meccanico, riparte<sup>35</sup>; ma si pensi anche al caso del soggetto che muore prima di un viaggio aereo<sup>36</sup>)<sup>37</sup>. Tuttavia, nei casi in cui la prestazione è sem-

---

*cesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE, in Eur. dir. priv., 2018, 41 ss.; nei suoi rapporti con la pandemia v. ID., Gli effetti a raggiera del Covid-19 sui contratti di pacchetti turistici tre anni dopo: una palestra per l'interprete, in La fattispecie «liquida»: quattro casi sintomatici, a cura di C. Angiolini e D. Santaripa, Napoli, 2023, 35 ss.*

<sup>33</sup> Si tratta di Cass., 24.7.2007, n. 16135, in *NGCC*, 2008, 542, poi seguita da numerosi precedenti (che hanno fatto governo del principio già espresso dal primo arresto, meglio tratteggiando i confini giurisprudenziali dell'area dell'inutilità sopravvenuta per irrealizzabilità dell'interesse turistico; tra queste pronunce, v., immediatamente dopo il *leading case*, Cass., 20.12.2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, 786).

<sup>34</sup> Nella decisione 16135/2007, e pure in quelle successive, si trovano mischiate le due *rationes*, come nel seguente passaggio: «il venir meno dell'interesse creditorio determina invero l'estinzione del rapporto obbligatorio, in ragione del sopravvenuto difetto dell'elemento funzionale (art. 1174 c.c.). E ove come nella specie il rapporto obbligatorio trovi fonte in un contratto, il venir meno dell'interesse creditorio comporta la irrealizzabilità della causa concreta del medesimo, assumendo conseguentemente rilievo quale autonoma causa di relativa estinzione». Nella letteratura ha ritenuto che «la dottrina tradizionale dell'impossibilità [fosse] dunque sufficiente a motivare il dispositivo» E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, 166.

<sup>35</sup> In dottrina è comune l'esempio della nave, per disincagliare la quale sono stati arruolati dei marinai, che si disincaglia da sé: v. F. DELFINI, sub *artt. 1463-1464*, cit., 47.

<sup>36</sup> Lo prevede espressamente, in tema di trasporto aereo, l'art. 945 cod. nav., secondo cui «se la partenza del passeggero è impedita per causa a lui non imputabile, il contratto è risolto e il vettore restituisce il prezzo di passaggio già pagato». Questa disposizione (per vero spesso derogata pattiziamente, ma non di rado in modo nullo o comunque inefficace, in virtù della disciplina in tema di condizioni generali vessatorie e di clausole abusive: cfr. di recente Cass., 27.11.2023, n. 32925, in *dejure*) prosegue con un 2° co. (a mente del quale «se l'impedimento riguarda uno dei congiunti o degli addetti alla famiglia, che dovevano viaggiare insieme, ciascuno dei passeggeri può chiedere la risoluzione del contratto alle stesse condizioni»), che, nel dettare una regola di imputazione del rischio, sembra effettivamente riferirsi a un caso di inutilità sopravvenuta (più che di irricevibilità). E, in effetti, il legislatore non richiama la risoluzione immediata (come dovrebbe essere ex art. 1463 c.c.), ma piuttosto il diritto di chiedere la risoluzione (diritto che ben più si avvicina a quella risoluzione non automatica evocata dalla dottrina, seppur con diverse varianti, in caso di soprav-

plicemente inutile, o meno utile, non si produce una vera e propria irricevibilità<sup>38</sup>: diversamente, si finirebbe anche qui per spostare indebitamente il discorso dal piano della causa a quello dell'obbligazione, senza rendersi conto però che l'interesse di cui all'art. 1174 c.c. va valutato proprio sul piano della causa (è a quel livello che, ad esempio, si distingue tra motivo e interesse<sup>39</sup>) e che, con riferimento all'obbligazione, è sufficiente che esso sia dichiarato perché sussista (mentre è sul piano del contratto che un'eventuale inesistenza del motivo, *sub specie* di irrealizzabilità, viene in luce)<sup>40</sup>.

Spostare l'attenzione al piano dell'obbligazione darebbe, in sintesi, vita a una certa confusione tra categorie diverse, volte a sovrintendere a profili eterogenei<sup>41</sup>. Del resto anche i dati positivi, per quanto scarni, sono in tal senso: e ostano a una tesi che desuma il rilievo dell'interesse creditorio dalla sua penetrazione nella causa, salvo poi trascurare la causa stessa e gestire la patologia dell'interesse, anziché come patologia della funzione, nella prospettiva dell'obbligazione<sup>42</sup>.

venienze funzionali: v. § 6). Lo stesso peraltro avviene se si confrontano, nell'ambito del trasporto per nave, i primi due commi dell'art. 400 cod. nav. (la differenza, lì, sta nel fatto che in caso di risoluzione il passeggero deve comunque pagare un quarto del prezzo netto: e la ragione sostanziale non è tanto da rinvenire nel fatto che la sopravvenienza è di per sé imputabile al creditore, che resterebbe in parte vincolato alla prestazione – come avviene ai sensi del § 324 BGB –, ma piuttosto in una parziale attuazione del vincolo, che si presume in modo assoluto già avvenuta in una data quantità, con la conseguenza che il legislatore, pur prevedendo l'integrale venir meno del rapporto, fa salvo un diritto pecuniario del prestatore; più in generale, sul tema inerente al «diritto del debitore ad una qualche compensazione» nel caso di «impossibilità sopravvenuta della prestazione a causa di un evento fortuito che incida sulla sfera giuridica del creditore», v. di recente G. VILLANACCI, *L'interpretazione adeguatrice*, cit., 167 ss.).

<sup>37</sup> Si suole distinguere tra *Zweckerreichung* e *Zweckverfehlung* (cfr. per tutti, nella dogmatica tedesca, V. BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*, Tübingen, 1969).

<sup>38</sup> Così senz'altro nelle ipotesi di soggiorni alberghieri, in cui vengono messi a disposizione determinati servizi (mentre nel caso del trasporto per nave e aereo si ha una vera e propria irricevibilità, giacché il vettore per svolgere la sua prestazione ha bisogno della collaborazione del trasportato).

<sup>39</sup> E non è un caso che l'art. 1256, co. 2, c.c., nello stabilire che l'impossibilità temporanea ridonda in impossibilità definitiva se perdura «fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla», richiami non già l'interesse di cui all'art. 1174 c.c., ma il titolo e la natura dell'obbligazione.

<sup>40</sup> V. per tutti la serrata critica all'idea per cui l'art. 1174 c.c., nella parte in cui fa riferimento all'interesse creditorio, ne richiede anche l'esistenza reale e il permanere, di G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 226 s. Con riguardo alle sopravvenienze pandemiche v. A. ZACCARIA, *L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19*, in *Studium iuris*, 2020, 1154, il quale ha escluso che l'inutilizzabilità della prestazione possa confondersi con l'impossibilità sopravvenuta.

<sup>41</sup> In tal senso si può rileggere anche l'avvertimento di D. SANTARPIA, *Modelli e tecniche di "amministrazione" del rapporto contrattuale*, in *NGCC*, 2020, 96, che suggerisce di «ammettere il concetto di sopravvenienza» proprio al fine di «non allargare inopinatamente il concetto di impossibilità».

<sup>42</sup> Né vale sostenere che, mettendo al centro l'obbligazione, si disporrebbe di un riferimento normativo saldo per la gestione delle sopravvenienze, ossia l'art. 1463 c.c. Non è detto, infatti, che poter contare su un appiglio positivo come quello menzionato sia per forza di cose

L'art. 1345 c.c., nel sanzionare il contratto fondato su un motivo illecito, dà la priorità al piano della causa: esso richiede di interrogarsi non direttamente sull'obbligazione (sulla sua illiceità), ma piuttosto sullo scopo del contratto (individuato alla luce dei motivi comuni unici determinanti). Parimenti, chi volesse ritenere che l'irrealizzabilità genetica del motivo comune unico determinante dia luogo alla nullità del contratto, non avrebbe certo necessità di passare per l'obbligazione (per una sua pretesa nullità, derivante dall'assenza dell'interesse *ex art. 1174 c.c.*): potrebbe – e dovrebbe – semplicemente concludere, sulla scorta di una nota opinione dottrinale di cui a breve diremo<sup>43</sup>, che la causa, arricchita del riferimento ai motivi comuni unici determinanti, sia irrealizzabile (con conseguente nullità *ex artt. 1325, n. 2, e 1418, co. 2, c.c.*).

Se, invece, si supponesse che l'art. 1174 c.c. sovrintenda già a queste ipotesi, si finirebbe per svuotare l'art. 1345 c.c. e si cadrebbe in un'inversione logica (dandosi la priorità all'obbligazione, che desume però l'individuazione dell'interesse rilevante proprio dalla causa). Viceversa, all'art. 1174 c.c. deve attribuirsi il semplice significato di norma ricostruttiva indirizzata all'interprete: questi, nel cercare la migliore disciplina per l'obbligazione, è semplicemente chiamato a indicare l'interesse cui la prestazione corrisponde (fermo restando che la sua eventuale irrealizzabilità, genetica o sopraggiunta, rileverà sul piano della causa, ove pure si gioca l'individuazione di un simile interesse).

Come si vede, anche il ricorso all'impossibilità sopravvenuta per la via dell'art. 1174 c.c. non soddisfa: e, ancora una volta, soccombe di fronte al rilievo preponderante che ha l'istituto della causa, cui ora possiamo finalmente passare.

## 5. Emergenza sanitaria e sopravvenienze qualitative: le sopravvenienze funzionali (integrali e parziali).

un vantaggio: infatti, come diremo meglio nel § 6, è preferibile una tesi che, al contempo, ritenga mancante nel codice una disciplina relativa all'irrealizzabilità dello scopo (salve le ipotesi di causa tipica irrealizzabile e quelle di motivo comune unico determinante) e apra la via a rimedi assai più flessibili (proprio perché tale flessibilità, lungi dal costituire un *vulnus* alla certezza, risponde a istanze di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza di non poco conto). Peraltro, anche a voler accedere a tesi (diverse da quelle cui aderiremo nel § 6 e) più tradizionali, per cui l'irrealizzabilità dello scopo farebbe integralmente cadere la causa, va rilevato che, mentre la prospettiva dell'obbligazione non potrebbe contare su alcun appiglio positivo per la gestione delle disfunzioni genetiche, stando alla prospettiva della causa tale appiglio andrebbe rintracciato nel combinato operare degli artt. 1325, n. 2, e 1418, co. 2, c.c. (e nella conseguente nullità del contratto: peraltro, si tratterebbe di quella stessa nullità cui si addiverrebbe concentrando l'attenzione sull'obbligazione, senza però poter contare, in tal caso, su una disposizione espressa, se non quella – poco calzante – in tema di possibilità dell'oggetto).

<sup>43</sup> V. sul punto già il § 5, nella parte iniziale.

Escluso che i casi in esame ricadano nell'impossibilità sopravvenuta non imputabile<sup>44</sup>, resta da verificare se davvero – ed entro che limiti – possano essere ospitati nella categoria, incerta in quanto di derivazione dottrinale e non positiva, della perturbazione della causa. Il che sottende un duplice interrogativo: il primo, relativo alla regola di rilevanza delle sopravvenienze che rientrano in questa categoria (quesito su cui ci soffermeremo subito); il secondo, inerente invece al rimedio accordato dall'ordinamento (ciò di cui ci occuperemo oltre).

Da tempo la dottrina italiana, prendendo spunto dal dibattito tedesco in tema di *Voraussetzung* e *Störung der Geschäftsgrundlage* apertosi già tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento<sup>45</sup>, ha ritenuto possibile rispondere ai problemi e alle esigenze di tutela sottesi a questi due istituti mediante la categoria della causa (o almeno in parte mediante tale categoria<sup>46</sup>).

<sup>44</sup> Giunge a tale conclusione, di recente, G. VILLANACCI, *L'interpretazione adeguatrice*, cit., 164 ss. (anche se con riferimento precipuo ai contratti a lungo termine e in specie a quelli relazionali). L'autore, dopo aver rilevato che impossibilità e inutilizzabilità sono categorie assai diverse, ha osservato che l'applicazione degli artt. 1463-1464 c.c. al secondo caso appare eccessivamente rigida e contraria alla preferenza ordinamentale per la manutenzione del contratto, risultando invece preferibile ricorrere alla figura dell'obbligo di rinegoziazione ogniqualvolta si faccia riferimento a un *long-term contract* (sui contratti relazionali v. qui, per tutti, R. MACNEIL, *The new Social Contract*, New Haven, 1980; A. SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in *Journ. L. Studies*, 1992, p. 271 ss.).

<sup>45</sup> Il riferimento, assai noto, va al dibattito tra B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, e O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches)*, in *AcP*, 1889, spec. 221 ss., cui replicava B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *AcP*, 1892, 169, e cui rispondeva nuovamente O. LENEL, *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in *AcP*, 1892, spec. 51 ss.; v. poi la soluzione di P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, 26 ss. V. per tutti, nella letteratura di lingua italiana, R. CALVO, *La 'codificazione' della dottrina del fondamento negoziale (contributo allo studio del nuovo § 313 BGB)*, in *Contr. impr. - Europa*, 2004, 770 ss.

<sup>46</sup> È opportuno dedicare un cenno specifico alla tesi di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3ª ed., Milano, 2019, 421 ss., il quale ha distinto le sopravvenienze (e le perturbazioni genetiche) gestibili mediante la causa concreta da quelle, invece, a detta dello studioso davvero riconducibili alla presupposizione, facenti perno sulla caduta del presupposto. In effetti, possiamo sin d'ora rilevare che tra le sopravvenienze qualitative dovrebbe riservarsi uno spazio alla caduta del presupposto (di cui, in realtà, non ci occuperemo, anche stante il suo rilievo nettamente minore, tanto dal punto di vista teorico, quanto pratico). Scrutinando gli esempi dell'autore, e i casi giurisprudenziali, ci avvediamo che, accanto le ipotesi riconducibili a istituti diversi (v. nt. 50), vi è un gruppo di casi omogeneo, in cui a venire pregiudicato non è lo scopo: piuttosto, a venire toccato è – per l'appunto – un presupposto che (giuridicamente o, più comunemente, economicamente) consente, dal lato di chi conclude il contratto per procurarsi un bene o un servizio, l'assunzione del vincolo (sicché a venire perturbata non è una causa finale, né una ragione giustificatrice – come può essere il motivo impulsivo nei contratti gratuiti –). Così, è presupposto (o comunque, ove ne integrasse le condizioni di rilevanza, sarebbe presupposto) l'aver ottenuto (o la certezza di ottenere) un finanziamento pubblico rispetto al contratto concluso grazie a questi fondi (è proprio l'esempio di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 422); l'aver ottenuto (o la certezza di ottenere) un titolo urbanistico per il rinnovo di un distributore di benzina rispetto al contratto di approvvigionamento (cfr. Cass., 24.3.1998, n. 3083, in *dejure*, con soluzione in concreto negativa); ancora, l'aver ottenuto (o la certezza di ottenere) un titolo urbanistico, qui per l'ampliamento di uno stabilimento, rispetto al contratto di acquisto di un forno (cfr.

In particolare, sul finire degli anni Sessanta e Settanta diversi autori hanno notato come la causa (intesa in senso moderno e “concreto”) si candidasse a strumento per tenere in considerazione l’intero senso economico dell’affare<sup>47</sup>: e che, dunque, una sua eventuale perturbazione necessariamente dovesse venire gestita su un piano funzionale. Ciò richiedeva, per l’appunto, l’utilizzo di un concetto concreto di causa, che arricchisse i profili della causa tipica (della causa del tipo prescelto) di altri aspetti concreti. Indici di questa rilevanza venivano rinvenuti negli artt. 624, 626, 787, 788 e 1345 c.c., i quali dettano (seppur in ambiti diversi e con finalità differenti) tra l’altro le condizioni al ricorrere delle quali un motivo può dirsi unico e determinante e, al contempo, giuridicamente rilevante.

Per l’effetto si è spesso finito per ritenere che casi (analoghi ai notissimi *coronation cases* inglesi<sup>48</sup>) come quello della locazione di un balcone per ammirare la regata storica, poi però rinviata, portassero a un venir meno della causa. Se la perturbazione fosse stata genetica, ciò avrebbe condotto alla nullità dell’accordo per mancanza di causa (di una causa arricchita per mezzo del riferimento ai motivi rilevanti e per ciò stesso divenuti interessi); se sopravvenuta, invece, a rimedi di stampo diverso (presumibilmente, a un’applicazione analogica dell’art. 1463 c.c.).

Queste tesi – pur non incontestate<sup>49</sup> e, soprattutto, pur non integralmente seguite da una giurisprudenza per vero oscillante<sup>50</sup> – offrono numerosi spun-

---

Cass., 9.11.1994, n. 9304, in *dejure*, anch’essa di segno negativo); l’aver ottenuto (o la certezza di ottenere) la concessione di una licenza commerciale, rispetto a un contratto di locazione (Cass. civ., 22.9.1981, n. 5168). Ben più difficile è comprendere quando un simile presupposto diventi giuridicamente rilevante. Così è, presumibilmente, allorché la controparte lo abbia fatto proprio: il che di norma non avverrà in forza di un particolare prezzo pagato dalla parte interessata (ben difficile da immaginare), né di una sua semplice dichiarazione (precontrattuale), ma piuttosto in virtù di altri elementi pragmatici, che inducono a far assurgere – in via ricostruttiva – un elemento a presupposto, come, ad esempio, il fatto che esso sia dato per scontato dalle parti, sia comunque espresso dalle stesse, e abbia una portata tale da rendere assurdo e abnorme il mantenimento del vincolo (fermo restando che nulla consentirà, in casi del genere, di rintracciare nel regolamento contrattuale una “condizione tacita”).

<sup>47</sup> Le ricostruzioni più note sono quelle della scuola genovese: v. ad esempio M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 215, 228, 244, 247, 259, 261 ss., 280; E. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I, 2379 ss.; ID., *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di «presupposizione»*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 218; G. ALPA, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 1507 ss. Alcuni degli scritti più rilevanti sono raccolti nel volume G. ALPA, M. BESSONE ed E. ROPPO *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982.

<sup>48</sup> Cfr. *Krell v. Henry* (1903) 2 K.B. 740; *Griffith v. Brymer* (1903) 19 T.L.R. 434; *Clark v. Lindsay* (1902) 88 L.T. 198. Successivamente la *frustration* è stata regolata legislativamente dal *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, di scarsa applicazione pratica.

<sup>49</sup> In effetti, il panorama dottrinale si presenta, nel dettaglio, abbastanza frammentato; cionondimeno, si deve ammettere una certa tendenza, nella seconda metà del Novecento, a leggere la presupposizione in chiave oggettiva e, dunque, causale (cfr., ad esempio, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 231 ss., nonché C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 221 ss.). Non mancano, però, tesi diverse, di stampo – almeno apparentemente – più volontaristico (V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 503 ss.) o volte a svalutare il rilievo sistematico della presupposizione (A. BELFIORE, *La*

ti: di certo esse, per il pregio di saper coniugare felicemente e sapientemente il dato positivo e le esigenze funzionali nella prospettiva, poi di estremo successo giurisprudenziale<sup>51</sup>, della causa<sup>52</sup>, forniscono un ottimo punto di avvio per le nostre riflessioni.

*presupposizione*, in *Tratt. Bessone*, XIII-IV, Torino, 2003, 36 s.). Alla diversa chiave di lettura si associa ovviamente anche l'invocazione di differenti tecniche rimediali: a parte i casi di perturbazioni genetiche (per cui, accanto alla nullità, si è suggerito di applicare l'annullabilità), in quelli di sopravvenienze si è fatto riferimento ora alla risoluzione – *ipso iure* o su domanda di domanda di parte –, ora al recesso, ora, ma meno spesso, all'obbligo di rinegoziazione; né va sottaciuto che vi è pure chi tuttora esclude qualsivoglia rimedio). Una revisione completa delle svariate tesi è stata compiuta, negli ultimi tempi, da F. DEGL'INNOCENTI, *Teoria della presupposizione e rimedi contrattuali alla luce di nuovi orientamenti ermeneutici*, in *Giust. civ.*, 2009, 79 ss., e da F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., 783 ss.

<sup>50</sup> In effetti, la giurisprudenza, allorché si riferisce alla presupposizione, ancora oggi richiama massime tratlative (come quella per «una determinata situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) [può] ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso – pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali – come presupposto condizionante il negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), richiedendosi pertanto a tal fine: 1) che la presupposizione sia comune a tutti i contraenti; 2) che l'evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (e in ciò la presupposizione differisce dalla condizione); 3) che si tratti di un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione»: così, da ultimo, Cass., 11.10.2021, n. 27528, in *dejure*); tuttavia, può dubitarsi – anche osservando l'estrema eterogeneità dei casi ascritti alla presupposizione (A. BELFIORE, *La presupposizione*, cit., 119) – che i nostri giudici vi facciano davvero una piana applicazione e non intendano, piuttosto, utilizzare la presupposizione quale “formula magica” tramite la quale sovrintendere a una pluralità di ipotesi problematiche (talvolta ricondotte solo a forza alle massime tratlative). Tra queste ipotesi, la più importante è quella che in realtà sottende una irrealizzabilità della causa: e proprio il riferimento alla causa, in effetti, nei più recenti precedenti si è fatto espresso (lo attesta l'orientamento giurisprudenziale in tema di [caduta della] causa turistica, cui già si è fatto cenno), fermo restando che anche negli arresti più risalenti esso, quando non compariva, vi risultava comunque implicito (v. Cass., 8.8.1995, n. 8689, in *Giust. civ. Mass.*, 1995; Cass., 11.8.1990, n. 8200, in *Giust. civ. Mass.*, 1990). In altri casi, invece, la giurisprudenza sembra far richiamo a quello che una parte della dottrina ha definito presupposto: e tale richiamo avviene a volte esplicitamente (Cass., 25.5.2007, n. 12235, in *NGCC*, 2007, I, 1177 ss.), a volte implicitamente (v. sopra, nt. 46). Infine, in casi ancora diversi la presupposizione è stata invocata in modo vieppiù inconferente o semplicemente per evocare istituti assai lontani: in Cass., 5.1.1995, n. 191, in *Giust. civ. mass.*, 1995, si trattava di perimetrare un accertamento convenzionale; in Cass., 15.5.1987, n. 4487, in *Foro pad.*, 1988, I, 399, di delimitare gli impegni presi da un datore di lavoro verso alcune sigle sindacali. Quanto all'apparato rimediale, si evoca spesso – per le ipotesi di sopravvenienze – la risoluzione ex art. 1463 c.c. applicata analogicamente (ad esempio Cass., 24.3.2006, n. 6631); talvolta l'art. 1467 c.c., sempre da applicarsi in via analogica (Cass., 17.5.2005, n. 10340, *Obbl. contr.*, 2005, 265; Cass., 28.8.1993, n. 9125, in *Foro it.*, 1995, I, 1601); in altri casi in ancora il recesso della parte svantaggiata (Cass., 25.5.2007, n. 12235, cit.); quanto alle patologie genetiche, il riferimento va di regola alla nullità (definita talvolta come nullità per irrealizzabilità della causa: v. Cass., 8.8.1995, n. 8689, cit., e Cass., 11.8.1990, n. 8200, cit.).

<sup>51</sup> Il termine ovviamente evoca il titolo di 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.

Se, infatti, è vero che al fondo delle opinioni assai brevemente riassunte altro non vi è se non l'intento di rendere rilevanti le perturbazioni qualitative sopravvenute (o, per meglio dire, alcune tra esse) nei termini di sopravvenienze funzionali, è anche vero che oggi, su questa base, possiamo compiere alcuni passi in avanti, in almeno due direzioni: da un lato, verificando quale sia l'area cui tendenzialmente corrispondano tali perturbazioni; da un altro lato, valutando quando, più specificamente, esse si presentino.

A) Il primo interrogativo ci richiede di delineare il perimetro per così dire esterno della categoria in parola: ossia, delle sopravvenienze funzionali.

Ora, se con causa, come sembra, possiamo intendere l'intera operazione economico-giuridica, vista come "valore", ossia come unità dotata di un suo "senso" o, ancora, come complessivo "assetto di interessi" (*Interessenlage*) che l'interprete è tenuto a ricostruire<sup>53</sup>, è palese che questo concetto – assai utile quando si tratta di qualificare (e, più ampiamente, ricostruire) l'accordo, così come di interpretarlo, nonché di integrarlo in positivo (*ex fide bona*) e per così dire in negativo (depurandolo dalle clausole immeritevoli)<sup>54</sup> – è poco acconcio a gestire le patologie provocate dalle sopravvenienze qualitative che non incidono sulla prestazione, ma solo sulla funzione.

A tal riguardo dobbiamo, piuttosto, servirci di un'altra accezione di causa: un'accezione che è, in fin dei conti, proprio quella sottesa all'art. 1325, n. 2, c.c. Per chiarezza linguistica, anziché però parlare ancora di "causa" (in una seconda accezione), potremo dare a questo concetto, di cui ora ci interesseremo, il nome di "scopo", indicando subito che tra lo scopo (inteso nel modo che diremo) e la causa (identificata nel senso complessivo dell'accordo, ossia nell'intero assetto di interessi) non vi è una relazione di totale corrispondenza.

Nel senso convenzionale che adatteremo, lo scopo è un profilo riassuntivo della causa: è, cioè, un modo di vederla e di sintetizzarla, per renderla utile ai fini della gestione delle sopravvenienze (qualitative che incidono sulla funzione, e cioè) funzionali.

<sup>52</sup> Sul legame tra presupposizione e causa, nel senso che la seconda ingloba diversi casi talvolta fatti afferire alla prima (salvo quelli di rilevanza del vero e proprio presupposto), v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 423.

<sup>53</sup> Per brevità, ci si limita a richiamare A.M. GAROFALO, *Fisiologia e patologia della causa contrattuale. Profili generali e applicazioni specifiche*, in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, Camerino, 5-8.9.2018, a cura di G. Perlingieri e L. Ruggeri, Napoli, 2019, 681 ss.

<sup>54</sup> Anche qui si consenta il rinvio a A.M. GAROFALO, *L'interpretazione e la ricostruzione del contratto nel prisma della pragmatica linguistica*, in *Studi in ricordo di Carlo Augusto Cannata*, a cura di L. Garofalo e L. Vacca, Napoli, 2021, 325 ss. L'idea alla base di questa ricostruzione (che qui, per ragioni di spazio, non si può che richiamare assertivamente) è che l'integrazione *ex fide bona*, come la *ergänzende Auslegung* tedesca, poggi su uno svolgimento dell'assetto di interessi, ossia su un *Zuendedenken* dell'*Interessenlage* (che è metro pure, ad esempio, per il giudizio sulla nullità parziale e per quello sulla conversione, oltre che – ancor prima – per l'applicazione dei canoni di interpretazione oggettiva dell'accordo), e che l'immeritevolezza – intesa quale discrepanza tra gli interessi da perseguire e il regolamento o una parte del regolamento contrattuale – altro non sia che un'integrazione in negativo dell'accordo (e, in questo senso, una sua correzione, talvolta interamente demolitoria).

L'art. 1325, n. 2, c.c. offre, come rilevato, un argomento in tal senso: ove esso impone di verificare la presenza della causa (di una causa realizzabile<sup>55</sup>), esso richiede di svolgere un'indagine che non attiene all'adeguatezza causale delle singole clausole o, comunque, all'intero assetto di interessi, ma piuttosto alla sussistenza di una causa dell'intera pattuizione: e, dunque, implica di coagulare la causa, intesa quale complessivo assetto di interessi, attorno a un concetto sintetico, come quello di scopo.

Il che, se ci fornisce un aiuto, non ci permette di risolvere ogni perplessità. Sorge infatti subito un altro interrogativo, relativo all'ampiezza dello scopo: si tratta del solo scopo "tipico" (così chiameremo, convenzionalmente, lo scopo desumibile dalla causa tipica) oppure di uno scopo colorato in concreto? E, se la seconda via è preferibile, sino a dove giunge la colorazione concreta?

Ritenere che lo scopo sia solo quello tipico<sup>56</sup> porterebbe le riflessioni dottrinali indietro di diversi decenni: la scienza giuridica ha avuto modo, dal secondo dopoguerra, di apprezzare l'utilità della prospettiva funzionale concreta<sup>57</sup>. Per di più, possiamo contare su indici positivi che ci dicono che i motivi – a patto di rilevare giuridicamente – toccano il piano dello scopo: l'art. 1345 c.c., nel riferirsi al motivo unico comune determinante che, se illecito, rende nullo il contratto, evidentemente mira a indicare un criterio per

<sup>55</sup> Si badi, peraltro, che la causa, come "senso" dell'accordo (utile in prospettiva ricostruttiva e interpretativa) non può di per sé mai mancare: se facesse difetto, mancherebbe un contratto (ossia, il fenomeno della vita da qualificare ipoteticamente come contratto non si collocherebbe nemmeno dentro la definizione dell'art. 1321 c.c., non mirando a realizzare un assetto di interessi e dunque un'operazione economico-giuridica). Viceversa, la patologia dell'art. 1325, n. 2, c.c. si riferisce a una causa che in prima battuta è esistente (evidentemente: nell'intento delle parti) e, però, è poi (nella realtà delle cose) mancante: sicché si collega, più che a una totale assenza della causa (programmata dalle parti), a una sua non realizzabilità. Del resto, tutto il piano degli elementi essenziali del contratto è disassato rispetto a quello qualificatorio dell'art. 1321 c.c.: ogni contratto, per il fatto stesso di esistere come contratto, presenta un accordo e un oggetto e una forma; ma un contratto è nullo se si scopre che l'accordo è solo un simulacro, che l'oggetto è in realtà non determinato (o addirittura impossibile) e che la forma usata non è corrispondente a quella eventualmente prescritta dall'ordinamento.

<sup>56</sup> Ossia, quello del tipo. In mancanza di un tipo legale, sarà lo scopo del tipo sociale, da individuare – in via interpretativa – collocando proprio il tipo sociale all'interno della trama dei contratti tipici ordinamentale. E in mancanza di un tipo anche sociale (si tratta di casi per vero rari), ossia di un contratto con un suo *nomen*, si potrà pur sempre fare riferimento a una causa generica (di scambio, di liberalità, di garanzia) e disegnare, per vicinanza e distanza dai contratti tipici (ossia, secondo proporzionalità e ragionevolezza), una causa di livello analogo a quello occupato dalla causa tipica.

<sup>57</sup> A partire da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966 355 ss., e dalla sua nota critica alle tesi di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, Napoli, 2002, 169 ss. In realtà, come diversi studi moderni (e più distaccati) hanno messo in luce, le ricostruzioni di Betti in punto di causa non erano affatto avulse dalla prospettiva concreta (basti pensare alle considerazioni bettiane sul rilievo dell'assetto di interessi rispetto alla nullità parziale, alla conversione e finanche alla presupposizione: v. *ivi*, 512 ss.); ciò non toglie che le tesi di Betti siano state, da un lato, tradite da un'applicazione giurisprudenziale a volte banalizzate e, da un altro lato, associate alle posizioni politiche dell'autore, con una conseguente e inevitabile repulsione da parte della generazione successiva di giuristi (che volevano rimarcare il loro distacco dal fascismo).

la rilevanza giuridica di un certo motivo e, al contempo, per il suo ingresso nello scopo (del resto, anche l'art. 1345 c.c. non si riferisce alla causa come generico o onnicomprensivo “assetto di interessi” del contratto, ma piuttosto a una prospettiva – come quella dello scopo – maggiormente ristretta e sintetica); l'art. 787 c.c., viceversa, evoca una (diversa) regola di rilevanza del motivo unico determinante (trattandosi di donazione, non è richiesto che sia comune e basta che risulti dall'atto), per collegare al caso di errore sullo stesso un rimedio specifico (l'annullabilità della donazione).

Non è tanto importante, per ora, vagliare la diversità tra i rimedi: è sufficiente, invece, concentrare l'attenzione sulla ricostruzione dello scopo che queste norme impongono. Lo scopo non è, evidentemente, solo quello tipico (in una locazione: attribuzione di un prezzo, godimento di un bene); arricchisce lo scopo il riferimento – beninteso: ove ne sussistano in generale le condizioni di rilevanza giuridica<sup>58</sup> – a una finalità “secondaria” (in un esempio come quello poc'anzi riportato: la possibilità di assistere alla regata storica).

Volendo, poi, distinguere nello scopo l'attribuzione di singoli “vantaggi”, diremo che nello scopo i vantaggi rilevano non solo in tanto in quanto tipici, ma anche per come specificati in concreto: ossia, non rilevano solo i “vantaggi tipici”, ma anche quelli “specifici” (o “secondari”: e tali non per importanza, ma perché accedono a un vantaggio tipico). Nel solito esempio della locazione del balcone, il vantaggio del conduttore – cui corrisponde una certa attribuzione di rischi al locatore – è il “godimento di un bene *per un certo fine*”.

Ma, se è vero che per ragioni funzionali, sistematiche e positive lo scopo si candida a essere il luogo di rilevanza dei motivi (ove, beninteso, di per sé rilevanti, in base alle regole di cui diremo), dobbiamo pure – avanzando un poco – ammettere che, se con scopo s'intende la finalità che il contratto è volto a realizzare, la considerazione dei vantaggi in una dimensione concreta non riguarda solo le finalità secondarie, ma anche quelle che potremmo dire “primarie”: le quali non coincidono meramente e semplicemente con le finalità tipiche (“godimento di un bene”), pur integrate dal riferimento all'oggetto contrattuale concreto (“godimento di *quello specifico bene immobile*”).

Sebbene questo sia un punto che spesso non è messo in luce in letteratura, non può sottacersi che gli stessi vantaggi tipici debbano tingersi di tutti quegli elementi concreti di cui si assuma la rilevanza giuridica: connotati concreti, dunque, che non si limitano a individuare la finalità secondaria, ma colorano anche i vantaggi già definiti “primari”. Non vi è ragione, una volta attestata (sulla base di criteri che dovremo individuare) la rilevanza giuridica di tali connotati, per escludere che essi stessi plasmino lo scopo tipico: e non vi è nemmeno ragione per non includerli nel concetto di scopo di cui stiamo individuando la latitudine. Del resto, non esistono indici positivi che depongono in senso contrario: e anche se sussistessero, sarebbero irragionevoli, non potendo immaginarsi una graduatoria di rilevanza tale per cui i

<sup>58</sup> Da cui deriva pure l'attribuzione del rischio all'altra parte.

vantaggi secondari possano conformare lo scopo, mentre i vantaggi primari debbano restare coincidenti con quelli tipici (o comunque vedere limitata la loro identificazione in concreto, nonostante la rilevanza giuridica – da altro punto di vista assunta – di certe caratteristiche loro inerenti).

Esemplifichiamo: se la società Alfa prende in locazione un immobile per installarvi un ristorante ed esso è collocato in una via molto frequentata da turisti, perché di passaggio pedonale, e questo elemento di per sé influisce (com'è normale in situazioni analoghe) sul prezzo, aumentandolo in modo apprezzabile, si dovrà ritenere che la posizione dell'immobile sia assurda a elemento di rilievo causale. Conseguentemente, si dirà che il contratto mira ad attribuire il “godimento di un certo immobile, *prospiciente a una via di passaggio*, per installarvi un ristorante”<sup>59</sup>: il godimento dell'immobile prospiciente alla via di passaggio è il vantaggio primario (in parte ricalcato su quello tipico, in parte visto in concreto) e l'installazione del ristorante è il vantaggio secondario.

E vi è di più: se si vuol dare per buono questo concetto di scopo, occorre ammettere che esso possa venire meno non solo integralmente, ma anche solo parzialmente.

A dire il vero, la dottrina solitamente si sofferma unicamente sulla caduta integrale dello scopo (identificandolo, ad esempio, nell'ipotesi della regata storica che viene annullata)<sup>60</sup>: tuttavia, ciò non esclude affatto l'eventualità che lo scopo sia solo in parte caduto. Tornando all'esempio del ristorante che affaccia su una strada di passaggio, l'apertura di un cantiere sulla strada, cui segue una deviazione del flusso turistico su un'altra via, evidentemente perturba lo scopo: non interamente (dopotutto, il locale resta raggiungibile), ma parzialmente (diminuisce senz'altro il numero di persone che vi passano davanti e che, proprio in ragione di questo, decidono di fermarsi a pranzare o cenare).

E, tra l'altro, l'idea stessa che nelle ipotesi di caduta dei vantaggi secondari lo scopo venga meno integralmente può far sorgere qualche dubbio: a ben vedere, in casi del genere è difficile sostenere che lo scopo sia davvero in tutto e per tutto irrealizzabile (almeno una parte resta, di regola, perseguibile): e pure gli indici positivi sembrano attestare che in queste ipotesi lo scopo sia, giuridicamente, solo parzialmente perturbato. Ma di questo ci occuperemo meglio nel prossimo paragrafo<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Ma l'esempio sarebbe ancora più emblematico se ci si riferisse alla locazione di un immobile adibito a ristorante e adiacente a una strada statale, di collegamento tra due valli montane, che venisse chiusa per una frana per un anno e fosse sostituita, quale arteria di collegamento tra le valli, da un'altra strada statale limitrofa (con il risultato di impedire l'accesso al ristorante, se non per mezzo di un percorso assai accidentato). L'esempio è ancora più emblematico poiché è ovvio che, in casi del genere, il canone di locazione risente in tutto e per tutto dal transito degli autoveicoli (il ristorante, infatti, esiste solo e soltanto per chi transita sulla strada). E, volendo spingere fino all'estremo questa esemplificazione, si potrebbe fare il caso di un'area di servizio sita accanto a un'autostrada.

<sup>60</sup> Ma v. M. AMBROSOLI, *Presupposizione e gravità della turbativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 448 ss.

<sup>61</sup> Si potrebbe però sin d'ora replicare che un venir meno parziale dello scopo non intercetta l'area della causa: la quale, quando manca, difetta per intero (artt. 1325, n. 2, e 1418, co. 2, c.c.). L'osservazione è corretta, ma riguarda non tanto la definizione della categoria, quanto

B) Le considerazioni svolte ci portano a considerare il secondo tema: ossia, quando si presenti effettivamente una perturbazione dello scopo.

A tal riguardo possono elaborarsi una serie di criteri: il primo dei quali – senz'altro il più importante – è ovviamente rappresentato dall'esatta individuazione, in concreto, dello scopo giuridicamente rilevante: ossia, di tutte quelle ragioni che consentono, oltre a individuare il vantaggio tipico, di ritenere giuridicamente rilevante una sua specificazione (come vantaggio primario identificato in concreto o come vantaggio secondario).

Nell'esempio della locazione volta a ottenere “il godimento di un immobile, prospiciente a una via di passaggio, per installarvi un ristorante”, lo scopo è da un lato quello tipico di una locazione, da un altro lato quello concreto (rilevante a livello di finalità secondaria *ex art. 1575, n. 2, c.c. – “per installarvi un ristorante”* – e pure di colorazione della finalità primaria – “*prospiciente a una via di passaggio*”). Ma sulla base di quali parametri è possibile ricostruire un simile scopo?

Anzitutto, appare necessario guardare alla causa del tipo contrattuale (legale o sociale), a sua volta da ricostruire all'interno della trama ordinamentale dei contratti tipici<sup>62</sup>. Essa fornisce un primo schema, generico, da riempire poi in concreto.

Quanto agli altri aspetti dell'operazione economico-giuridica (cui solitamente ci si riferisce con l'espressione “causa concreta” e che, come abbiamo visto, comprendono tanto i connotati dei vantaggi primari, quanto i vantaggi secondari), dobbiamo distinguere due diversi piani<sup>63</sup>:

- i vantaggi secondari corrispondono a motivi unici determinanti, che costituiscono la ragione specifica per cui un certo contratto viene concluso (a seconda dei casi, potranno esserci più motivi unici determinanti, da perseguire separatamente, oppure più motivi unici determinanti, tra loro alternativi). Essi diventano rilevanti, di regola, quando hanno inciso sul prezzo (non sul prezzo di mercato, ma sul prezzo che altrimenti le parti avrebbero deciso; nondimeno, per darne la prova, solitamente – basandosi sull'*id quod plerumque accidit* – si abbrevia il discorso confrontando il prezzo concordato

---

quella del rimedio: una volta ricostruito lo scopo – in forza anche di dati positivi, come torneremo a vedere – nel modo ampio che si è detto, è giocoforza cercare nel sistema un rimedio differente (o una serie di differenti rimedi) per la sua perturbazione parziale.

<sup>62</sup> Per il caso di mancanza di un tipo legale, v. sopra, nt. 56.

<sup>63</sup> In ogni contratto dovrebbe distinguersi una pluralità di piani, corrispondenti anzitutto agli interessi che il contratto mira a perseguire e, poi, a quelli che effettivamente può perseguire. Tutto ciò vale anche, a ben vedere, dal punto di vista genetico: la discrasia dei due piani provoca ora l'attivabilità di un rimedio demolitorio, ora l'esperibilità di un rimedio manutentivo, quando non vi supplisce una garanzia. Può peraltro avvenire che una delle due parti sia responsabile per l'errore (ad esempio, perché avrebbe dovuto informarsi per informare o perché essendo informata avrebbe dovuto rivelare la realtà): nel qual caso la tutela passa attraverso i rimedi previsti per l'errore causato (fermo restando che, ove non se ne riesca a dare prova, resteranno fermi i rimedi per l'errore comune, trattandosi altrimenti proprio di un errore comune). Ipotesi differente è quella dell'errore spontaneo, in cui il contraente non si rende conto di una realtà evidente (ed evidente anche alla controparte), che per lo più non avrà assunto rilevanza causale (il che pone l'errore spontaneo ai margini del nostro discorso). I temi in parola evocano una generale revisione dei vizi del consenso, su cui v. però meglio nt. 87.

con quello di mercato)<sup>64</sup>; inoltre, nel caso di contratti asimmetrici è sufficiente, talvolta, una dichiarazione precontrattuale da parte del contraente debole circa lo scopo specifico perseguito (che l'altra parte, vista la sua posizione, per così dire ha preso in carico)<sup>65</sup>; viceversa, nel caso di liberalità, non serve altro che la semplice enunciazione – purché formale: artt. 787 e 788 c.c. – dello scopo nell'atto<sup>66</sup>; infine, in taluni casi il motivo (in un'accezione ampia) può corrispondere anche all'assenza di un elemento che si ignora (purché il rischio della sua mancanza non sia stato assunto dalla parte potenzialmente sfavorita)<sup>67</sup>;

- i connotati dei vantaggi primari corrispondono a motivi altrettanto causalmente efficienti<sup>68</sup>; in via di prima approssimazione, si tratta di qualità (in senso ampio) materiali o immateriali, che sono riferibili al bene o al servizio e che non costituiscono però oggetto di obbligazioni o garanzie. Sempre in linea generale, possiamo ritenere che – a parte le indicazioni già provenienti dal tipo contrattuale – a rendere rilevanti i motivi siano il pagamento di un particolare prezzo oppure la dichiarazione di un contraente di acquistare un bene o un servizio per un suo certo connotato e la contestuale assunzione del corrispondente rischio da parte dell'altro contraente (sempre purché la parte svantaggiata – specie se si tratta di un contraente tipicamente esperto – non

<sup>64</sup> Cfr. specialmente M. BESSONE, *Adempimento*, cit., 268 ss.

<sup>65</sup> Alcuni esempi di rilevanza di un vantaggio secondario in forza di una dichiarazione precontrattuale di parte si rinvencono nella contrattazione asimmetrica nell'ambito finanziario e assicurativo: è il caso, ad esempio, dello *swap* concluso per finalità di copertura da un'esposizione debitoria preesistente, sulla base di una richiesta o comunque di una dichiarazione del cliente (poi riprodotta, di regola, nelle premesse del contratto).

<sup>66</sup> Peraltro, nel caso di liberalità e in generale di contratto gratuito assume un particolare ruolo il motivo impulsivo (riferito, cioè, al tempo passato: dono per gratitudine per una certa condotta); il motivo finale, dal canto suo, può attenersi a una condotta che si vuole rendere possibile (ora solo propiziandola, ora collegando la permanenza del beneficio alla sua possibilità e al suo effettivo avvenimento) o a una condotta che si vuole perseguire (pur senza disegnarvi attorno un'obbligazione).

<sup>67</sup> In linea generale, anche l'ignoranza può essere fonte di un errore: così V. PIETROBON, *Errore*, cit., 332 s.; in senso contrario, P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 93 ss. Si sarebbe tentati di richiamare a tal riguardo il caso opposto a quello classico di presupposizione: ossia, quello in cui si loca un balcone per un prezzo ordinario, dimenticando che si tratta del giorno della regata storica. Sennonché, in casi del genere assai difficilmente il motivo (la sua assenza) penetra nella causa: per lo più esso si risolve in una mera valutazione economica. Diverso è il discorso, invece, in una donazione compiuta a favore di un soggetto che il donante ignora essere un malvivente: qui vi è una vera e propria contraddizione tra gli interessi che si vorrebbero perseguire e quelli che, nella realtà delle cose, si possono perseguire (quantunque ci si allontani, di regola, dall'area dell'errore comune).

<sup>68</sup> Non a caso i tedeschi, nel riferirsi all'errore sulle qualità del bene (intese nel senso molto generale di cui si è detto), richiamano il concetto di *Motivirrtum* (v., anche per le citazioni, G. MÜLLER, *Zur Beachtlichkeit des Eigenschaftsirrturns des Käufers*, in *Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag*, hrsg. von T. Baums, M. Lutter, K. Schmidt, K. Wertenbruch, Tübingen, 2006, 452). Nell'economia del contratto le qualità rilevanti sono, in fin dei conti, sempre corrispondenti a motivi altrettanto rilevanti.



debba farsi carico del corrispondente rischio, come nell'ipotesi del gallerista che vende a un privato un quadro autentico, credendolo falso)<sup>69</sup>.

La linea di confine tra le due ipotesi non è netta: ma non è nemmeno necessario che lo sia, giacché esse si comportano come vasi comunicanti (e ben possono sussistere casi che transitano dall'una all'altra). Si può ritenere, comunque, che la qualità sia di per sé intrinseca al bene o al servizio e presenti caratteri di durevolezza e che, per converso, ciò che non è qualità possa rilevare quale motivo in senso stretto<sup>70</sup>.

Non è però sufficiente aver individuato lo scopo per poterne rilevare una perturbazione. Vanno infatti poi considerati altri profili<sup>71</sup>, tra cui i seguenti:

- la sopravvenienza non deve rappresentare un evento imputabile alla parte che si serve della prestazione altrui: vi è, infatti, la necessità di perimetrare un'area di rischio che resta a carico della parte svantaggiata dalla sopravvenienza. Se nell'esempio di poc'anzi tutti i dipendenti della conduttrice si dimettessero e il ristorante restasse chiuso per un mese, la società *imputet sibi* (la sopravvenienza sarebbe, cioè, irrilevante). Il criterio di autoimputazione è, per vero, di latitudine variabile: e affonda anch'esso nella causa del contratto<sup>72</sup>;
- la circostanza sopravvenuta non deve svolgersi al punto da ridondare in una semplice minore redditività o convenienza del contratto: non si tratterebbe,

<sup>69</sup> I criteri, pur declinandosi in modo parzialmente diverso rispetto a quanto indicato per il motivo in senso stretto, in realtà costituiscono emanazione di linee di tendenza in tutto e per tutto analoghe (che, semplicemente, si concretizzano in ambiti in parte differenti in modo non totalmente coincidente). Il parametro più importante è pur sempre quello del corrispettivo (e, dunque, delle qualità di regola oppure concretamente associate a un bene o a un servizio); inoltre, rileva anche l'eventuale dichiarazione precontrattuale di una parte, ove per le sue modalità (di contesto, ad esempio) si sia collegata all'assunzione di un rischio da parte dell'altro contraente.

<sup>70</sup> Per semplicità si è omessa di considerare la rilevanza causale della persona dei contraenti, rispetto alla quale possono ripetersi osservazioni analoghe rispetto a quelle formulate in tema di connotati dei vantaggi primari (la persona, infatti, può qualificare la prestazione verso cui si tende). Nei contratti liberali la considerazione della persona può riguardare la controparte quale destinataria della prestazione (e, così, declinare, più che lo scopo patrimoniale, l'interesse non patrimoniale che muove il disponente: ossia, l'intenzione, se del caso per una ragione particolare, di attribuire un certo vantaggio a favore di una certa persona).

<sup>71</sup> Nel § 313 I BGB, accanto all'elemento del cambiamento sopravvenuto delle circostanze «die zur Grundlage des Vertrags geworden sind» e della «Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung» (in ragione delle quali «hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten»), il legislatore tedesco prescrive di valorizzare: a) il fatto che il cambiamento sopravvenuto sia «schwerwiegend»; b) il fatto che all'altra parte «das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann». Cfr. Th. FINKENAUER, sub § 313, cit., Rn. 58 e 76 ss.

<sup>72</sup> Di regola, tutto ciò che riguarda la propria persona o la propria organizzazione appartiene alla propria sfera di rischio; parimenti, è imputabile alla parte tutto ciò che è prevenibile con uno sforzo normalmente diligente. Tuttavia, questi criteri risultano recessivi in certe ipotesi specifiche: ad esempio, ove la controparte sia tenuta a svolgere specifici controlli prima della conclusione del contratto (quanto alla perturbazione genetica) oppure (almeno stando alla giurisprudenza sul venir meno della causa turistica) ove l'inutilità derivi da problemi di salute che radicalmente impediscano di godere di un contratto volto al benessere psico-fisico.

in questo caso, di una vera e propria perturbazione dello scopo, ma solo di una disfunzione inerente a un mero motivo (la convenienza economica), di per sé sempre irrilevante. Questo avverrebbe, ad esempio, se il ristoratore dell'esempio precedente si lamentasse di un diffuso calo dei turisti nella città in cui il suo esercizio è sito<sup>73</sup>;

- l'evento sopraggiunto, oltre a toccare realmente lo scopo, deve superare una soglia di apprezzabilità, nel senso che deve aver pregiudicato in modo apprezzabile l'economia dell'affare (e quindi deve aver lesa in modo altrettanto minimamente apprezzabile una delle due parti), risultando altrimenti insensato – in base al principio *de minimis* – attribuire rilevanza alla sopravvenienza<sup>74</sup>. Si pensi a un caso in cui il cantiere aperto sulla pubblica via, anziché imporre una deviazione, abbia semplicemente cagionato la copertura della facciata del ristorante;

- non dev'essere richiesta, dalla buona fede, una modifica o una riconversione dell'attività tale da diminuire o annullare il pregiudizio: infatti, se così fosse (e se la modifica o la riconversione non fossero sproporzionate), la buona fede imporrebbe un dovere di collaborazione alla parte svantaggiata, che non potrebbe scaricare il rischio della sopravvenienza per intero sulla controparte<sup>75</sup>. Se il ristorante dell'esempio precedente potesse aprire, senza grande sforzo, una diversa entrata sulla nuova via di passaggio (perché i locali hanno anche lì un affaccio, fino a quel momento solo secondario), vi sarebbe tenuto<sup>76</sup>;

- l'evento futuro dev'essere imprevedibile o comunque non previsto dalle parti: se, invece, fosse stato previsto, la causa ne avrebbe tenuto giocoforza conto, nel senso che ne sarebbe risultata senz'altro conformata<sup>77</sup>. Si pensi al caso in cui l'immobile venga preso in locazione per tre mesi e si sappia già

<sup>73</sup> Ma sarebbe diverso se a dolersi della sopravvenienza fosse un hotel che, seppur non tenuto a chiudere a causa di un'emergenza sanitaria (com'è avvenuto durante la pandemia), avesse immediatamente risentito del minore afflusso di clienti interdetti nei loro spostamenti da divieti di legge o dal timore del contagio. Qui il calo di turisti sarebbe dovuto, più che a una semplice minore convenienza di un'attività, direttamente a un evento specifico, tale da sconvolgere proprio l'attività alberghiera.

<sup>74</sup> I costi giudiziali (e transattivi, ove si riconoscesse quale rimedio un dovere di rinegoziazione a carico della controparte) rischierebbero di superare quelli della lesione.

<sup>75</sup> Si tratta di un criterio elastico (che fa applicazione dei principi sottesi anche ai due commi dell'art. 1227 c.c.): la buona fede non richiederà sacrifici eccessivi e, al contempo, imporrà di guardare anche in concreto agli effetti – se specifici o generali, ossia se attinenti a un caso concreto o a tutta l'organizzazione del mercato – della sopravvenienza.

<sup>76</sup> È tuttavia da chiedersi se, in un caso del genere, i costi da sostenere possano essere (almeno in parte) riversati sull'altro contraente. La risposta positiva appare più convincente: dopotutto, il riferimento va a una modifica (qualitativa) della prestazione, volta a superare l'effetto della sopravvenienza.

<sup>77</sup> La prevedibilità (o previsione) di fatto assorbe il criterio dell'ordinarietà (come ampiamente riconosciuto dalla dottrina in tema di eccessiva onerosità, con riferimento al requisito dell'imprevedibilità posto dall'art. 1467 c.c. in apparente concorso con quello della straordinarietà: cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 953). In effetti, la prevedibilità normale (ordinarietà) finisce per essere rilevante soltanto sul piano della prova (della prevedibilità concreta).

*ex ante* che nei tre mesi in parola il flusso turistico subirà una forte deviazione<sup>78</sup>.

C) Ciò detto, possiamo tornare ai casi b.1) e b.2) prima riportati (§ 2) e, con essi, alle sopravvenienze pandemiche, per applicarvi le regole di rilevanza testé individuate.

Nel caso della locazione di un ristorante, rimasto chiuso per alcune settimane durante il periodo di più stringente *lockdown*, sussistevano – di norma – tutti gli elementi per ritenere presente una sopravvenienza rilevante: l'ingresso dell'uso specifico nello scopo (ingresso del tutto normale, in ipotesi del genere, come già a suo tempo indicato); la sua diretta perturbazione; l'imprevedibilità dell'evento; la sua apprezzabilità (ossia, la sua sufficiente significatività in relazione agli interessi della parte pregiudicata). La disfunzione doveva ritenersi parziale, perché il ristorante comunque continuava a servire quanto meno da deposito di beni mobili. E, inoltre, si sarebbe dovuto verificare se, in virtù della possibilità di preparare pietanze per vendita da asporto, il ristoratore fosse tenuto a convertire in tal senso la sua attività.

Con riferimento alla stessa locazione, ma in un periodo successivo, in cui l'attività non era più proibita, ma semplicemente conformata dall'autorità pubblica (con prescrizioni inerenti, ad esempio, alla riduzione della capienza totale), si sarebbe comunque dovuta – almeno di regola – ammettere l'esistenza di una circostanza sopravvenuta rilevante. Anche qui, con perturbazione parziale dello scopo.

Effettivamente, benché numerose sentenze abbiano sbarrato la strada a ogni rimedio in casi del genere<sup>79</sup>, altrettante hanno invece accordato strumenti di tutela al conduttore<sup>80</sup>. Il che però sposta il discorso, e ci impone di considerare – più in generale – quale sia il rimedio migliore per ipotesi analoghe a quelle in esame.

<sup>78</sup> Se la locazione, invece, fosse di durata ordinaria (sei anni, prorogabili di altri sei) e le parti avessero previsto un canone di ammontare costante, ci si potrebbe chiedere se le parti abbiano tenuto conto del periodo di chiusura nel determinare il canone complessivo (per l'intera durata). Di regola la risposta sarà affermativa, salvo che non si provino circostanze particolari: si pensi al caso in cui la chiusura della strada fosse incerta oppure, da un altro punto di vista, al caso in cui le parti avessero deciso di non ridurre il canone per i mesi di interruzione del flusso turistico per paura (in realtà, infondata) di infrangere il divieto di canoni "a scaletta" tali da perseguire «surrettiziamente lo scopo di neutralizzare soltanto gli effetti della svalutazione monetaria, eludendo i limiti quantitativi posti dall'art. 32 della legge n. 392 del 1978» (Cass., 14.2.2022, n. 4445, in *dejure*), e si fossero riservate di provvedere alla predetta riduzione non appena la sopravvenienza fosse venuta a esistenza. In un caso del genere si dovrà ritenere che l'evento, pur prevedibile, sia stato concretamente trattato come evento non – già – previsto.

<sup>79</sup> Tale è, ad esempio, l'orientamento del Tribunale di Roma, di cui v. *ex multis*, Trib. Roma, 19.2.2021, in *onelegale*; Trib. Roma, 5.1.2022, in *Pactum*, 2022, 544 ss.; Trib. Roma, 31.5.2022, in *onelegale*.

<sup>80</sup> Sempre a titolo di esempio v. Trib. Roma, 27.8.2020, in *Corr. giur.*, 2021, 805 (di segno opposto a quello che sarebbe poi divenuto l'orientamento del Tribunale romano, menzionato alla nota precedente); Trib. Milano, 21.10.2020, in *Contratti*, 2021, 161; Trib. Lecce, 24.6.2021, in *Contratti*, 2022, 51. Il riferimento più importante, però, è rappresentato dalla Relazione n. 56 del Massimario della Corte di cassazione, di cui parleremo meglio oltre (nt. 98).

## 6. Rimedi per le sopravvenienze funzionali (integrali e parziali)

Perimetrato l'ambito di rilevanza delle sopravvenienze qualitative che incidono sullo scopo, è da verificare il rimedio per esse previsto dall'ordinamento. Il che richiede di transitare per diversi snodi problematici e di suddividere corrispondentemente l'esposizione. Conviene, a mo' di premessa, ribadire che alle sopravvenienze in considerazione, che abbiamo definito "funzionali", restano estranei i casi di impossibilità sopravvenuta (i quali, pur incidendo sul perseguimento dell'economia del contratto e, dunque, corrispondendo a ipotesi di sopravvenienze "qualitative", rilevano già nell'ambito della corrispondente categoria).

A) All'apparenza pone meno interrogativi il tema della caduta integrale dello scopo, relativo all'irrealizzabilità dello scopo tipico e alla non attribuità dei vantaggi secondari, come nei classici *coronation cases* (meno interrogativi, s'intende, rispetto alla perturbazione dei connotati specifici dei vantaggi primari, la quale risulta di regola inidonea a far cadere integralmente lo scopo e non si associa in modo immediatamente evidente a uno specifico rimedio).

Del resto, l'interprete parrebbe avere a disposizione una norma espressa per le ipotesi in cui lo scopo risulti irrealizzabile da subito (non si parlerà, allora, di sopravvenienze, ma di perturbazioni genetiche): si tratta del più volte citato combinato disposto degli artt. 1325, n. 2, e 1418, co. 2, c.c.

Per le ipotesi di caduta successiva, la dottrina in realtà si interroga sul tipo di rimedio, dividendosi tra un'applicazione analogica dell'art. 1463 c.c. e un diritto di recesso attribuito alla parte sfavorita<sup>81</sup>. La differenza sta nel fatto che la prima via implicherebbe la risoluzione automatica del rapporto, quand'anche la parte colpita materialmente dalla sopravvenienza volesse farlo salvo; la seconda, invece, le consentirebbe di rinunciare alla tutela<sup>82</sup>. E, se è vero che proprio la disponibilità della tutela sembra costituire un valido argomento a favore della seconda tesi<sup>83</sup>, non si può sottacere che il diritto di recesso ha bisogno, in assenza di un dato positivo, di trovare fondamento in un discorso di portata sistematica più ampia, volto a confrontarsi con gli altri rimedi previsti nella parte generale del contratto, nonché con l'intera disciplina in tema di esecuzione del rapporto stesso.

<sup>81</sup> Esiste poi pure una terza opinione, che invoca l'applicazione (analogica) dell'art. 1467 c.c.: possiamo lasciarla da parte, giacché la distanza tra la norma (volta a gestire una sopravvenienza quantitativa) e il caso di cui stiamo parlando è sufficientemente grande, da scongiurare il ricorso all'art. 1467 c.c. (sul punto v. già R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 163 ss.).

<sup>82</sup> È, come noto, la tesi di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 425, in realtà esposta con riferimento alla "vera e propria" presupposizione, dall'autore intesa come (caduta del) presupposto. È assai facile, però, esportare gli esiti al caso, molto vicino, di sopravvenienza funzionale.

<sup>83</sup> Basti notare che la stessa Cassazione, facendo uso dell'art. 1463 c.c. applicato analogicamente, si è trovata a dichiarare risolto *ipso iure* un contratto in un caso in cui l'acquirente di un bene intendeva non avvalersi del rimedio (cfr. Cass., 11.8.1990, n. 8200, cit.).



Nondimeno, proprio un simile discorso – a favore del diritto di recesso – è quello che qui s'intende svolgere, a partire da un dato spesso trascurato: mentre nel caso di irrealizzabilità dello scopo tipico non v'è dubbio che lo scopo sia integralmente caduto (con le conseguenze, assai forti, della nullità e della risoluzione *ipso iure*), in un caso come quello della locazione del balcone – e in generale, a fronte della caduta dei vantaggi secondari – per ammirare la regata storica si possono, per vero, sollevare alcune perplessità. Nelle prime ipotesi il contratto non può in alcun modo funzionare (come attestato da alcune tipizzazioni legislative: ad esempio, dalla novazione per un debito inesistente o dall'assicurazione senza rischio<sup>84</sup>); nelle altre, una qualche utilità comunque residua: dopotutto, si può ancora godere del balcone, anche se la prestazione sembra di per sé inutile vista la finalità secondaria del contratto.

In ipotesi del genere appare opportuno sostenere che lo scopo cada solo parzialmente, per quanto specifiche esigenze di tutela, facenti perno sul fatto che l'utilità che il contratto può dare è oggettivamente minima, modulino il rimedio in modo assai particolare (rispetto a quanto avviene per altre perturbazioni parziali dello scopo).

Un simile modo di ragionare trova, a ben vedere, sostegno nel sistema positivo.

In tema di donazione l'art. 788 c.c., esattamente come l'art. 1345 c.c., prevede la nullità per illiceità del motivo unico determinante divenuto rilevante (nel primo caso, perché comune; nel secondo, perché risultante dalla donazione)<sup>85</sup>; viceversa, l'art. 787 c.c. sancisce, in caso di errore sullo stesso motivo (e, dunque, di perturbazione genetica derivante dall'irrealizzabilità del motivo causalmente rilevante), l'annullabilità della donazione (sono i casi di irrealizzabilità del motivo che colora l'interesse non patrimoniale e porta a donare: “dono *per* gratificarti, avendomi tu salvato in un naufragio”). Seguendo la tesi qui criticata, per le (analoghe) perturbazioni genetiche dello scopo derivanti dall'impossibilità di attribuirsi i vantaggi secondari si dovrebbe, in linea generale, applicare la nullità per mancanza di causa: il che, però, contraddice il disposto dell'art. 787 c.c. Per mantenere la sua coerenza, la tesi è costretta a confinare il rilievo dell'art. 787 c.c. alla sola donazione: senonché, così facendo, non si comprende perché il legislatore abbia, in caso di donazione, diminuito il livello di tutela rispetto a quanto previsto per i contratti di scambio<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Artt. 1234, co. 1, e 1895 c.c., cui può aggiungersi anche l'art. 1876, sulla nullità della rendita vitalizia conclusa a favore di un vitaliziato già morto al tempo del contratto.

<sup>85</sup> La sanzione della nullità si spiega con la natura eteronoma della previsione, volta a limitare un certo esercizio dell'autonomia privata. Cfr. M. BESSONE, *Adempimento*, cit., 229.

<sup>86</sup> Lo stesso, peraltro, vale con riferimento all'art. 624, co. 2, c.c., che fa riferimento all'errore sul motivo nel testamento (il quale conduce sempre all'annullabilità, se il motivo è il solo determinante e se risulta dalla scheda). Anzi, la previsione dell'annullamento è, in chiave testamentaria, apparentemente ancora più ampia, stanti alcuni elementi caratteristici del negozio di ultima volontà: a) nel testamento non vi è affidamento di una controparte, che possa lamentare una troppo estesa rilevanza del motivo; b) nel testamento va dato il maggior rilievo possibile alla volontà del *de cuius* (salva l'esigenza di conservazione); c) nel testamento non si può ipotizzare un rimedio basato sulla rinegoziazione a fronte di erro-

Evidentemente, risulta preferibile una tesi che, in caso di perturbazioni (genetiche) del vantaggio secondario integralmente venuto meno, non vi ri-colleghi mai la radicale nullità del vincolo, ma piuttosto l'annullabilità del contratto<sup>87</sup>. Ove, poi, la perturbazione fosse sopravvenuta, si aprirebbe spa-

ri (proprio perché, nel momento in cui il negozio diventa rilevante per i terzi, manca il suo autore); d) nel testamento non v'è differenza tra errore incidente e determinante (tutti gli errori conducono all'annullamento, salvo quelli di scarsa rilevanza: v. G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 193). Conseguentemente, può affermarsi che: 1) va trattato come errore sul motivo unico determinante – tale da consentire l'annullamento della disposizione – anche quello che tocca solo parzialmente una più complessa finalità secondaria, composta da una pluralità di motivi cumulatisi tra loro (Tizio lascia a Caio 100 in parte per affetto e in parte perché suppone che Caio l'abbia salvato da un naufragio), salvo che la rilevanza dell'errore non sia minima (nel qual caso il corrispondente vizio dovrebbe considerarsi privo di importanza) (per la diversa regola valevole per i contratti, comprese le donazioni, v. invece nt. 87 e nt. 91) o, all'apposto, salvo che si voglia accedere all'idea di un'interpretazione integrativa in ambito testamentario (finendo così, nella sostanza, per sostituire la disposizione parzialmente fondata su un motivo irrealizzabile con altra di portata ridotta); 2) la necessità che il motivo “risulti” dalla scheda non attiene alla sua oggettivizzazione nella causa (che avviene sulla base di un criterio prettamente soggettivo), ma intercetta piuttosto problemi di certezza e di prova. Ne deriva che la formulazione dell'art. 624, co. 2, c.c., pur prossima a quella dell'art. 787 c.c., conduce a un risultato ben diverso, incidendo in un ambito governato da principi distanti (si può, in un certo senso, parlare di un “sistema mobile” – *bewegliches System* nel senso di Wilburg – che impone interpretazioni diverse pur a fronte di disposizioni simili o finanche identiche, in virtù del diverso ambito su cui incidono).

<sup>87</sup> Il che consentirebbe di rinvenire nell'art. 787 c.c. una norma diretta a dettare le specifiche condizioni di rilevanza del motivo unico determinante nella donazione: e, al contempo, a indicare un rimedio, peraltro generalmente adottabile, per la perturbazione genetica del vantaggio secondario (v. sul punto la tesi, pur minoritaria, di V. PIETROBON, *L'errore*, cit., 503 ss.). La proposta in parola si congiunge con l'esigenza di una più generale revisione dei vizi del consenso, volta a riconoscere che l'errore tipicamente disciplinato dal codice è legato ai casi di errore spontaneo, e non comune, con la conseguente necessità di rinvenire, per quest'ultima figura (l'errore comune), apposite condizioni di rilevanza e appositi rimedi: le prime, ruotanti attorno a errori motivi (comprensivi di qualità e motivi in senso stretto, a loro volta entrati nella causa in base alle condizioni di rilevanza di volta in volta applicabili); i secondi, facenti perno sull'annullamento (nel solo caso, però, di errore comune sul motivo unico determinante integralmente irrealizzabile) e sull'obbligo di rinegoziazione (in tutti gli altri casi: e qui è forte il richiamo del § 313 II BGB, secondo cui l'*Anpassung* è il rimedio anche per il caso in cui si rivelino errate le «wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind»). Quanto, poi, all'errore non comune (unilaterale), sia esso spontaneo e riconoscibile, spontaneo e riconosciuto o addirittura causato dalla controparte, andrebbero riviste le condizioni di rilevanza (e in particolare quelle di essenzialità) e andrebbe ammessa una generale annullabilità (con risarcimento del danno), per il caso di errore determinante, e un rimedio risarcitorio (anche se del caso in forma specifica, da calcolare confrontando il contratto supposto e quello realmente concluso), per il caso di errore incidente. Si consenta, per un'esposizione della tesi qui richiamata, di rinviare ad A.M. GAROFALO, *Towards a Unitary and Consistent System of Informational Defects in Consent and Pre-Contractual Liability Under Italian Law*, 113 ss. (ove, però, si suggeriva di adottare il rimedio della rinegoziazione per tutti i casi di errore comune: proposta in questa sede lievemente modificata, per le ragioni indicate nel testo). Qui vale la pena solo di osservare che la ricostruzione brevemente additata non va incontro alle critiche di eccessivo volontarismo (mosse ad esempio da P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 163 ss.): da un lato, il rilievo dei motivi è comunque assegnato alla ricostruzione della causa; dall'altro lato, non s'intende soggettivizzare oltremodo l'istituto dell'errore, ma solo riconoscerne il vero e proprio ambito di operatività (che è quello delle

zio per il recesso, in coerenza con la necessaria attivazione di un diritto potestativo e, inoltre, in applicazione analogica dell'ultima parte dell'art. 1464 c.c., secondo cui in mancanza di un apprezzabile interesse alla (parte di) prestazione (rimasta possibile) il creditore può recedere del contratto: d'altro canto, proprio la riconosciuta natura "parziale" della disfunzione (che solo parzialmente, come si è detto, incide sullo scopo) gioca a favore dell'applicazione di un simile rimedio.

Ovviamente, annullamento e recesso costituiscono strumenti rimediali rigidi: ma, qui, la mancanza di flessibilità è giustificata dall'obiettivo venir meno di un interesse ed è volta ad attribuire una tutela effettiva (che, nel caso dell'annullabilità, è veicolata da un'azione trascrivibile)<sup>88</sup>. Viceversa, la nullità assoluta e la risoluzione automatica sarebbero riservate ai casi, ancor più gravi, di irrealizzabilità dello scopo tipico: casi spesso individuati positivamente dal legislatore, in cui il contratto non può affatto funzionare (e non ricorre soltanto l'esigenza di fornire una tutela forte a una delle parti).

B) Resta però da vedere – e l'interrogativo non è meno arduo di quelli sinora affrontati – quale sia il giusto rimedio<sup>89</sup> (il rimedio più congruo, perché al contempo proporzionato ed effettivo<sup>90</sup>) negli altri casi di perturbazione parziale dello scopo: ossia, quelli in cui a cadere siano i connotati rilevanti dei vantaggi primari oppure, ma solo parzialmente, il vantaggio secondario<sup>91</sup>.

---

discrepanze tra il contratto supposto e quello realmente concluso: discrepanze che inevitabilmente si ricollegano al concetto di errore e che impongono una reazione ora mediante rimedi demolitori, ora mediante rimedi manutentivi – o sostanzialmente tali, come il risarcimento – volti a colmare proprio tali discrepanze).

<sup>88</sup> Il che sconsiglia di invocare per tutti questi casi la rinegoziazione (mentre in Germania è pur sempre l'*Anpassung*, salvo in caso di inesigibilità il recesso, il rimedio cui ricorrere: § 313 II BGB).

<sup>89</sup> Sul «giusto rimedio» cfr. P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 1 ss. In relazione alla pandemia v. G. PERLINGIERI, *Pandemia da coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi*, in *Foro nap.*, 2021, 77 ss.

<sup>90</sup> Sul principio di effettività nel diritto dei contratti v. per tutti G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. merc.*, 2015, 5 ss.

<sup>91</sup> Il venir meno parziale della finalità secondaria può dipendere dalla pluralità di vantaggi secondari da perseguire (si tratterà, allora, di motivi tra loro autonomi – non assorbiti da un solo motivo – e, soprattutto, cumulativi e non già alternativi). Un esempio può essere tratto dal caso inglese *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton* (1903) 2 K.B. 683: si tratta di un altro dei *coronation cases*, risolto però a sfavore del conduttore di un'imbarcazione, noleggiata per il «fine, contrattualmente specificato, di organizzare una gita a pagamento per passeggeri interessati ad assistere alla parata per l'incoronazione di Edward VII e ad osservare dall'acqua le navi militari radunate per rendere omaggio al nuovo sovrano» (sono parole di M. AMBROSOLI, *Presupposizione*, cit., 447, nt. 22); il caso era risolto negativamente – mancanza di *frustration* – perché lo scopo rimaneva in parte attingibile (per quanto riguarda la visita alle navi; v., sul punto, anche F. MEZZANOTTE, *Il diritto alla rinegoziazione o all'adeguamento giudiziale del contratto*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, II, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2022, 213). In ipotesi del genere, più che rintracciare più motivi comuni unici determinanti, autonomi tra loro e corrispondenti a finalità da perseguire separatamente, possiamo ritenere che i motivi si fondano in uno solo (comune unico e determinante). Conseguentemente, il venir meno di una finalità, che non ostacola la realizzazione dell'altra, perturba solo parzialmente lo scopo (ma la parte svantaggiata dalla sopravvenienza potrà comunque esigere – ove l'equità lo consenta, in virtù della totale pre-

In effetti, con riguardo ai rimedi per la perturbazione parziale (s'intende qui: sopravvenuta) si contendono il campo due tesi: la prima propone di applicare analogicamente le norme sull'impossibilità sopravvenuta parziale, ossia l'art. 1464 c.c. (per la parzialità per così dire "materiale", che si ha quando lo scopo viene meno solo in parte, nel senso che in altra parte è attingibile) o gli artt. 1256, co. 2, e 1464 c.c. (per la parzialità per così dire "temporale", che si presenta allorché lo scopo viene meno solo per un certo periodo di tempo, tale da non coprire l'intera durata residua del contratto<sup>92</sup>) oppure entrambi i gruppi di regole cumulativamente; la seconda tesi, invece, suggerisce di ricorrere a un dovere di rinegoziazione nascente, in capo alle parti, dalla buona fede.

Il dibattito in questione ha coinvolto diverse voci negli anni della pandemia proprio con riguardo al caso, di cui si è detto poc'anzi, delle locazioni commerciali.

Taluni autori<sup>93</sup> e alcune sentenze<sup>94</sup> hanno ritenuto che lo scopo non potesse essere perseguito solo parzialmente: sia in senso materiale (perché i locali di norma continuavano ad avere una funzione, benché minima<sup>95</sup>), sia in senso temporale (perché le sopravvenienze avevano durata limitata rispet-

---

ponderanza di un vantaggio secondario – la risoluzione, anziché l'adeguamento; a sua volta, l'adeguamento porterà, a seconda dei casi, a una modifica della prestazione e/o dell'entità della controprestazione, salvo che controparte eccepisca fondatamente l'iniquità di considerarla ancora vincolata al rapporto). In altri casi è ancora più appariscente il venir meno solo parziale del motivo comune unico determinante: si pensi all'ipotesi in cui, per un cambio di programma, alla regata storica cui assistere partecipino solo un quarto delle imbarcazioni. Il vaglio dell'interprete dev'essere qui molto rigoroso: il più delle volte, per restare all'esempio, la regata storica sarà concepita come evento unitario, che non muta anche se subisce in parte un cambio di programma; viceversa, il vero e proprio mutamento (con influenza sullo scopo) richiederà una deviazione assai profonda.

<sup>92</sup> Secondo diversi autori l'impossibilità temporanea nell'ambito di rapporti di durata impone l'applicazione dell'art. 1464 c.c. (v. ad esempio V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 941). A ciò si è aggiunto che, trattandosi di un'impossibilità al contempo pure parziale (rispetto all'intera durata del rapporto), dovrebbe applicarsi anche l'art. 1256, co. 2, c.c.: sicché il creditore della prestazione caratteristica potrebbe recedere ove non avesse più interesse alla prestazione (in ragione della sua natura e del titolo), mentre al debitore sarebbe consentito di invocare la risoluzione (non è chiaro se prodottasi *ipso iure* o in virtù di pronuncia giudiziale) ove, in relazione a natura e titolo dell'obbligazione, non potesse più essere ritenuto obbligato (sul punto v. F. DELFINI, sub *artt. 1463-1464*, cit., 36; S. PAGLIANTINI, sub *art. 1463*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 563 s.).

<sup>93</sup> Cfr. E. NAVARRETTA, *CoViD-19*, cit., 88, secondo la quale il temporaneo venir meno della presupposizione può essere disciplinato tramite le regole della temporanea impossibilità della prestazione: e, in particolare, gli artt. 1256, co. 2, e 1464 c.c. Altri autori fanno leva principalmente sull'art. 1464 c.c.: P. SIRENA, *L'impossibilità*, cit., 77 ss., che ipotizza l'applicazione dell'art. 1464 c.c. o l'attribuzione alla parte lesa di un diritto di recesso; in termini pure R. FORNASARI, *Sopravvenienze*, cit., 1676.

<sup>94</sup> In realtà, non è facile, nelle decisioni che fanno applicazione dell'art. 1464 c.c., comprendere se ciò avvenga in via diretta o in via analogica, risultando praticamente sempre presente – nell'ambito di motivazioni però talvolta sovrabbondanti – il riferimento al venir meno dell'interesse creditorio come causa di risoluzione. Cfr. ad esempio Trib. Milano, 18.5.2021, in *onelegale*, e Trib. Reggio Calabria, 29.3.2022, in *onelegale*.

<sup>95</sup> Gli immobili locati venivano comunque usati come deposito di beni (G. ALPA, *Note*, cit., 61) e, talvolta, per la ristorazione per asporto (E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo*, cit., 504).



to all'integralità del rapporto<sup>96</sup>). Ne derivava: a) il diritto del conduttore a ottenere la riduzione dei canoni *ex art.* 1464 c.c.; b) il suo diritto di recedere dal rapporto (senza dover rispettare un eventuale periodo di preavviso, ove fosse venuto oggettivamente a mancare un interesse residuo del conduttore.

Altra parte della letteratura<sup>97</sup> e della giurisprudenza<sup>98</sup> hanno ragionato in modo differente, supponendo che il conduttore potesse invocare il diritto a rinegoziare il contratto, al fine di ottenerne un adeguamento. Spesso poi si è aggiunto che un simile diritto avrebbe consentito pure di domandare al giudice un adeguamento giudiziale del contratto, ove non fosse stato raggiunto un accordo con la controparte.

Le due posizioni sono state basate su ragioni opposte: la prima, sulla necessità di certezza, cui contribuirebbe l'individuazione di un rimedio scolpito espressamente nel codice (pur da applicare analogicamente e non direttamente); la seconda, invece, sull'esigenza di garantire un margine di flessibilità alle parti. Gli argomenti strutturali e funzionali adottati a favore della prima opinione, tuttavia, non convincono: e portano a preferire la seconda.

Anzitutto, manca l'*eadem ratio* tra norme sull'impossibilità sopravvenuta parziale o temporanea e ipotesi di perturbazione dello scopo, perché solo nel

<sup>96</sup> Ovviamente, una soluzione diversa si sarebbe imposta per le locazioni cessate, per scadenza del termine (e mancata proroga), durante l'imperversare delle sopravvenienze pandemiche. Inoltre, numerosi autori hanno distinto tra i periodi di chiusura obbligatoria delle attività e i periodi in cui esse erano solo conformate (si pensi, quanto alla ristorazione, alla riduzione di capienza delle sale) o comunque subivano un calo di clienti (dovuto alla minore libertà di spostamento). V. per tutti M. TICOZZI, *Contratto di locazione: sopravvenienze e modificazione del canone*, in *Giur. it.*, 2023, 235; F. TOSCHI VESPASIANI e D. MATERASSI, *Rinegoziazione*, cit., 55.

<sup>97</sup> F. MACARIO, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *NGCC*, 2020, 80 ss. (e v. già ID., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 1 ss.); G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, 10; V. CUFFARO, *Le locazioni*, cit., 3 ss.; A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 2020, 3.

<sup>98</sup> V. Trib. Roma, 27.8.2020, cit. (che, sempre ad abbondanza, fa anche riferimento – in subordine – alla logica di cui all'art. 1464 c.c.); Trib. Milano, 21.10.2020, cit. (qui, *ad abundantiam*, si cita pure l'art. 1575, n. 2, c.c.); Trib. Lecce, 24.6.2021, cit. Il riferimento più importante, però, è rappresentato dalla Relazione n. 56 del Massimario della Suprema Corte, secondo cui «ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico su cui si è eretta la pattuizione negoziale, la parte danneggiata *in executivis* deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni. Qualora a lungo termine, gli accordi negoziali paiono valere *rebus sic stantibus*», stante il rilievo degli artt. 1175, 1375 c.c. e 2 Cost., giacché «la correttezza», innervata dalla solidarietà, «è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale». Si è poi aggiunto che «il contemperamento tra istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose va intrapreso attraverso il ricorso alla rinegoziazione. Impellenza, questa, che non si pone soltanto con riferimento a prestazioni concretamente interdette dalle misure di contenimento, ma anche con riguardo a quelle che si inseriscono nell'ambito di scambi contrassegnati da stagnazioni e rallentamenti gestionali o da aumenti smisurati dei costi di produzione o approvvigionamento di materie e servizi». E, inoltre, che, «qualora si ravvisi in capo alle parti l'obbligo di rinegoziare il rapporto squilibrato, si potrebbe ipotizzare che il mancato adempimento di esso non comporti solo il ristoro del danno, ma si esponga all'esecuzione specifica *ex art.* 2932 c.c.».



primo caso l'obbligazione può essere eseguita in parte e, dunque, ha senso ridurre automaticamente, e corrispondentemente, la controprestazione<sup>99</sup>. Né può essere obiettato, in senso contrario, quanto si era argomentato con riguardo al recesso: lì si era proposto di applicare analogicamente la porzione di norma che gravita attorno al venire meno dell'interesse creditorio; qui, invece, a venire applicata sempre analogicamente sarebbe un'altra parte della norma e, precisamente, quella che fa perno sull'impossibilità parziale della prestazione.

In una chiave, poi, prettamente sistematica, non si può nascondere che, se la caduta parziale dello scopo non fosse sopravvenuta, ma genetica, il riferimento all'art. 1464 c.c. sarebbe senz'altro fuori luogo: per mantenere il parallelismo occorrerebbe ricorrere a una (di per sé ardua) applicazione analogica dell'impossibilità dell'oggetto, *sub specie* di impossibilità solo parziale dello stesso, con conseguente nullità parziale del contratto, soggetta alla regola (diversa rispetto a quella dell'art. 1464 c.c.) di cui all'art. 1419 c.c. A parte la complessità del percorso ermeneutico, permarrebbe un'eterogeneità di scelte rimediali – diverse in caso di perturbazioni genetiche o sopravvenute – che senz'altro stupirebbe.

A ciò si aggiunga che, funzionalmente, appare corretto, piuttosto che ingessare il rimedio attorno a un serie di effetti prestabiliti in via legislativa, lasciare che siano le parti – quali migliori arbitri della situazione concreta – a determinare la reazione del contratto alla sopravvenienza<sup>100</sup>.

Del resto, le parti avevano, a monte, dettato un certo regolamento per la realizzazione di specifici interessi, facendo uso del loro potere di libertà contrattuale<sup>101</sup>: ammettere che l'ordinamento intervenga in modo rigido su un'area già coperta dall'autonomia privata, solo perché lo scopo è parzialmente inattuabile, costituirebbe un *vulnus* alla libertà contrattuale. Vice-

<sup>99</sup> Peralto, sorge qualche dubbio circa il fatto che l'art. 1464 c.c. riesca a tenere in piena considerazione le esigenze del debitore della prestazione caratteristica: è vero che, facendo riferimento anche all'art. 1256, co. 2, c.c., egli si considererà liberato ove l'impossibilità temporanea sia di durata tale da rendere inesigibile la prestazione; tuttavia, può dubitarsi che l'inesigibilità, cui la disposizione fa riferimento, possa collegarsi anche al pregiudizio economico derivante dalla riduzione della controprestazione e non, invece, soltanto alle difficoltà derivanti dal doversi tenere pronto ad adempiere per un lungo tempo (logica, quest'ultima, che sembra quella sottesa all'art. 1256, co. 2, c.c., il quale si riferisce più a uno scambio istantaneo che a un rapporto a esecuzione continuata o periodica).

<sup>100</sup> Sia perché, in linea generale, le sopravvenienze funzionali richiedono una gestione maggiormente flessibile; sia perché in non pochi casi la diminuzione automatica della controprestazione appare essere semplicemente un rimedio sbagliato (perché non effettivo, né proporzionato). Si pensi all'ipotesi in cui la carenza sopravvenuta di utilità possa, e debba, piuttosto condurre a mutare la prestazione caratteristica (come nel caso della gita in barca di nt. 91).

<sup>101</sup> Non si dica che si tratta di un'inutile preoccupazione formale: in realtà, ciò che risulta centrale è la necessità di lasciare che siano le parti, quali migliori giudici dei loro interessi, a rendere di nuovo acconcio agli stessi il regolamento contrattuale. Come vedremo, la rinegoziazione prevede binari esterni, che il giudice può individuare: ma al suo interno sono le parti a far valere le reciproche esigenze (anche soggettive e idiosincratiche, purché giustificate e comprovate) nella ricerca costruttiva di un nuovo punto di equilibrio.

versa, sembra, se non indispensabile, almeno assai opportuno riservare all'autonomia delle parti un'area già occupata dalla stessa<sup>102</sup>.

Né in senso contrario si può addurre che ciò aumenterebbe il contenzioso: l'eventualità di una lite si pone anche se la tutela è somministrata attraverso una modifica contrattuale automaticamente e rigidamente prevista dall'ordinamento; anzi, la tesi dell'obbligo di rinegoziazione può contribuire a ridurre il ricorso agli strumenti di tutela giurisdizionale, rendendo inevitabili un incontro e una discussione tra le parti.

Infine, vale la pena di accennare pure a eventuali ricadute sistematiche della legislazione pandemica, onde verificare se le stesse confortino, o al contrario confutino, le tesi sinora argomentate.

A tal riguardo vanno menzionate soprattutto quelle norme che, durante l'emergenza sanitaria, hanno disposto un'automatica modifica nel contenuto di alcuni contratti, in modo abbastanza simile a quanto previsto dalle norme in tema di impossibilità sopravvenuta. In tema di locazioni commerciali sovviene, ad esempio, l'art. 216, co. 3, d.l. n. 34/2020, conv. in l. n. 77/2020, il quale, a proposito delle locazioni di immobili di proprietà privata adibiti a palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà privata, ha previsto il diritto del conduttore di ottenere, per i cinque mesi da marzo a luglio 2020, una riduzione del canone, presuntivamente pari al 50% del corrispettivo contrattuale<sup>103</sup>.

Da queste norme non è possibile trarre alcuna valida critica all'opinione poc'anzi esposta.

Non è difficile avvedersi della portata assai limitata della disposizione, il cui tenore peraltro è tanto asistemático, da non poter costituire argomento a favore di qualsivoglia tesi<sup>104</sup>. Viceversa, l'intervento del legislatore si spiega alla luce delle particolarità della caduta (pandemica) dello scopo negoziale, coinvolgente quella che i tedeschi chiamano *große Geschäftsgrundlage* (ossia, un insieme di presupposti e circostanze comuni a una molteplicità di contratti): con la conseguenza che, per assicurare una tutela veloce, semplice

<sup>102</sup> Assai diverso, si ripete, è quanto avviene in caso di impossibilità sopravvenuta: ove l'impossibilità, totale o parziale, dell'obbligazione, nella sua rigidità, impone necessariamente l'esonero del debitore e quindi consente una reazione predeterminata fondata sul controesonero dell'altra parte. Viceversa, nelle ipotesi di perturbazione dello scopo, di per sé molto più variegata e tali da implicare un trattamento flessibile, si richiede gioco forza di ridare la parola alle parti.

<sup>103</sup> «La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23.2.2020, n. 6, e 25.3.2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito». Su questa previsione v., tra gli altri e con diversità di accenti, G. D'AMICO, *Emergenza*, cit., 1957 ss., e G. CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali*, cit., 700.

<sup>104</sup> La previsione richiamava, in apertura, gli artt. 1256, 1464, 1467 e 1468 c.c., in modo a dir poco raffazzonato.

e certa, il legislatore ha adottato una disposizione, fondata anche su ragioni eteronome<sup>105</sup>, che evidentemente ha derogato al regime generale e ordinario in tema di rimedi per le disfunzioni parziali dello scopo (e vi ha derogato in una misura che si dirà più o meno intensa, a seconda della tesi cui si voglia accedere circa i rimedi in parola<sup>106</sup>)<sup>107</sup>.

### 7. A proposito dell'obbligo di rinegoziazione: il suo fondamento...

La preferenza per il dovere di rinegoziazione ci impone però di considerare le diffuse critiche avanzate nei confronti di questo rimedio, di cui è dubbio sia il fondamento, sia il funzionamento (specialmente nel caso di sua violazione). Il che è utile anche per meglio delinearne la natura e tratteggiare il meccanismo di tutela che esso appresta (e, soprattutto, che è apprestato per la sua violazione o comunque per il mancato adeguamento pattizio dell'accordo perturbato nel suo scopo).

Con riguardo al fondamento, non pochi autori – e anche diverse sentenze, relative al contenzioso derivante dalle sopravvenienze pandemiche<sup>108</sup> – hanno sostenuto che, in mancanza di una base positiva espressa, un tale dovere non possa avere cittadinanza nel sistema (salvo il caso in cui, in concreto, il

<sup>105</sup> Si tratta dell'esigenza di certezza, perseguita standardizzando il regime e, cioè, rendendolo uniforme per tutta una serie di rapporti (ciò che era possibile, peraltro, anche grazie alla tendenziale omogeneità delle situazioni considerate dalla norma speciale), nonché della necessità di tutelare in modo particolarmente intenso, anche a scapito delle controparti, i conduttori in un settore particolarmente importante a livello sociale (necessità realizzata adottando una presunzione – di rilevanza della sopravvenienza – che in qualche modo mirava a socializzare certe perdite). Va poi pure considerata l'intenzione di predisporre, sempre per finalità di tutela, un rimedio rigido e predeterminato, a costo di trascurare le peculiarità della singola situazione concreta: il che era volto a soddisfare esigenze di rapidità e semplicità e si giustificava, oltre che alla luce della predetta omogeneità delle situazioni considerate, in virtù della preferenza per la velocità rispetto alla flessibilità.

<sup>106</sup> Sopravvenienze incidenti su una serie ampia di rapporti richiedono spesso interventi eteronomi, volti al sostegno di settori dell'economia (e a una socializzazione delle spese). Nel caso di specie, seguendo la tesi dell'applicazione analogica delle norme sull'impossibilità sopravvenuta, la deroga al diritto comune si sarebbe dovuta rinvenire nella presunzione che accompagnava la riduzione del canone; viceversa, seguendo la tesi della rinegoziazione, si sarebbe rintracciata anche nell'automatica riduzione del corrispettivo (che, peraltro, non è chiaro se avvenisse *ipso iure* o tramite l'esercizio di un diritto potestativo del conduttore).

<sup>107</sup> In questa prospettiva va riletta pure un'altra norma, la quale peraltro, per il suo grado di dettaglio e per la sua asistematicità, poco o nulla aggiunge al nostro discorso. Il riferimento va all'art. 6 *novies*, d.l. n. 41/2021, conv. in l. n. 69/2021 (per come sostituito dall'art. 4 *bis*, co. 1, d.l. n. 73/2021, conv. in l. n. 106/2021), il quale ha previsto un "percorso condiviso per la ricontrattazione delle locazioni commerciali". Comunque la si voglia intendere, è chiaro che la norma si giustificava in virtù delle peculiarità delle sopravvenienze pandemiche, le quali, incidendo sulla cd. *große Geschäftsgrundlage* e, quindi, toccando contemporaneamente una vastissima serie di rapporti, hanno richiesto un intervento formalizzante, per esigenze, da un lato, di semplificazione e di uniformità di trattamento e, da un altro lato, di socializzazione delle perdite.

<sup>108</sup> V., ad esempio, Trib. Milano, 24.7.2020, in *NGCC*, 2021, 137; Trib. Roma, 9.9.2020, cit.; Trib. Roma, 16.12.2020, in *onelegale*; Trib. Roma, 15.1.2021, in *onelegale*; App. Milano, 20.12.2022, n. 3951, in *dejure*.

dovere trovi fonte in un'apposita clausola contrattuale)<sup>109</sup>. La buona fede *in executivis* sarebbe, infatti, un appiglio troppo debole per fondarvi un obbligo così penetrante: se essa può giustificare, e imporre, un sacrificio minimo di una parte, volto a procurare un sensibile vantaggio alla sua controparte, non potrebbe invece condurre addirittura alla perdita di un diritto o di una parte di un diritto in forza di talune sopravvenienze, per quanto significative.

Questa critica, in realtà, non persuade: essa trascura di considerare che, allorché si sostiene che la buona fede è fonte dell'obbligo di rinegoziazione, non si intende evocare una buona fede con funzione fortemente solidaristica, volta a modificare in direzione per l'appunto solidaristica il regime dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto: s'intende, piuttosto, la buona fede quale criterio per consentire il pieno svolgimento del contratto visto come assetto di interessi<sup>110</sup>. La buona fede, in questa veste<sup>111</sup>, mantiene il ruolo storicamente assunto dall'*oportere ex fide bona* romanistico<sup>112</sup>, il quale viene oggi in parte cristallizzato dal diritto dispositivo e in altra parte, invece, rimesso proprio alla buona fede in funzione integrativa. Il riferimento va allo svolgimento dell'assetto di interessi (al suo *Zuendedenken*): a quella che in Germania prende il nome di interpretazione integrativa (*ergänzende Auslegung*), che non a caso è ritenuta da diversi autori il fondamento della disciplina in tema di *Störung der Geschäftsgrundlage* (la quale ne rappresenterebbe un «*kodifizierter Fall*»)<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> In dottrina, contrari all'obbligo di rinegoziazione *de iure condito* ad esempio A. GENTILI, *Una proposta*, cit., 3 ss., e G. D'AMICO, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 1974.

<sup>110</sup> Cfr. ad esempio F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 351 ss.; G. VILLANACCI, *L'interpretazione adeguatrice*, cit., 176. Viceversa, rinvencono nell'equità la fonte dell'obbligo di rinegoziare R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1709 (ma utilizzando l'equità in un senso assai simile a quello che si è attribuito alla buona fede *in executivis*, come parametro per lo svolgimento del patto), nonché G. SICCHIERO, *Un nuovo ruolo per l'equità ex art. 1374 c.c.*, in *Giur. it.*, 2020, 2317; ID., *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.?*, *ivi*, 2436; ID., *L'equità correttiva*, in *Contr. impr.*, 2021, 1184 ss., seguito in giurisprudenza da Trib. Treviso, 21.12.2020, in *Giur. it.*, 2021, 589.

<sup>111</sup> Su questo duplice ruolo della buona fede (ora volto semplicemente a “svolgere”, ora invece anche a caricare di “solidarismo” certe interpretazioni e ricostruzioni) si consenta di rinviare, anche per le necessarie citazioni, ad A.M. GAROFALO, *Il problema della clausola generale di buona fede nell'equilibrio tra formanti*, in *NGCC*, 2018, 575 ss.

<sup>112</sup> Il contratto moderno è di buona fede, nel senso che discende da quelli romani di buona fede, la cui formula faceva perno sull'*oportere ex fide bona* (C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno*, 9-I, Torino, 1984, 44; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, 548, nt. 1).

<sup>113</sup> Come nota Th. FINKENAUER, *Ergänzende Auslegung bei Individualabreden*, in *AcP*, 2013, 643 ss., nonostante i tentativi della giurisprudenza tedesca di tracciare una linea distintiva tra i due istituti (dando prevalenza al primo sul secondo), è risultato assai difficile individuare questo confine: e la ragione sta semplicemente nel fatto che la disciplina della *Störung* poggia proprio sulla *ratio* dell'interpretazione integrativa, sia storicamente, sia funzionalmente, come peraltro osservato da numerosi studiosi (*ivi*, nt. 142).

In altri termini, va ammesso che la stessa causa del contratto (intesa nella sua prima accezione, come *Interessenlage*<sup>114</sup>) faccia emergere – in via di “svolgimento” della stessa – una regola particolare, ove lo scopo del contratto risulti inattuabile. Questa regola, da un lato, nasce da una lacuna (l'assenza di una previsione espressa relativa a simili circostanze); da un altro lato, è volta a ricucire una discrepanza (quella divergenza apertasi tra regolamento contrattuale e scopo effettivamente perseguibile<sup>115</sup>)<sup>116</sup>. Poiché, poi, è la buona fede lo strumento tecnico di cui l'ordinamento si serve per lo svolgimento dell'assetto di interessi, è corretto sostenere che l'obbligo di rinegoziazione sorga *ex fide bona*.

Tali considerazioni ci permettono, inoltre, di individuare proprio nella buona fede non solo la base, ma anche il criterio per l'adattamento del contratto cui le parti devono provvedere. Lo svolgimento dell'accordo impone di chiamare le parti alla rinegoziazione del patto (alla sua sistemazione, al fine di renderlo acconcio, nelle sue regole specifiche, allo scenario sopravvenuto); al contempo, richiede pure di chiamare le parti a una *specificata* rinegoziazione dell'accordo (volta a gestire una certa sopravvenienza e, dunque, perimetrata negli esiti di adeguamento o di risoluzione ammissibili). Il riempimento della lacuna e il riassetto del disallineamento non riguarda solo l'assenza della regola di gestione delle sopravvenienze, ma pure la mancanza di una regola per la gestione di quella specifica sopravvenienza: l'ordinamento supplisce, in via di interpretazione integrativa, a entrambe le lacune in un solo momento, creando un obbligo di rinegoziazione – un obbligo di svolgere una trattativa, di cui meglio diremo – disegnanogli alcuni limiti esterni.

In effetti, non vi è alcuna contraddizione nel ritenere che la buona fede sia tanto fonte, quanto parametro dell'obbligo: nel momento in cui sorge, l'obbligo apre alcuni scenari di adeguamento alle parti, così confinandone la discrezionalità; i limiti esterni che le parti incontrano, a loro volta, derivano proprio dalla buona fede, perché perimetrano tutta quella serie di possibilità di adeguamento che costituiscono un ammissibile riassetto del con-

<sup>114</sup> E ricostruita – qui lo si deve ammettere – secondo una scelta politica non eccessivamente formalistica.

<sup>115</sup> Questa divergenza deriva da un'inadeguatezza del regolamento contrattuale rispetto alla realtà esistente, che richiede di “riassettarlo”, onde renderlo (nuovamente) acconcio. Il fatto è che il regolamento era di per sé congruo rispetto allo scopo programmato, ma non lo è rispetto a quello effettivamente perseguibile.

<sup>116</sup> Dopotutto, anche le regole – già discusse – previste per la caduta integrale dello scopo tipico o per la caduta parziale, in caso di integrale non perseguibilità della finalità secondaria, sono emanazione della stessa *ratio*: con la particolarità che in quelle ipotesi, rispettivamente, è prevista la nullità o la risoluzione *ipso iure* (rimedi caducatori, volti a difendere l'autonomia da se stessa: da un suo uso totalmente incongruo) e l'annullabilità o il recesso (rimedi altrettanto caducatori, per tutelare pienamente la parte di fronte a un venir meno della sostanziale utilità recata dal contratto). Tali regole, in effetto, mirano a reagire alla discrepanza tra scopo programmato, scopo perseguibile e regolamento contrattuale, riempiendo il divario – non gestito mediante una clausola pattizia – per mezzo di un effetto giuridico specifico (lì, però, per l'appunto caducatorio).

tratto perturbato nello scopo (un novero senz'altro ampio di possibilità, rimesso alla discrezionalità pattizia, ma certo non infinito<sup>117</sup>).

Il tema aperto sollecita ulteriori riflessioni, che a loro volta costituiscono corollario di un unico principio: se la buona fede integrativa è criterio, come si è detto, “esterno” dell’obbligo di rinegoziazione, ciò non toglie che sussistono pure ulteriori parametri che indicano come adempiere un simile obbligo e che, volendo distinguere, potremmo definire “interni”<sup>118</sup>.

Il primo di questi parametri opera prima ancora che le parti inizino la trattativa cui sono chiamate e va rinvenuto nell’equità. Dopotutto, il sistema del diritto dei contratti fa perno sull’equità tutte le volte in cui sussiste una lacuna “quantitativa”<sup>119</sup> che il giudice deve riempire: una lacuna, cioè, per il cui riempimento risultino assenti parametri qualitativi. Conseguentemente, è inevitabile ritenere che, nell’ambito del perimetro esterno tracciato dalla buona fede *in executivis*, ossia all’interno di un ambito in cui i criteri qualitativi non si possono spingere, debba riservarsi uno spazio all’equità.

A sua volta, ciò impone di tenere in considerazione il fatto che la lacuna rispetto a cui l’equità è chiamata operare è assai particolare, intervenendo in un’area che, come si è detto, è coperta da una sorta di riserva di competenza privata: il che porta a escludere che tramite l’equità si possa determinare, in modo dettagliato, il contenuto dell’accordo che le parti dovranno sottoscrivere. Il fatto che l’equità non possa individuare con esattezza il contenuto dell’accordo rinegoziatorio non esclude però che le si debba riservare un ruolo come principio volto a guidare l’attività di rinegoziazione: del resto, se così non fosse, si rischierebbe di giungere a esiti fortemente iniqui, proprio perché la buona fede è regola unicamente qualitativa e non tiene conto della potenziale ingiustizia di certi scenari rinegoziatori.

All’equità va, dunque, attribuito il ruolo di tratteggiare alcune direttive di massima interne al perimetro disegnato dalla buona fede (così escludendo

<sup>117</sup> La rinegoziazione è caratterizzata dunque da una notevole, ma non infinita, flessibilità, essendo ovvio il necessario rispetto di una serie di limiti.

<sup>118</sup> Il rispetto di questi parametri assume un duplice ruolo: a) per le parti, si tratta di distinguere l’accordo in cui esita la rinegoziazione da fenomeni vicini (ad esempio, transazioni o anche semplici accordi modificativi; sulla distinzione tra rinegoziazione e transazione v. di recente A.A. DOLMETTA, *Il problema*, cit., 5, nt. 9); b) per il giudice, invece, di individuare i limiti del suo intervento in caso di violazione dell’obbligo di rinegoziare (intervento sul quale ci soffermeremo nel prossimo paragrafo). Va evidenziato come le parti, allorché intendano rinegoziare, siano chiamate ad accertare discrezionalmente non solo il contenuto dell’accordo di rinegoziazione, ma anche l’*an* dell’obbligo e il suo perimetro: accertamento assai simile a quello contenuto ad esempio in un accordo di liquidazione, che non è pienamente libero nei suoi estremi, ma che può comunque spaziare in un’area abbastanza ampia di discrezionalità (con la conseguenza che le parti godranno, anche rispetto a questo profilo, di una certa libertà).

<sup>119</sup> Secondo una nota, e condivisibile, tesi (L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988, § 25), l’equità non «si traduce in un giudizio di tipo qualitativo, bensì quantitativo e, non di rado, unilaterale, come nei casi in cui uno solo è l’interesse del quale si deve tener conto». Questo carattere “quantitativo” dell’equità, ben visibile in norme come quelle degli artt. 1526 e 1660 c.c., ma anche 1467 e 1468 c.c., sembra attenere al fatto che l’equità si muove entro il perimetro dettato da altre regole (tra cui anche quelle di buona fede), in un’area ad alto tasso di discrezionalità (non di rado economica), inaccessibile ad altri parametri (in quanto poco acconci).

risultati palesemente iniqui e, però, al contempo non eliminando la riserva di competenza pattizia). Una simile guida, che corrisponde a una serie di limiti interni derivanti dall'equità, si sviluppa lungo diverse linee:

1) dal lato del debitore della prestazione pecuniaria (solitamente parte svantaggiata dalla sopravvenienza funzionale):

- 1.a) ove manchi – per una qualsiasi ragione – un detrimento dovuto alla perturbazione dello scopo, non sorge il dovere di rinegoziare (e, inoltre, ove il detrimento non corrisponda a quello normalmente derivante dalla perturbazione dello scopo, l'adeguamento dovrà tenere conto dell'effettivo pregiudizio). Ad esempio, se il solito ristorante sito su una via di passaggio turistico non risentisse in nulla del calo del flusso di turisti dovuto alla chiusura della via (magari perché, nonostante la sua posizione lungo la via di transito avesse originariamente influito sulla misura del canone e fosse quindi entrata nella causa del contratto, il gestore del ristorante aveva già, nel tempo immediatamente successivo all'inizio della locazione, riorientato la sua attività non sui servizi ristorativi per turisti, ma su una cucina *gourmet* molto ricercata, tanto da venire premiato con una stella Michelin), si deve ritenere che non potrebbe domandarsi alcun adeguamento: non perché lo scopo, nella sua oggettività, non sia perturbato, ma perché soggettivamente non si subisce alcun pregiudizio (fattore, questo, che incide equitativamente sul contenuto dell'accordo di adeguamento);

2) dal lato del debitore della prestazione caratteristica (solitamente parte non toccata dalla sopravvenienza funzionale, di cui deve però subire giuridicamente il peso):

- 2.a) ove l'adeguamento del contratto risulti insostenibile per la controparte (che sopporta il rischio della sopravvenienza, pur non venendone materialmente toccata), si deve giungere alla risoluzione dal vincolo contrattuale<sup>120</sup> e, così, alla conclusione di un accordo risolutorio, anziché di adeguamento<sup>121</sup>. Ad esempio: se, nel caso già più volte discusso, il locatore provasse

<sup>120</sup> Così rendendo demolitorio il rimedio: ne deriva che il rimedio fondato sulla rinegoziazione è solo *normalmente* manutentivo. Del resto, anche il § 313 III BGB (secondo il quale «ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung») esprime un'esigenza analoga (seppur con una differenza rispetto all'ordinamento italiano: chi ammetta che in Italia la rinegoziazione sia l'oggetto di un vero e proprio obbligo deve pure ritenere che la risoluzione avvenga sulla base di un accordo risolutorio e non già in virtù dell'esercizio di un diritto potestativo, sia esso un recesso o una disdetta). Sulla norma tedesca v. Th. FINKENAUER, sub § 313, cit., Rn. 110 ss. Quanto al recente art. 1195 Code civil, che rimette al giudice la scelta tra adeguamento e risoluzione («le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe»), cfr. O. DESHAYES-T. GENICON-Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris, 2016, p. 413, specialmente con riferimento ad alcuni dubbi che la previsione solleva (ad esempio, non è chiaro fino a che punto il giudice sia libero di scegliere tra adeguamento e risoluzione e se serva una domanda per ciascun provvedimento oppure se la domanda da formularsi in giudizio sia sempre e comunque unica).

<sup>121</sup> L'insostenibilità non deriva semplicemente dal fatto che questa parte, sciolto il contratto, potrebbe concluderne un altro più conveniente (pur dovendo sopportare evidenti costi transattivi): serve che l'adeguamento sia fortemente svantaggioso. Ove non si inserisse questa precisazione, si renderebbe assai facile per la parte che sopporta il rischio giuridico della

che, attribuendo il godimento dei locali adibiti a ristorante prettamente per turisti a uno *chef* stellato incasserebbe un canone non ridotto, non potrebbe pretendere di sciogliersi dal contratto e dovrebbe semplicemente subirne l'adeguamento; se, però, egli provasse che la diminuzione del canone cui andrebbe incontro in forza dell'adeguamento durerebbe per un tempo assai lungo e sarebbe sproporzionata (a fronte di costi transattivi, per reperire l'altro contraente, ridotti o comunque assai più bassi), la parte svantaggiata non potrebbe che insistere per lo scioglimento del contratto;

- 2.b) qualora la sopravvenienza renda qualitativamente inadeguata la prestazione caratteristica e, conseguentemente, la parte lesa ne chieda una modifica, non possono ammettersi scenari rinegoziatori che contemplino modifiche esagerate, quand'anche *ex fide bona* ragionevoli. Ad esempio: se, nel solito caso, il conduttore chiedesse di stravolgere i locali (idonei per un bar per turisti, ma non per un ristorante *gourmet*), ristrutturandoli al fine di consentire l'installazione di un'attività parzialmente diversa, e tale ristrutturazione fosse assai costosa, non si potrebbe ritenere il locatore tenuto a considerare questa proposta di adeguamento del contratto, che evidentemente supererebbe i limiti di quanto è equo pretendere<sup>122</sup>.

Accanto all'equità vi è, poi, un altro parametro interno da considerare: ed è fornito, ancora una volta, dalla buona fede, in un ruolo però differente da quello prima esaminato. Si tratta, per la precisione, di un parametro che a differenza degli altri due è dinamico e non statico; come l'equità, opera internamente, selezionando solo alcuni tra tutti gli esiti rinegoziatori ammessi *ex fide bona*.

L'obbligo di rinegoziazione impone alle parti di condurre una trattativa: una trattativa, però, assai peculiare, perché vincolata nel risultato (che deve consistere in un accordo: di adeguamento o di risoluzione, a seconda dei casi). Si tratta, cioè, non solo di una trattativa necessaria, ma anche di una trattativa che obbligatoriamente deve condurre a un accordo finale.

Da ciò deriva che il generale dovere di buona fede *in contrahendo* assume qui (quale dovere di buona fede *in recontrahendo*<sup>123</sup>) un volto peculiare, imponendo non solo di non ledere gli affidamenti prodotti o, a monte, di non produrre affidamenti inutili o addirittura controproducenti, ma anche di collaborare costruttivamente verso la conclusione dell'accordo di rinegoziazione<sup>124</sup>. Conseguentemente, come in ogni negoziazione, il criterio da seguire

---

sopravvenienza andare di fatto indenne dalle conseguenze negative della sopravvenienza stessa, a tutto pregiudizio della parte che invece non sopporta il rischio e che va per ciò stesso tutelata (specialmente se ha compiuto investimenti in ragione dell'esistenza del contratto e in vista della sua permanenza). L'equità, pure in questa prospettiva, deve provvedere a un bilanciamento che tenga conto anche delle esigenze della parte svantaggiata.

<sup>122</sup> Ovviamente le parti possono prevedere che il locatore si faccia carico di questi costi: ma, ove essi siano irragionevolmente alti, si supererà il limite dell'equità e, dunque, non si potrà qualificare l'accordo concluso come rinegoziatorio (sicché si tratterà, piuttosto, di una modifica della precedente pattuizione o di una transazione).

<sup>123</sup> È il neologismo di F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 401.

<sup>124</sup> Si dirà che è illusorio costruire un obbligo di negoziare che assicuri la conclusione di un accordo. Ma, come riferisce F. MEZZANOTTE, *Il diritto*, cit., 222, ciò è già stato sperimentato in alcuni settori economico-giuridici, con successo (il riferimento va lì «al caso dei mercati presidiati da tecnologie essenziali, nei quali la disciplina pro-concorrenziale ha elaborato

nel corso della stessa sarà la buona fede; tuttavia, poiché questa trattativa è volta a un risultato (l'accordo finale), e dunque impone, in positivo, di raggiungere un accordo, la buona fede assumerà un'intensità particolare, escludendo – via via che la negoziazione prosegue – la congruità di alcune ipotesi di adeguamento.

Ne deriva ad esempio che, a fronte di una proposta avanzata dalla parte svantaggiata, l'altra parte potrà sempre – nell'ambito della discrezionalità delimitata dall'esterno (*ex fide bona*) e dall'interno (equitativamente) – formulare un'altra proposta; al contempo, però, dovrà tenere in debito conto gli elementi (anche soggettivi e idiosincratici) che la prima proposta veicola e sottende. Il che vuol dire: l'altra parte potrà legittimamente far valere le sue istanze (anche solo di convenienza), ma dovrà anche, a fronte di esigenze di rilievo della parte proponente, avvicinarsi alla sua posizione (così come dovrà poi fare anche la controparte).

Questi criteri, valevoli tanto da un punto di vista qualitativo che quantitativo, si traducono nella necessità di privilegiare le proposte che avvantaggiano molto una parte e pregiudicano poco l'altra parte, garantendo però al tempo stesso che non si finisca per trascurare uno dei due contraenti (e che, dunque, si cerchi un bilanciamento salomonico dei rispettivi interessi, ove non siano particolarmente incisive e penetranti le esigenze fatte valere dall'una o dall'altra parte)<sup>125</sup>.

A ciò si associa, poi, un ulteriore elemento: il semplice fatto che si sta svolgendo una trattativa impedisce di tornare sui propri passi (salvo giustificato motivo) e, dunque, limita gli scenari possibili, così perimetrando anche sotto questo punto di vista la discrezionalità dei rinegozianti. Di conseguen-

---

to una tutela per le imprese interessate ad accedervi, gravando il titolare dei diritti di privativa sui brevetti-presupposto dell'obbligo di negoziarne la licenza con i *newcomers* a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie»).

<sup>125</sup> Esemplificando: in un caso in cui la parte svantaggiata dalla sopravvenienza ha a disposizione (perché rientranti nei limiti esterni e interni) sia la richiesta di adeguamento, sia quella di risoluzione (situazione che non si può escludere *ex ante*, ove la perturbazione dello scopo, pur parziale, sia assai forte), ella potrebbe domandare alla controparte di risolvere il contratto, dimostrando che soggettivamente è caduto qualsiasi interesse al contratto; la controparte, però, potrebbe attestare la difficoltà che ciò le creerebbe; conseguentemente, le parti potrebbero trovare un compromesso in un adeguamento a condizioni qualitativamente favorevoli per la parte svantaggiata, di cui si riserverebbero un'ulteriore individuazione nel prosieguo della trattativa. Ancora: in un'ipotesi in cui l'equità non chiarisce a fondo se sia inesigibile, per la controparte, un certo adeguamento richiesto (e se non si debba piuttosto optare per la risoluzione del vincolo, come unica soluzione possibile), la controparte stessa potrebbe addurre tale inesigibilità, allegando motivazioni soggettive o comunque evidenziando il disagio che le arrecherebbe un adeguamento, a fronte di un beneficio minore per la parte svantaggiata dalla trattativa. Più in generale, si può sostenere che solo in casi plateali i limiti di equità operino immediatamente (a prescindere dalla trattativa); il più delle volte, invece, corrispondono a elementi che in seno alla trattativa si possono valorizzare a favore dell'una o dell'altra parte (e che, finché non valorizzati, non costituiscono limiti al contenuto dell'accordo rinegoziatorio: conseguentemente, non potrebbero nemmeno essere rilevati come tali – ed *ex officio* – dal giudice). Così avveniva nell'esempio precedente *sub* 2.a), in cui era il locatore a far valere il superamento (in concreto) del limite di equità: lì, precisamente, si doveva ammettere la conformità a buona fede della condotta del locatore che, a fronte di una richiesta di adeguamento, si dichiarava disponibile solo alla risoluzione del contratto.

za, nel corso della trattativa le possibilità a disposizione delle parti si restringono progressivamente anche semplicemente in virtù delle esigenze concretamente manifestate da ciascuna e delle sue aperture nei confronti dell'altra: e, questo, proprio perché dovrà essere rispettato il canone della buona fede *in contrahendo* anche sotto forma di ossequio al principio di non contraddizione rispetto a quanto già di volta in volta indicato.

## 8. (segue) ... e il suo funzionamento

Quanto al funzionamento del dovere di rinegoziazione (nel caso di violazione dello stesso), diversi autori finiscono per criticarne la stessa ammissibilità – e così è avvenuto anche durante la fase pandemica – ritenendolo ora un'arma spuntata (un rimedio ineffettivo), ora uno strumento intimamente contraddittorio (un semplice velo volto a nascondere un meccanismo di tutela in realtà differente). Vediamo separatamente le due opinioni.

Anzitutto, chi ritiene che il dovere di rinegoziare obblighi a iniziare una trattativa, ma non a proseguirla, lasciando libere entrambe le parti di non raggiungere un accordo<sup>126</sup>, finisce per ridurre l'obbligo di rinegoziazione a uno strumento privo di consistenza<sup>127</sup>. Non vi è ragione, però, per condividere queste tesi: ben può sussistere un obbligo di (ri)negoziare costruito in positivo e, cioè, quale obbligo delle parti di avvicinare le loro reciproche posizioni (rimanendo all'interno di quelle imposte dalla buona fede e dall'equità), superando condotte pretestuose, smussando le asperità e collaborando anche mediante reciproche concessioni<sup>128</sup>.

Tutto al contrario, chi ritiene che, ove le parti non trovino un accordo, possa essere il giudice – mediante una sentenza *ex art. 2932 c.c.* – ad adeguare il contratto<sup>129</sup> finisce, evidentemente, per snaturare l'obbligo di rinegoziazione<sup>130</sup>. Se il giudice dispone di un tale potere, l'obbligo non ha ragion d'essere: la parte tutelata dal corrispondente diritto potestativo potrebbe esercitarlo immediatamente (sicché non avrebbe nemmeno senso parlare di un obbligo di rinegoziare<sup>131</sup>)<sup>132</sup>. E se, invece, si ritenesse che il potere è

<sup>126</sup> Tale è, ad esempio, la tesi di F. GAMBINO, *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2007, 10, secondo cui il dovere lascia integra la libertà di non concludere l'accordo.

<sup>127</sup> Cfr. per tutti A.A. DOLMETTA, *Il problema*, cit., 4 s., secondo cui «a contare ... è il risultato, non già il tentativo».

<sup>128</sup> Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 343. *Contra* G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, 134

<sup>129</sup> F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 426; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 973; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1711 (ove, non a caso, si ritiene che il dovere di negoziare «null'altro è, se non un obbligo di contrarre»; di recente anche U. MALVAGNA e M. RABITTI, *Filiere produttive*, cit., 374).

<sup>130</sup> Convincono meno le critiche che si appuntano, invece, sull'indeterminatezza del contenuto della sentenza e sul fatto che le sentenze costitutive seguono, *ex art. 2908 c.c.*, un principio di stretta tipicità. Ma di queste diremo dopo, al punto B.2).

<sup>131</sup> Non è un caso che taluno abbia sostenuto, portando questa critica all'estremo, che in caso di sopravvenienze rilevanti l'apparente dovere di rinegoziazione nasconde invece qualcosa di diverso: precisamente, un adeguamento *ex lege*, che è poi il giudice ad accertare

esercitabile solo in caso di inadempimento all'obbligo, si finirebbe per dar luogo a un rimedio, di nuovo, poco effettivo: da un lato, la parte chiamata a rinegoziare potrebbe facilmente nascondere un suo inadempimento dietro a un intendimento di trattare, solo per differire l'esercizio del diritto potestativo; da un altro lato, la parte protetta potrebbe dolersi di un inadempimento, agire in giudizio facendo valere il suo diritto potestativo e vedere poi la sua domanda integralmente rigettata, quand'anche avesse diritto all'adeguamento, solo per assenza di un vero e proprio inadempimento della controparte<sup>133</sup>. Senza dire che, in ogni caso, attribuire un potere così incisivo al giudice vorrebbe dire, nella sostanza, svuotare la riserva di competenza pattizia.

In realtà vi è, tra questi gruppi di tesi, uno spazio: quello in cui si ammette che l'obbligo di negoziare non sia altro che un obbligo in senso proprio; niente meno, niente più<sup>134</sup>. Niente meno di un obbligo, evidentemente tutelato in positivo, che impone di trattare onde raggiungere un accordo; niente più di un obbligo, con esclusione dunque di ogni tutela in forma specifica mediante sentenza costitutiva<sup>135</sup>. Tesi, questa, che richiede ovviamente qualche precisazione in più, a partire da un cenno di teoria generale.

A) Come si diceva, l'idea della gestione della sopravvenienza mediante un obbligo di rinegoziare mira a tutelare la riserva di competenza delle parti sulla manutenzione (o se del caso risoluzione) del loro accordo (riserva fondata sia sulla necessaria flessibilità del rimedio, altrimenti difficilmente attingibile, sia sul fatto che le parti sembrano essere i migliori giudici del caso concreto).

---

mediante una sentenza dichiarativa. Per altro verso, l'apparente contraddittorietà tra l'obbligo di rinegoziare e il diritto a ottenere dal giudice l'adeguamento era già avvertito dal padre nobile della rinegoziazione, ossia da N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, in *AcP*, 1981, p. 256.

<sup>132</sup> Cfr. S. THOBANI, *Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare*, in *Corr. giur.*, 2020, 634. Questo problema affatica anche la dottrina tedesca, la quale deve fare i conti con un § 313 BGB che non menziona nemmeno l'obbligo di rinegoziare, richiamando solo – e direttamente – il diritto di chiedere al giudice un adeguamento del contratto: v. a tal riguardo W. DORALT, *Langzeitverträge*, Tübingen, 2018, 400 ss.

<sup>133</sup> Mentre il nuovo art. 1195 Code civil supera questo problema semplicemente prevedendo che, «en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation», e che, «a défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe». Sulla previsione, che accorda il diritto a ottenere il provvedimento giudiziale a fronte della mancanza di un accordo *dans un délai raisonnable*, v. G. CHANTEPIE-M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 2018, p. 478 ss., i quali, traendo spunto dal tenore letterale della previsione, tendono a escludere che oggi in Francia esista una vera e propria obbligazione di rinegoziare.

<sup>134</sup> Tale è anche la tesi di chi ritiene che questo obbligo vada tutelato in via risarcitoria: v. ad esempio M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 920 ss.; M. RABITTI, *Rinegoziazione dei contratti d'impresa e principio di buona fede (considerazioni sul post-pandemia)*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 2310. Tuttavia, come si vedrà a breve, diversa è la posizione di chi scrive.

<sup>135</sup> O addirittura, come avviene secondo altre proposte, mediante un «intervento perequativo *ope iudicis*» (cfr. A. FACHECHI, *Stato d'emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 1136).



Allorché invoca una rinegoziazione, il titolare del diritto a ottenerla si trova giocoforza di fronte a una pluralità di esiti rinegoziatori, di volta in volta più o meno favorevoli per lui. Alcuni di questi scenari potenziali appaiono fin da subito inattuabili oppure, al contrario, illegittimi, tanto che, se la controparte insistesse per il loro accoglimento, ella risulterebbe senz'altro inadempiente; altri scenari, invece, diventano inattuabili o illegittimi in virtù del modo in cui sono condotte le trattative. Vi è, per così dire, un insieme di limiti di legittimità e un'area invece di scelte di merito; questa commistione produce, per le parti, uno spazio di discrezionalità<sup>136</sup>, che si restringe via via che la trattativa prosegue (ma al cui interno restano quasi sempre presenti più scelte tutte ugualmente integranti un adempimento e, per ciò stesso, tra loro equipollenti).

Così ricostruito, l'obbligo di rinegoziare – inteso come obbligo di esercitare (in senso lato) un potere, quello di autonomia privata, che viene limitato e reso discrezionale proprio in ragione dell'esistenza dell'obbligo e del suo specifico contenuto<sup>137</sup> – ricorda, per vero, da vicino l'interesse legittimo pretensivo di diritto amministrativo<sup>138</sup>: in entrambi i casi una parte (la p.a. o la parte non toccata dalla sopravvenienza) è titolare di un potere, ma al contempo di un dovere; l'esercizio del potere è sindacabile dalla controparte, benché solo entro determinati limiti (il sindacato tocca solo alcuni profili, sussistendo un'area di riserva di competenza – amministrativa o privata – in cui il giudice non può entrare); parimenti, in entrambi i casi non è affatto detto che l'esercizio, legittimo, del potere soddisfi, o soddisfi pienamente, le iniziali ambizioni della controparte (che, come si suol dire, gli procuri per intero il “bene della vita”<sup>139</sup> cui egli aspirava, che nella rinegoziazione è

<sup>136</sup> Che la discrezionalità sia al centro della rinegoziazione è evidenziato già da F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 421. Di “potestà”, nel senso di potere esercitato per soddisfare un interesse altrui, parla F. GAMBINO, *Problemi*, cit., 171 ss. (pur giungendo a soluzione assai diversa rispetto a quella del testo): e, in effetti, la parte tenuta a rinegoziare, dotata di un potere che deve esercitare per soddisfare l'interesse altrui, è tenuta a considerare tale interesse, ma al contempo mantiene un'area di libertà. Tant'è vero che il titolare del diritto (o interesse, che dir si voglia) a rinegoziare può pretendere l'esercizio del potere e può sindacarne la legittimità, ma non può – entro l'area di libertà comunque riservata a controparte – dolersi di un suo certo esercizio.

<sup>137</sup> Obbligo che comprende pure la necessità di collaborare costruttivamente con la controparte per raggiungere un accordo: e, dunque, l'esigenza di esercitare il potere anche considerando interessi altrui.

<sup>138</sup> Sull'interesse legittimo quale posizione che tutela solo “eventualmente” l'interesse a un bene della vita (in tanto in quanto la sua attribuzione coincida con il miglior perseguimento dell'interesse pubblico), v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 4<sup>a</sup> ed., Bologna, 1994, 94. Per P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, 119, «le situazioni giuridiche soggettive non si distinguono per i diversi interessi che ne costituiscono il contenuto, sibbene per il tipo di protezione che dalle stesse deriva ai vari interessi sostanziali»; e sul punto v. pure L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 26. Sulle varie teorie ricostruttive dell'interesse legittimo, sia oppositivo che pretensivo, v. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 49 ss.

<sup>139</sup> È la nota espressione di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, 342, assai in uso nel diritto amministrativo.

rappresentato dalla modifica contrattuale richiesta o comunque da quella che più soddisferebbe la parte)<sup>140</sup>.

B) Questa somiglianza è di spunto anche per rintracciare lo strumento rimediabile volto a sanzionare la violazione dell'obbligo di rinegoziare (a prescindere dalla questione relativa alla sua vera e propria qualificazione come interesse legittimo pretensivo o della sua semplice vicinanza a tale figura: questione che finisce per essere per lo più nominalistica e, soprattutto, in questa sede non dirimente).

Così ragionando, si possono adottare, e adattare, alcune figure del processo civile, al fine di raggiungere un esito analogo a quello tipico del giudizio amministrativo.

B.1) Nel diritto amministrativo l'interesse legittimo pretensivo non consente, di regola, alla parte di ottenere dal giudice un ordine di provvedere in un certo senso (di emettere un provvedimento con un certo contenuto): quel che il cittadino può chiedere è, semmai, di annullare l'atto di esercizio del potere, con una sentenza che ha un effetto conformativo<sup>141</sup>, obbligando la p.a. a provvedere senza cadere nello stesso vizio di illegittimità (ormai giudicato tale dalla sentenza emessa). A fronte, poi, del silenzio della p.a., il cittadino può chiedere che la stessa sia condannata a esprimersi<sup>142</sup>.

Nel diritto privato si può ipotizzare che, avviata una rinegoziazione, la parte non immediatamente svantaggiata dalla sopravvenienza possa risultare inadempiente: in particolare, ciò avverrà ove ella si sottragga alle trattative oppure ove non collabori costruttivamente nell'ambito delle stesse<sup>143</sup>. In tali ipotesi – lasciando da parte qui, per ragioni di spazio, eventuali rimedi in autotutela o d'urgenza<sup>144</sup> – il contraente pregiudicato potrà rivolgersi al giudi-

<sup>140</sup> A ciò si potrebbe opporre che l'interesse legittimo di diritto pubblico sorge allorché la p.a. è munita di un potere altrettanto pubblico, da esercitare per la migliore tutela dell'interesse pubblico: di conseguenza, l'eventualità della tutela del privato discende dal fatto che l'amministrazione non deve soddisfare il suo interesse (ossia, l'interesse del privato), ma un diverso interesse. Tuttavia, il risultato finale è pur sempre che la p.a., nei confronti del privato, deve esercitare un potere in modo parzialmente vincolato, senza però che tali vincoli assicurino al privato la soddisfazione (o comunque la piena soddisfazione) del suo interesse.

<sup>141</sup> V. per tutti Cons. Stato, 9.1.2001, n. 253, in *Giur. it.*, 2001, 1273.

<sup>142</sup> È l'azione di tutela avverso il silenzio: artt. 31, co. 1 e 2, e 117 cod. proc. amm. Cfr. di recente M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019, 283 ss.

<sup>143</sup> Oltre al rifiuto di trattare, la «forma classica di inadempimento astrattamente afferente a clausole di rinegoziazione di qualsiasi tipo si realizza in caso di scorrettezza del comportamento delle parti nella fase delle trattative»: F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 399 (e v. già la pagina 346, ove si trova scritto che entrambi i contraenti «sono tenuti a trattare in buona fede e a condurre a termine la trattativa pervenendo al risultato»).

<sup>144</sup> Basti qui dire – nell'ambito di un discorso assai complesso, qui solo riassumibile per sommi capi – che, per numerosi autori, le trattative rinegoziatorie non consentono di sospendere l'esecuzione delle prestazioni (come incisivamente oggi prevede l'art. 1195 Code civil: «elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation»); tuttavia, a fronte di un inadempimento dell'obbligo di coltivare le trattative da parte dell'altro contraente, è possibile «sospendere l'esecuzione ex art. 1375 e in particolare ex art. 1460 c.c., salvo il diritto a risarcimento del danno» (F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 321 s. e 397); sospensione che secondo taluno (A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus*, cit., 3) può tradursi

ce, chiedendogli un ordine di rinegoziare: ordine che dovrà contenere pure (come avviene per l'effetto conformativo nel diritto amministrativo) un'identificazione delle condotte già tenute, che hanno costituito inadempimento, e pure un'indicazione dei principi che in concreto dovevano (e dovranno) guidare l'attività (in senso lato, di esercizio del potere). Principi che verranno espressi, a seconda dei casi, in termini generali o con esemplificazioni<sup>145</sup>.

Quanto all'effettività di tale condanna, è da ritenere che essa, avendo a oggetto un *facere* infungibile, possa essere accompagnata da *astreintes*, ossia da penalità di mora, volte per l'appunto a renderla effettiva. In tal senso, del resto, si sono già espresse alcune sentenze proprio in materia di rinegoziazione, nonché alcuni autori<sup>146</sup>. L'effetto conformativo, dunque, può essere raggiunto nel processo civile mediante la previsione di *astreintes* a carico della parte che dovesse continuare a non adempiere.

Due precisazioni.

Si può supporre che, al venir meno di qualsiasi forma di discrezionalità (il che di regola avverrà solo ove l'esito rinegoziatorio obbligato appaia essere, purtroppo, la risoluzione), il giudice possa condannare a concludere un accordo con un ben definito contenuto<sup>147</sup>: del resto, lo stesso avviene nel diritto amministrativo, qualora venga meno la discrezionalità della p.a.<sup>148</sup>

Preme poi osservare che alla domanda di condanna si potrà cumulare la richiesta di un risarcimento, il cui esatto ammontare potrà però venire liquidato solo conoscendo l'esito finale della trattativa. Profilo, questo, che evoca proprio il risarcimento degli interessi legittimi amministrativi, in caso di ritardo nell'adozione di un provvedimento<sup>149</sup>; risarcimento che li assume le forme del danno da ritardo nell'attribuzione del bene della vita o del danno

---

finanche nella «autoriduzione della propria prestazione (fino alla misura che, consensualmente e solidaristicamente, poteva concordarsi)».

<sup>145</sup> Questo appare possibile perché è una parte privata a chiedere al giudice di ordinare di rinegoziare, sicché il giudice può – e anzi deve – specificare qual è il contenuto dell'obbligo. Nell'ambito del diritto amministrativo, la condanna in caso di silenzio non potrebbe invece contemplare indicazioni simili, in virtù del divieto di cui all'art. 34, co., 2, cod. proc. amm. (inoperante laddove la riserva di competenza non poggia sulla divisione tra poteri, ma sulla tutela dell'autonomia privata: in casi del genere, tutt'al contrario, il principio di effettività impone una simile pronuncia, cui non osta la generale architettura istituzionale).

<sup>146</sup> In giurisprudenza v. Trib. Bari, 14.6.2011, in *Contratti*, 2012, 571. V. pure F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, *ivi*, 573 ss., nonché A. GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza Covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.c. ne è lo specifico rimedio*, in *juscivile*, 2020, 749 s.

<sup>147</sup> Anzi, ci si potrebbe chiedere se, per ragioni tecniche analoghe a quelle di cui si dirà al punto B.2), il giudice, ove richiesto mediante apposita domanda, possa anche pronunciare sentenza costitutiva che tiene luogo dell'accordo (risolutorio) non concluso.

<sup>148</sup> Sull'azione di condanna per esaurimento della discrezionalità v. l'art. 31, co. 3, cod. proc. amm. e, in dottrina, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 225 ss.; S. FLORIAN, *L'azione di adempimento tra rifiuto di provvedere e silenzio dell'amministrazione*, Torino, 2022, *passim*.

<sup>149</sup> Art. 30, co. 3 e 4, cod. proc. amm., nonché art. 2 *bis*, l. n. 241/1990.



da incertezza<sup>150</sup>, a seconda dei casi, e che identiche forme assumerà anche nel diritto privato (così, se il contraente ha aspettato diversi anni per raggiungere un accordo di adeguamento, dovrà vedersi risarcito il danno per il ritardo nel suo ottenimento; se poi, contrariamente alle aspettative e in virtù di una specifica difesa della controparte, dovrà accontentarsi della risoluzione del vincolo, si potrà valutare se ricorrano gli estremi di un danno provocato dall'incertezza).

B.2) L'esecuzione dell'ordine di rinegoziare è senz'altro affidata alla possibilità di attivare le misure compulsorie in sede esecutiva. Ovviamente, qualora la controparte ritenesse di aver adempiuto all'ordine contenuto nella sentenza, si opporrà (al precetto o) all'esecuzione e si aprirà, su questo, un giudizio di cognizione<sup>151</sup>.

Ma vi è di più.

Il processo amministrativo conosce, come noto, il giudizio di ottemperanza, che può essere attivato tra l'altro ove la p.a. non si adegui all'effetto conformativo del giudicato di annullamento di provvedimenti che incidono su interesse legittimi pretensivi. Così avviene, in particolare, ove la p.a. violi o eluda il giudicato, ad esempio adottando ulteriori provvedimenti illegittimi (anche per ragioni di illegittimità diverse da quelle già rilevate), che debbono essere considerati nulli. In ipotesi del genere il giudice amministrativo può tra l'altro violare la riserva di competenza dell'amministrazione, provvedendo egli stesso (e dunque entrando nel merito). Per lo più, a dire il vero, il giudice amministrativo non interviene direttamente, ma nomina un commissario *ad acta*: ciò che gli è consentito dalla legge («ove occorra») e che solitamente consente di far emanare il provvedimento a un soggetto dotato di maggiori competenze di merito (sempre sotto la stretta osservanza del giudice amministrativo).

Nell'ambito del giudizio civile non esistono forme nemmeno vagamente riconducibili a una sorta di “ottemperanza civilistica”, per mezzo delle quali un giudice possa sostituirsi alle parti nell'adeguare o risolvere il contratto. Tuttavia, ci si può chiedere se, ove a valle di un ordine di rinegoziare la parte condannata non vi adempia, il contraente tutelato possa chiedere, finalmente, una sentenza *ex art. 2932 c.c.*

A ciò si potrebbe opporre che, in linea generale, un simile potere non è previsto dalla legge, mentre invece dovrebbe essere tipicamente riconosciuto (art. 2908 c.c.)<sup>152</sup>. Questa critica, peraltro assai diffusa<sup>153</sup>, non convince:

<sup>150</sup> Oggi, nel diritto amministrativo, si distingue più precisamente tra ritardo nell'attribuzione del bene della vita e danno da ritardo mero. Su quest'ultimo v'è, in realtà, ancora dibattito: l'art. 2 *bis*, co. 1 *bis*, l. n. 241/1990, prevede nel caso di ritardo mero un indennizzo, che secondo taluno però può concorrere (se del caso, venendo assorbito) con il risarcimento, ove sussistano gli estremi per lo stesso (e, in particolare, sussista la prova del danno). V. sul punto Cons. Stato, Ad. Plen., 4.5.2018, n. 5, e più di recente Cons. Stato, 16.2.2024, n. 1576, entrambe in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>151</sup> Conseguentemente, giudice dell'adempimento sarà il giudice della parentesi di cognizione di un eventuale processo di esecuzione relativo alla debenza delle *astreintes*.

<sup>152</sup> Un'altra critica diffusa si appunta sulla presunta indeterminatezza del contenuto della sentenza che il giudice sarebbe chiamato a emanare (cfr. A. GENTILI, *La replica*, cit., 714, con riferimento alle clausole di rinegoziazione, ma con argomentazione estendibile ai casi

la tipicità qui è rispettata, giacché quel che si chiede al giudice è emettere una sentenza senz'altro prevista dall'ordinamento (esecutiva di un obbligo di contrarre). Né la legge richiede che la fonte dello specifico obbligo di contrarre sia tipica: la tipicità, infatti, si collega alla sola previsione del tipo di tutela<sup>154</sup>.

Semmai, v'è da chiedersi se sia opportuno immaginare che nasca un vero e proprio obbligo di contrarre. A suo tempo si escludeva che così fosse: in effetti, prima dell'emanazione della sentenza che condanna ad adempiere ipotizzare un simile obbligo vorrebbe dire, come già rilevato, dar vita a un rimedio che talvolta rischia di essere poco effettivo e che comunque appare sempre lesivo della riserva di competenza pattizia. A valle della sentenza, tuttavia, si può ritenere che le perplessità vengano meno: da un lato, il contraente deluso dalla controparte ha già ottenuto un provvedimento giurisdizionale e, nel chiedere una tutela ulteriore e diversa, agisce a suo rischio e pericolo (ben potendo limitare la sua iniziativa all'esecuzione forzata per ottenere il pagamento delle penalità di mora)<sup>155</sup>; da un altro lato, a fronte dell'inerzia protratta occorre superare eventuali ritrosie nell'immaginare un intervento del giudice sul contratto (beninteso, ove richiesto dal soggetto che aspira a una simile ulteriore protezione)<sup>156</sup>.

---

di obblighi *ex fide bona*). In realtà, la buona fede, ove venisse meno la riserva di competenza pattizia, sarebbe idonea a individuare (a permettere al giudice di individuare) uno e un solo contenuto del contratto (come avviene in altri ambiti: anche la buona fede *in contrahendo* impone di reperire una e una sola regola del caso concreto, per verificarne il rispetto). Ben diverso è supporre che l'ordinamento compia un atto di *self-restraint*, facendo in modo che il giudice non intervenga immediatamente sul contratto da rinegoziare.

<sup>153</sup> Sulla tipicità, anche come tassatività, della tutela costitutiva, v. ad esempio A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 61, secondo il quale l'art. 2908 c.c. impone «il marchio della tassatività alle ipotesi riconducibili nello schema dommatico della tutela costitutiva».

<sup>154</sup> Detto in altri termini, non potrebbe essere riconosciuta una sentenza costitutiva in ipotesi non legislativamente regolate; ma può essere senz'altro riconosciuta una sentenza *ex art.* 2932 c.c. in ogni caso in cui vi è un obbligo a contrarre, anche non tipicamente previsto dal legislatore. Per di più, a ciò va aggiunto che, secondo un autore (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 11<sup>a</sup> ed., I, Torino, 2017, 30), le sentenze costitutive non sono tassative, ma piuttosto tipiche, dal che deriverebbe l'ammissibilità dell'interpretazione estensiva e, tutt'al più, la preclusione di quella analogica (al che, peraltro, potrebbe aggiungersi che nell'ambito di sottosistemi chiusi sembrerebbe ammessa finanche l'interpretazione analogica, purché essa non sia volta a mutare i tratti dell'azione costitutiva oggetto di analogia e purché non finisca per estendere quella specifica tutela costitutiva al di fuori dell'istituto per cui il legislatore l'ha disegnata: entro questi limiti, infatti, sarebbe rispettata la tipicità, ove riferita alla connessione tra rimedio ed esigenza di tutela – come sembra ragionevole –, più che alla singola azione e alla sua fattispecie).

<sup>155</sup> Sicché, se agirà col giudizio costitutivo andando poi incontro a un rigetto (per la mancanza, a monte, di un inadempimento all'obbligo di rinegoziare), non potrà dolersi di aver intrapreso una simile iniziativa per la mancanza di altri strumenti di tutela.

<sup>156</sup> La sentenza in esame conterrà una specifica condizione, ove si ritenga che non possa essere implicitamente condizionata *ex art.* 336, co. 2, c.p.c. all'esistenza della condanna a rinegoziare. Del resto lo stesso vale per l'accordo di esecuzione della sentenza a monte (ove l'accordo non sia tombale, ma solo interlocutoriamente esecutivo di una sentenza non passata in giudicato).

Lo spazio riservato alla competenza pattizia verrà allora occupato dal giudice, che si avvarrà dell'operare combinato (e, questa volta, senza limitazioni) di buona fede ed equità quali criteri per cercare, tra tutti gli scenari possibili, quello migliore, perché più adeguato e congruo (anche tenendo conto delle aspettative del soggetto che cerca tutela<sup>157</sup>).

B.3) Nel diritto amministrativo si prevede poi pure il risarcimento del danno, nei limiti delle *chances* di ottenere un provvedimento favorevole<sup>158</sup>, ove questo irrimediabilmente manchi (e salva l'applicazione dell'art. 1227 c.c., ove la parte tutelata non abbia agito per la caducazione del provvedimento illegittimo<sup>159</sup>).

Nel caso del diritto alla rinegoziazione si deve ammettere la facoltà della parte pregiudicata di agire per chiedere, anziché la condanna a rinegoziare, il solo risarcimento del danno, nei limiti delle *chances* di ottenere accordi rinegoziatori corrispondenti a un certo spettro (e con gradi diversi di vantaggiosità)<sup>160</sup>.

Non vi sarebbe ragione, qui, di ipotizzare un'applicazione dell'art. 1227 c.c.: ma si potrebbe ritenere che, giacché il diritto di credito si converte in diritto al risarcimento del danno solo allorché manca in capo al soggetto tutelato l'interesse all'adempimento sanante, finché la rinegoziazione mantiene un senso (anche *ex post*, ossia relativamente a un contratto già in parte o del tutto eseguito), non vi sia ragione per far luogo al rimedio risarcitorio<sup>161</sup>.

<sup>157</sup> Il quale nella sua citazione chiarirà, dal suo punto di vista, come occorra adeguare il contratto o se esso debba addirittura essere risolto; conseguentemente, il giudice terrà conto – e dovrà tenere conto – anche della sua prospettiva (del resto, egli è la parte fedele, che non deve essere svantaggiata dalla mancanza di un'ideale trattativa).

<sup>158</sup> V. già F. CORTESE, *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 174 ss.; in giurisprudenza, di recente, T.A.R. Puglia - Lecce, 4.8.2022, n. 1346, in *dejure*, secondo cui «la *chance* è un'ipotesi – assai ricorrente nel diritto amministrativo – di danno solo “ipotetico”, in cui non si può oggettivamente sapere se un risultato vantaggioso si sarebbe o meno verificato. Pur essendo certa la contrarietà al diritto della condotta di chi ha causato la perdita della possibilità, non ne è conoscibile l'apporto causale rispetto al mancato conseguimento del risultato utile finale»; e v. pure Cons. Stato, 11.7.2018, n. 4225, in *dejure*.

<sup>159</sup> Art. 30, co. 3, cod. proc. amm. (che, pur senza richiamare espressamente l'art. 1227, co. 2, c.c., ne riproduce la logica).

<sup>160</sup> Sul risarcimento delle *chances* di ottenere nuove condizioni grazie alla rinegoziazione v. E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 809. Per altre posizioni v. A. CINQUE, *Sopravvenienze*, cit., 1713, per il quale si tratterebbe dell'interesse negativo (questa ricostruzione, però, si basa evidentemente sulla ricostruzione dell'obbligo di rinegoziare come obbligo di meramente condurre una trattativa: lo nota S. THOBANI, *Il contenuto*, cit., 638), nonché v. F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, in *Obbl. contr.*, 2012, 453 s., secondo cui andrebbe risarcito l'interesse positivo, eventualmente valutato *ex art.* 1226, commisurato su quanto si sarebbe potuto trarre dal contratto se esso non fosse stato afflitto dalla sopravvenienza. In ogni caso, sulle difficoltà nel determinare questo risarcimento v. G. MAGRI, *Rinegoziazione e revisione del contratto*, in *Revista de derecho privado*, 2021, 408.

<sup>161</sup> V., per notazioni simili (anche se non del tutto sovrapponibili), F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 216, nt. 68, secondo il quale «di risarcimento del danno non dovrebbe discorrersi, sin tanto che sia ancora possibile l'*Anpassung*, anche mediante l'intervento giudiziale».

Un tale rimedio, viceversa, sarà invocabile ove risulti irrimediabilmente mancata la prestazione caratteristica<sup>162</sup>.

Parimenti, si può ammettere che la parte svantaggiata dalla sopravvenienza possa anche chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento. Poiché, però, convertire un diritto a rinegoziare in una domanda risolutoria vorrebbe dire far assurgere a rimedio caducatorio un rimedio che nasce come manutentivo, deve in qualche modo circoscriversi il diritto a ottenere la risoluzione, riconoscendolo – oltre che nei casi poc’anzi menzionati, in cui si è persa definitivamente una prestazione (e forse salvo che il contratto sia poi fisiologicamente continuato, una volta cessato l’effetto della sopravvenienza) – nelle ipotesi in cui il ritardo nel rinegoziare, lungi dall’arrecare semplicemente un danno, faccia sorgere un’obiettiva necessità di sciogliersi dal contratto, al fine di reperire altrove, sul mercato, la stessa prestazione<sup>163</sup>.

## 9. Conclusione

Molto vi sarebbe ancora da dire.

In particolare, l’esposizione che precede apre altri temi di indagine, tra i quali vanno annoverati almeno i seguenti:

- poiché solo un intervento legislativo – di per sé formalizzante – potrebbe dare stabilità e certezza al discorso giuridico, superando la messe di opinioni che allo stato sussistono non solo sull’*an* e sul *quando* della rinegoziazione, ma anche e soprattutto sul suo *quomodo*, sarebbe opportuno tratteggiare – come già taluno ha provato a fare<sup>164</sup> – i lineamenti di una possibile introduzione e regolamentazione, *de iure condendo*, dell’obbligo di rinegoziare. A tal riguardo, se si condivide l’idea per cui l’obbligo in parola, se “preso sul serio”, assomiglia molto da vicino a un interesse legittimo pretensivo, potrebbe essere utile disciplinare la fase di esecuzione della condanna a rinegoziare prendendo spunto da alcuni tratti del giudizio amministrativo, in particolare immaginando una possibile fase di ottemperanza civilistica, in seno alla quale il giudice, di fronte all’inerzia della controparte, si sostituisca alla stessa (se del caso, nominando un apposito esperto);

<sup>162</sup> Ad esempio, perché il suo debitore non l’ha fornita, ritenendo infondata l’eccezione di inadempimento a sua volta sollevata dalla parte pregiudicata dalla sopravvenienza (a fronte del preteso inadempimento dell’obbligo di rinegoziare).

<sup>163</sup> Ciò potrà avvenire, ad esempio, ove la controparte, di fronte all’eccezione di inadempimento a sua volta sollevata dalla parte pregiudicata dalla sopravvenienza, rifiuti la prestazione caratteristica e il ritardo assuma una durata intollerabile.

<sup>164</sup> Cfr., solo tra i più recenti contributi, F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, I, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2021, 625; F. MACARIO, *Prima ipotesi*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, II, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2022, 206; E. TUCCARI, *Seconda ipotesi*, *ivi*, 207; M. ZACCHEO, *Terza ipotesi*, *ivi*, 207; F. MEZZANOTTE, *Il diritto*, *cit.*, 209 ss.; U. SALANITRO, *Il diritto alla rinegoziazione del contratto: l’articolazione della buona fede nella proposta de iure condendo*, *ivi*, 225 ss. (questi ultimi, tutti attorno a proposte di esercizio della delega di cui al d.d.l. delega n. 1151/2019, poi non approvato); M. DE PAMPHEILIS, *Rinegoziazione e default rule. Il mantenimento dei contratti esposti a sopravvenienze nella prospettiva de iure condendo*, Bologna, 2020, *passim*.

- partendo dal presupposto secondo cui l'obbligo di rinegoziazione emerge ogniqualevolta sussiste un'area di riserva di competenza pattizia (ossia, un'area in cui non vi è una lacuna che l'ordinamento deve integrare, ma piuttosto un'inadeguatezza di un regolamento già dettato e che, dunque, va modificato<sup>165</sup>), verrebbe da chiedersi se un simile obbligo sussista anche in altre ipotesi, oltre che in quelle delle sopravvenienze funzionali parziali su cui ci si è soffermati: si pensi, più che ai casi di sopravvenienze quantitative (volutamente lasciate fuori dall'indagine, perché poco o per nulla venute in rilievo durante la pandemia, e comunque forse già regolate in modo esaustivo dall'art. 1467 c.c. e dalle varie norme speciali dei vari tipi, specie ove le si volesse applicare analogicamente a casi simili<sup>166</sup>), alle ipotesi di malfunzionamento di singole clausole (come potrebbe essere una clausola di indicizzazione non più funzionante a causa della mancata rilevazione dell'indice su cui essa faceva perno<sup>167</sup>)<sup>168</sup>;

- si è visto quanti siano i punti di contatto tra il regime delle sopravvenienze funzionali e i vizi del consenso: d'altronde, la disfunzione dello scopo, ove genetica, non sempre dà luogo a nullità, giacché nella maggior parte dei casi (ossia, se non incidente sullo scopo tipico), produce, secondo quanto si è detto sopra, annullabilità (ove venga meno integralmente lo scopo concreto) e, secondo una proposta altrove articolata<sup>169</sup>, obbligo di rinegoziazione; ne consegue che una revisione ad ampio spettro del dovere di rinegoziazione dovrebbe farsi carico di sciogliere anche alcuni temi tuttora problematici dell'errore comune, nell'ambito di una – più volte additata – generale revisione (ermeneutica, se non anche legislativa) della disciplina dei vizi del consenso, peraltro da più parti auspicata<sup>170</sup>;

<sup>165</sup> Non ci si riferisce all'inadeguatezza causale (o immeritevolezza), che si ha – secondo la tesi cui qui si è aderito – allorché una regola risulti contraddittoria rispetto agli interessi contrattuali (v. nt. 54). Il riferimento va, piuttosto, a parti del contratto che contrastano (non già con elementi interni al contratto, ma piuttosto con) la realtà esterna.

<sup>166</sup> È la tesi, ampiamente argomentata e in buona parte condivisibile, di E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti*, cit., 98 ss. Tuttavia, il Code civil francese, con la riforma del 2016, si è interessato proprio (e solo) di tali sopravvenienze, al fine di collegarvi l'esperibilità di un rimedio manutentivo facente perno sulla rinegoziazione: «si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant». Cfr. G. CHANTEPIE-M. LATINA, *Le nouveau droit*, cit., p. 476.

<sup>167</sup> V. ad esempio Trib. Roma, 6.7.1995, in *Foro it.*, 1996, I, 708, con nota di F. MACARIO, *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*. In generale, sulle clausole di indicizzazione, v. di recente l'ampio lavoro di F. PISTELLI, *L'indicizzazione del regolamento contrattuale*, Trento, 2023 (*ivi*, 292 ss., l'autore propone invece di applicare, in caso di mancata rilevazione dell'indice, la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta o la riduzione della prestazione «per il periodo in cui si siano verificate interruzioni o malfunzionamenti»); in giurisprudenza, cfr. la famosa pronuncia Cass., 29.6.1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, 2132 (su cui si può leggere *ivi* la nota di R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*).

<sup>168</sup> O a quelle di caduta, integrale o parziale, del presupposto, di cui già si è detto (nt. 46).

<sup>169</sup> V. sopra, nt. 87, e il rinvio *ivi* formulato.

<sup>170</sup> In dottrina v. ad esempio F.P. PATTI, *"Fraud" and "Misleading Commercial Practices": Modernising the Law of Defects in Consent*, in *ERPL*, 2016, 310. Cfr. poi il già menzionato d.d.l. delega n. 1151/2019, che conteneva, alla lettera f), una proposta specifica-

- i tratti descritti dell'obbligo di rinegoziazione potrebbero valere anche per l'obbligo (non di rinegoziare, ma) di negoziare: a tal riguardo può ricordarsi come la giurisprudenza abbia distinto, con riferimento alla discussa figura del preliminare di preliminare<sup>171</sup>, casi in cui esso si riduce a una minuta, casi in cui assurge a vero e proprio preliminare e, infine, casi in cui dà luogo a un obbligo (positivo) di trattare (erroneamente poi ritenendo che tale obbligo sia tutelato solo in negativo), così proprio delineando una scala di intensità che va dalla responsabilità precontrattuale all'obbligo di trattare e dall'obbligo di trattare all'obbligo di concludere un certo contratto (dove l'obbligo di trattare – obbligo positivo, tale da condurre necessariamente a un esito – altro non sarebbe che il predetto “obbligo di negoziare”).

Come si vede, il tema delle sopravvenienze funzionali e, soprattutto, dell'obbligo di rinegoziazione è ben lontano dal ricevere una compiuta sistemazione. Anche la pandemia, lungi dall'aver indicato alcune linee chiare, ha fatto nuovamente emergere i contrasti tra le diverse posizioni e, in un certo senso, anche le contraddizioni dell'ordinamento, stretto tra esigenze spesso opposte e difficilmente realizzabili se non a costo di compromessi.

Resta, in ogni caso, l'estremo interesse per un tema posto al crocevia dei numerosi principi fondamentali che dominano l'autonomia privata e che, pur oggetto di svariati studi e di numerose recenti discipline di fonte legislativa, resta ancora sfuggente: e richiede uno sforzo corale da parte di dottrina e giurisprudenza, prima ancora che un intervento legislativo, onde fissare alcuni punti fermi che consentano ai pratici di orientare la loro attività, così come di preparare la via per un futuro legislatore.

---

mente relativa all'informazione precontrattuale (su cui v. MATTEO DELLACASA, *L'informazione precontrattuale nel disegno di legge di riforma del codice civile*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, II, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2022, 141 ss.).

<sup>171</sup> Su cui ci si può limitare a richiamare Cass., S.U., 6.3.2015, n. 4628, in *Foro it.*, 2015, I, 2016.



## L'ART. 2035 C.C.: SE L'IRRIPETIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE TURPE È COERENTE CON IL SISTEMA DELLA NULLITÀ

Di Silvia Brandani

| 445

**SOMMARIO:** 1. *L'irripetibilità della prestazione turpe: cenni storici.* - 2. *La ratio dell'art. 2035 c.c.* - 3. *La prestazione eseguita per uno scopo che, anche da parte del solvens, costituisce offesa al buon costume.* - 4. *La mancata partecipazione soggettiva del solvens allo scopo turpe.* - 5. *La prestazione oggetto di soluti retentio.* - 6. *Il buon costume.* - 7. *Considerazioni conclusive.*

**ABSTRACT.** *Un'indagine incentrata sulla esegesi dell'art. 2035 c.c., non condizionata da aprioristiche ricostruzioni della sua ratio, ha il pregio di riuscire a delimitare meglio l'ambito di operatività della norma.*

*Il contratto immorale è un contratto nullo e ciò autorizza le parti a chiedere la restituzione delle prestazioni eseguite. Tuttavia, quando vi è una partecipazione soggettiva del contraente allo scopo contrario al buon costume, l'ordinamento gli nega l'azione di restituzione non ritenendo meritevole di protezione la sua pretesa restitutoria.*

*Tale coerenza del sistema è contraddetta quando l'immoralità è bilaterale perché in questo caso, applicando l'art. 2035 c.c., viene di fatto data esecuzione al contratto.*

*An investigation focused on the exegesis of art. 2035 of the Italian Civil Code, not conditioned by a priori reconstructions of its rationale, has the merit of being able to better delimit the scope of operation of the rule.*

*The immoral contract is a null contract and this authorizes the parties to ask for the return of the services performed. However, when there is a subjective participation of the contracting party in the purpose contrary to morality, the legal system denies him the action for restitution as he does not consider his claim for restitution worthy of protection.*

*This consistency of the system is contradicted when the immorality is bilateral because in this case, applying art. 2035 of the Italian Civil Code, the contract is in fact executed.*



## 1. La regola della irripetibilità della prestazione turpe affonda le proprie radici nel diritto romano.

| 446

Nel diritto romano<sup>1</sup> ogni atto contrario ad una *lex prohibitiva perfecta* era nullo per lo *ius civile*.

Erano nulli, e rientravano nel concetto di illiceità, anche gli atti che avevano un contenuto turpe e che, invece di contravvenire ad una *lex perfecta*, violavano la *lex dei boni mores*.

La nullità operava attraverso la *denegatio actionis*, nel senso che il contratto nullo non fondava pretese giuridicamente azionabili.

Nel diritto romano, però, poteva accadere che l'atto fosse valido ma che i suoi effetti venissero a contraddire un principio di giustizia, determinando un arricchimento ingiustificato di una parte ai danni dell'altra.

In tali ipotesi era concesso un correttivo che risolveva l'acquisto dell'*accipiens* e ristabiliva l'equilibrio turbato tra i due patrimoni; questo correttivo era attuato con le *condictiones*, che erano delle azioni rescissorie dirette contro un acquisto patrimoniale civilmente valido, ma privo di una causa giustificativa.

Nel diritto romano, dunque, esisteva un doppio sistema nel quale da una parte vi erano spostamenti patrimoniali colpiti da nullità e dall'altra spostamenti patrimoniali validi che però non avevano un'ideale causa giustificativa e che venivano pertanto risolti mediante una *condictio*.

Proprio perché le *condictiones* presupponevano un acquisto civilmente efficace, di cui erano un correttivo, è evidente che non possono essere assimilate alle moderne azioni restitutorie che presuppongono la nullità di esso.

Il diritto moderno ha infatti elevato la causa a elemento essenziale del negozio, per cui se essa manca, oppure è *iniusta* o *turpe*, il negozio è nullo e vi è ripetizione dell'indebito pagato.

Ebbene, nel diritto romano si trova costantemente applicata la regola per cui la *condictio* era però esclusa tutte le volte in cui vi fosse stata *turpitudine* nel dante causa o nell'avente causa oppure in entrambi.

La ragione per cui era negata la ripetizione del *turpiter datum* deve rintracciarsi nel principio, accolto dal diritto romano, per cui *nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest* e che aveva per corollario l'altro principio *nemo de improbitate sua consequitur actionem*.

L'attore si vedeva quindi rifiutata la *condictio* perché, versando le parti in turpitudine, l'ordinamento non riteneva di poter concedere il rimedio per rescindere l'ingiusto arricchimento.

Proprio perché la *condictio* era un correttivo funzionale ad eliminare le conseguenze ingiuste di un contratto valido, era coerente negarla allorché il richiedente avesse eseguito una prestazione *ob turpem causam*, posto che la turpitudine della vicenda eliminava l'esigenza di ripristinare quell'istanza di giustizia che sottintendeva la *condictio*.

<sup>1</sup> La ricostruzione del principio in chiave storica è stata effettuata sulla base dell'opera di F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, 2° ed., Napoli, 1914, 262 ss.



L'esclusione della *condictio* aveva per conseguenza quella di rendere più vantaggiosa la posizione dell'*accipiens* che, in tal modo, non doveva più restituire la prestazione che, grazie alla validità del negozio, era già passata nel suo patrimonio.

Ciò portò alla formulazione dell'altro principio: *in pari causa possessionem poziore haberi debere* oppure *in pari turpitudine melior est conditio possidentis*.

Questi principi continuarono ad essere applicati nel diritto medievale, che coniò numerose formule nuove: *nemo potest allegare propriam turpitudinem; allegans propriam turpitudinem non auditur; turpitudinem detegere iure non est permissum*.

In tal modo il principio dell'irripetibilità della prestazione turpe è giunto sino a noi, applicato dalla giurisprudenza sotto il codice del 1865 che pure non lo contemplava<sup>2</sup>.

Come osservava Francesco Ferrara, si riteneva infatti che la regola romana, rispondendo ad un bisogno dell'ordine giuridico, non fosse scomparsa dall'ordinamento, facendo parte « di quel patrimonio spirituale che è la ricca eredità dell'elaborazione giuridica attraverso i secoli »<sup>3</sup>.

Sotto il codice civile del 1865 si riteneva addirittura che la regola della *soluti retentio* si applicasse a tutti i contratti illeciti e non soltanto a quelli immorali<sup>4</sup>.

La giurisprudenza non motivava tale orientamento, limitandosi a affermare che la regola della *soluti retentio*, nel caso di contratti illeciti, fosse un principio generale, immanente nel sistema, al quale ci si doveva ispirare in mancanza di una norma espressa.

Come è stato sottolineato, vi era forse l'idea, che in alcune sentenze<sup>5</sup> è affermata espressamente, che nel diritto romano la causa turpe distinta dalla causa ingiusta, potesse essere di due tipi e cioè turpe sul piano morale per violazione del buon costume e turpe sul piano civile, per violazione di norme poste dall'ordinamento a protezione di elevati interessi pubblici.

Nella sostanza, sarebbe esistita, in seno al concetto della illiceità, una turpitudine civile diversa dall'immoralità ma come questa comportante la *soluti retentio*.

In ogni caso, avesse o meno questa distinzione un fondamento nel diritto romano<sup>6</sup>, la giurisprudenza formatasi sotto il codice del 1865 c.c. applicava la regola dell'irripetibilità indistintamente alle prestazioni immorali ed illecite.

<sup>2</sup> Dopo che la regola era stata vivissima nel diritto romano e medievale, essa sparisce nel codice Napoleonico, pur continuando ad essere applicata dalle corti, sia francesi che italiane, così D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, 90.

<sup>3</sup> F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., 286.

<sup>4</sup> La ricostruzione della applicazione giurisprudenziale sotto il codice del 1865 è stata condotta sulla base di D. MAFFEIS, *op.cit.*, 93 ss.

<sup>5</sup> V. App. Bari, 3 aprile 1924, citata da D. MAFFEIS, *op.cit.*, p. 94 nota 58.

<sup>6</sup> D. MAFFEIS, *op. cit.*, 96 ss. rileva come la distinzione venisse basata sull'opinione dello Strickius, che chiamava turpitudine civile quella che noi chiamiamo illiceità perché derivante dalla violazione della legge.



Alla base di tale impostazione, per di più, vi era l'esigenza di sanzionare con la *soluti retentio* il *solvens* chi fosse stato consapevole e cosciente dell'illiceità della prestazione.

Fu forse proprio questa esigenza a condizionare l'applicazione giurisprudenziale, la quale ebbe i suoi riverberi anche dopo il codice del 1942.

Una volta entrato in vigore il nuovo codice civile, infatti, la giurisprudenza<sup>7</sup> dette inizialmente seguito al vecchio indirizzo applicativo, continuando a negare la ripetizione delle prestazioni eseguite sulla base di un contratto immorale o illecito<sup>8</sup>.

Successivamente, anche grazie alla dura presa di posizione della dottrina prevalente, la giurisprudenza modificò però la propria impostazione, applicando la *soluti retentio* esclusivamente ai contratti immorali perché così è testualmente previsto dall'art. 2035 c.c., norma di carattere eccezionale, come tale non applicabile ai casi non espressamente previsti<sup>9</sup>.

## 2. La *ratio* dell'art. 2035 c.c.

Nonostante l'indubbia caratura storica del principio, è difficile comprendere il significato della norma contenuta nell'art. 2035 c.c.<sup>10</sup>

Per quanto si possa discorrere della sua *ratio*, infatti, non v'è spiegazione che giustifichi gli effetti irrazionali che la norma sembra produrre nel sistema ove concretamente utilizzata.

<sup>7</sup> Non può non ricordarsi la sentenza della Corte di cassazione 29 aprile 1946, in *Dir. e giur.*, 1946, 280 ss., commentata da W. Bigiavi, *Ripetibilità del sovrapprezzo pagato al "mercato nero"*. Nel caso di specie era stata acquistata una partita di generi alimentari al mercato nero per un prezzo superiore a quello fissato dal calmiere. La Suprema Corte di cassazione aveva qualificato come illecito (e non immorale) il sovrapprezzo pagato, escludendone la ripetizione in applicazione del principio *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*. Argomentava la Corte di cassazione che, avendo entrambe le parti compiuto scientemente il negozio illecito, nessuna delle due poteva vantare il diritto di agire in giudizio, non potendo l'atto illecito servire da base al sorgere di un diritto, né l'ordine giuridico apprestare rimedi e difese a chi, con la propria azione illegale, avesse sofferto un danno economico. Contro la sentenza reagiva W. Bigiavi, evidenziando come questo orientamento, già discutibile sotto il vigore del codice del 1865, fosse espressamente contraddetto dall'art. 2035 c.c. Ad avviso dell'autore, già in precedenza si era trattato di una ingiustificata estensione della regola tradizionale che probabilmente era passata inosservata perché applicata a fattispecie nelle quali, accanto all'illegalità, potevano ravvisarsi anche profili di turpitudine.

<sup>8</sup> Si precisa che si utilizza l'espressione contratto illecito per indicare il contratto contrario a norma imperativa o all'ordine pubblico e contrapporlo al contratto immorale per quanto anche quest'ultimo dia luogo ad illiceità.

<sup>9</sup> Sull'argomento diffusamente S. PAGLIANTINI, *Lex perfecta, trionfo dell'ordine pubblico e morte presunta del buon costume: appunti per una ristampa della teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, in *Pers. merc.*, 2021, 670 ss.; W. BIGIAVI, *Ripetibilità del sovrapprezzo pagato al "mercato nero"*, cit.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 218; F. CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 35 ss., p. 37; G. GRASSETTI, *Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, nota a Trib., 2 maggio 1949, in *Temi*, 1951, 154.

<sup>10</sup> Per una panoramica completa delle diverse ricostruzioni dottrinali v. S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, Milano, 1997, 2 ss.

Ciò che infatti balza agli occhi è che, applicando la disposizione normativa, si finisce per dare esecuzione ad un contratto che l'ordinamento reputa nullo per illiceità, come tale improduttivo di effetti.

Proprio laddove l'ordinamento ha ritenuto di intervenire con la nullità (e la conseguente inefficacia), lo stesso ordinamento, sancendo l'irripetibilità della prestazione, consente al contratto di avere nei fatti esecuzione.

Per tentare di spiegare questa – perlomeno apparente - contraddizione, la dottrina ha elaborato molteplici tesi, tutte però parimenti insoddisfacenti.

Si è affermato, ad esempio, che, lo stato, di fronte all'immoralità, non vuole concedere nessun tipo di tutela giuridica, neanche quella restitutoria: la *ratio* sarebbe quindi riconducibile ad un principio di ordine etico, fondato sull'esigenza di non concedere protezione giuridica all'indegno<sup>11</sup>.

Peccato, però, che così facendo, anziché raggiungere l'obiettivo avuto di mira (nessuna tutela a chi ha eseguito una prestazione immorale) si ottenga il risultato diametralmente opposto, perché la prestazione eseguita rimane nella sfera di chi l'ha ricevuta, cosicché il contratto, sebbene nullo, ha nei fatti completa esecuzione.

Si potrebbe obiettare che un siffatto contraddittorio effetto non si verifica quando a dare esecuzione al contratto è stata soltanto una delle parti oppure allorché solo essa versi in condizione di turpitudine: in entrambi i casi, infatti, la *soluti retentio* opera soltanto nei confronti di un contraente cosicché non può dirsi che il contratto abbia avuto sostanzialmente attuazione.

Tuttavia, è facile replicare che la tenuta di una norma non può essere valutata con riferimento ad alcune soltanto delle sue applicazioni.

E poiché non v'è dubbio che l'art. 2035 c.c. possa avere anche applicazione bilaterale (allorché entrambe le parti siano in condizione di turpitudine ed abbiano eseguito ciascuna la propria prestazione), la *ratio* della norma non può essere ravvisata in un presunto atteggiamento di indifferenza da parte dello stato nei confronti del contraente indegno<sup>12</sup>.

Nella medesima prospettiva si coglie l'inadeguatezza della tesi che ravvisa nella *soluti retentio* una sanzione per il *solvens*<sup>13</sup>.

L'irripetibilità potrebbe atteggiarsi alla stregua di una sanzione se soltanto uno dei contraenti (il *solvens*) avesse eseguito la propria prestazione perché in tal caso, non avendo ricevuto la controprestazione, l'irripetibilità lo penalizzerebbe senz'altro rispetto all'*accipiens*.

Ma, di nuovo, il discorso non regge se la *soluti retentio* viene applicata ad entrambi i contraenti che abbiano eseguito ciascuno la propria prestazione perché, come già evidenziato, in questo caso il contratto finisce per avere sostanziale esecuzione.

V'è semmai da dire che, secondo una certa interpretazione dottrinale, la prestazione insuscettibile di irripetibilità ai sensi dell'art. 2035 c.c. non po-

<sup>11</sup> In tale senso S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 233.

<sup>12</sup> Invero la Relazione al codice civile (n. 790) individua proprio in ciò la *ratio* della norma, affermando che chi ha eseguito una prestazione in una situazione di turpitudine non è degno di invocare la protezione da parte dell'ordinamento giuridico.

<sup>13</sup> Così S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 180; di diverso avviso G. PANZA, *L'antinomia tra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso tra illegalità e immoralità*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1971, 1174 ss., secondo il quale l'irripetibilità della prestazione opererebbe alla stregua di un risarcimento in forma specifica dell'*accipiens*, vittima della condotta scorretta del *solvens*.



trebbe mai essere quella contraria al buon costume di per sé o in quanto dedotta in un rapporto di scambio, perché siffatta prestazione sarebbe irripetibile a prescindere dall'applicazione dell'art. 2035 c.c. L'opera del sicario, della prostituta, del corrotto, nemmeno in astratto potrebbero fondare una pretesa restitutoria per equivalente da parte del *solvens*, dato che si tratta di attività fuori commercio che non potrebbero dare ingresso né alla ripetizione dell'indebito né all'azione di ingiustificato arricchimento.

In questa prospettiva l'unica prestazione suscettibile di irripetibilità ai sensi dell'art. 2035 c.c. è ritenuta quella consistente nel pagamento del corrispettivo dell'attività immorale<sup>14</sup>.

Su tali basi non vi sarebbe mai spazio per un'applicazione bilaterale della norma e la *ratio* sanzionatoria sarebbe salva.

Tuttavia, può replicarsi a tale indirizzo di pensiero che la lettera della legge non giustifica un'interpretazione restrittiva del genere: se è vero che tra i casi della *soluti retentio* vi sono quelli testé citati, ciò non significa che nella prassi non possano verificarsi casi diversi, ove entrambe le prestazioni siano di per sé ripetibili ed eseguite in situazione di bilaterale immoralità.

Né potrà fondatamente sostenersi che la *ratio* dell'art. 2035 c.c. sia quella di tutelare il decoro della magistratura che non deve “insozzarsi le mani” con temi immorali: si tratta evidentemente di argomento anacronistico e inconsistente<sup>15</sup>.

Riteniamo che la norma non possa neppure essere considerata come rivolta a dirimere un conflitto di interessi.

Lo potrebbe essere se fosse destinata ad essere applicata ai soli casi in cui una soltanto delle prestazioni sia suscettibile di restituzione, e non anche l'altra, come nelle ipotesi già viste di corruzione, di contratto di meretricio, ecc.

Nondimeno è pacifico che la *soluti retentio* si osservi anche allorché la prostituta, il corrotto o il sicario, pur avendo ricevuto quanto pattuito, non abbiano eseguito la controprestazione. E in questo caso, com'è evidente, non v'è alcun conflitto di interessi da risolvere.

Chi sostiene<sup>16</sup> che la norma abbia come finalità quella di impedire al *solvens* di commettere un abuso (aggiungere immoralità all'immoralità) richiedendo la restituzione del corrispettivo dopo aver ricevuto una prestazione di per sé irripetibile (come quella della meretrice), è costretto ad ammettere che, nel caso di mancata esecuzione di quest'ultima prestazione, la *soluti retentio*, che pure trova applicazione, avrebbe una *ratio* diversa, di tipo preventivo.

Si afferma infatti che, ad ammettere la *soluti retentio* solo in subordine all'avvenuta esecuzione della prestazione dell'*accipiens*, si rischierebbe di incentivare quest'ultimo ad eseguire la propria immorale prestazione.

<sup>14</sup> S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 186.

<sup>15</sup> In tal senso G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadr.*, 1992, 19 ss., in part. 22.

<sup>16</sup> D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, Napoli, 1995, 19 ss. che ritiene applicabile la norma alle c.d. attività non contabili e cioè alle prestazioni che non possono essere contabilizzate perché di per sé illecite o perché ne è riprovato l'esercizio a scopo di lucro: la prestazione sessuale è soltanto un ideale prototipo di esse.

In quest'ordine di idee si ritiene pertanto che la norma abbia diverse finalità a seconda che l'*accipiens* abbia eseguito o meno la propria prestazione.

Un'impostazione, anche questa, che non risulta però persuasiva perché, dopo aver ravvisato nell'"abuso" dell'azione restitutoria la logica della irripetibilità, è costretta ad introdurre un correttivo<sup>17</sup> per giustificarne l'applicazione al caso dell'esecuzione unilaterale del *solvens*, così divenendo incerta e fumosa.

Né d'altro canto convince che debbano fuoriuscire dall'ambito di applicazione della norma tutti gli scambi di prestazioni entrambe suscettibili di restituzione posto che ciò non pare suffragato dalla lettera dell'art. 2035 cc.

Insomma, come si anticipava, non c'è tesi che riesca ad individuare in maniera convincente la *ratio* dell'art. 2035 c.c.

Sicuramente sulla norma pesa la storia secolare dell'irripetibilità della prestazione turpe, una storia talmente complessa e lontana nel tempo che non è azzardato ipotizzare che in qualche momento della sua evoluzione vi sia stato un salto che, pur consentendo alla regola di sopravvivere, abbia finito per privarla dell'originario significato, così riconsegnandocela solo in apparenza uguale a se stessa.

D'altro canto pare significativo in questo senso che, come si è visto, nel diritto romano l'irripetibilità della prestazione turpe avesse un senso profondamente diverso da quello attuale visto che il principio era volto ad impedire l'uso della *condictio*, correttivo rivolto ad eliminare le conseguenze ingiuste di un contratto valido.

L'irripetibilità, dunque, nel diritto romano non aveva effetti distorsivi rispetto al sistema perché, essendo il negozio valido, la prestazione era già passata nella proprietà dell'*accipiens*, che dunque la conservava in ragione della validità del contratto e non dell'immoralità.

Come una regola nata in un contesto di questo tipo abbia potuto sopravvivere nel tempo rimanendo immutata in sistemi giuridici profondamente diversi, dove il contratto turpe è illecito e dunque nullo, non è possibile indagare in questa sede, anche se non è azzardato ipotizzare che a rivestire il principio di nuovi e diversi significati abbia contribuito anche la morale cristiana<sup>18</sup>.

Proprio questa complessità, comunque, potrebbe spiegare la natura decisamente sfuggente dell'art. 2035 c.c.<sup>19</sup>, che sembra di difficile coordinamento con la disciplina del contratto nullo e della ripetizione dell'indebito.

Prescinderemo dunque da indagini aprioristiche sulla possibile *ratio* della norma, per concentrare l'attenzione esclusivamente sui contenuti dell'art. 2035 c.c. e sui problemi di diritto positivo che ruotano attorno ad esso, ivi

<sup>17</sup> D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, cit., p. 47 parla di un aggiustamento della regola, in virtù del quale penetrerebbe nell'art. 2035 c.c. una finalità di prevenzione.

<sup>18</sup> F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume. Art. 2035*, in *Comm. cod. civ.*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2015, 17, secondo il quale al tramandarsi della regola contribuirono le prescrizioni canonistiche e la cultura giuridica medievale fortemente intrisa di venature etico – religiose.

<sup>19</sup> Sui fraintendimenti storici e gli equivoci da cui è nata la massima già ammoniva P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 1 ss., in part. 4. D. CARUSI, *op. cit.*, 5 parla di origini storiche senz'altro risalenti ma non chiare, dal che la regola della *soluti retentio* trarrebbe "una sua aurea speciale, di misteriosa dignità".



compreso quello relativo alla armonizzazione della norma con il sistema della nullità del contratto.

### 3. La prestazione eseguita per uno scopo che, anche da parte del *solvens*, costituisce offesa al buon costume.

L'art. 2035 c.c. parla di una prestazione eseguita per uno scopo che, anche da parte del *solvens*, costituisce offesa al buon costume.

La norma, dunque, non fa riferimento ad una prestazione che dà esecuzione ad un contratto immorale, ma ad una prestazione eseguita per uno scopo immorale.

In astratto l'art. 2035 c.c. potrebbe pertanto trovare applicazione anche nel caso in cui non vi sia un contratto immorale<sup>20</sup> purché la prestazione sia stata eseguita per un scopo contrario al buon costume.

Nei repertori giurisprudenziale si rinvengono casi che sembrerebbero significativi in questa direzione, come quello deciso dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 5371 del 18 giugno 1987.

Nella fattispecie *de qua* un genitore aveva stipulato un contratto preliminare avente ad oggetto la vendita di un immobile del figlio minore senza la necessaria autorizzazione da parte del giudice tutelare.

Contemporaneamente aveva dato incarico ad un notaio di chiedere l'autorizzazione al tribunale competente per vendere il suddetto immobile, indicando come prezzo di vendita un importo di gran lunga inferiore a quello realmente pattuito con il promissario acquirente.

Il giudice tutelare aveva autorizzato la vendita per un prezzo non inferiore a quello indicato nell'istanza dal notaio incaricato.

Insorto un contenzioso tra le parti, il genitore promittente venditore aveva invocato l'art. 2035 c.c. per opporsi alla richiesta di restituzione della caparra avanzata dal promissario acquirente.

La Corte di cassazione ha escluso la *soluti retentio* perché, pur qualificando il contratto preliminare come nullo perché volto ad eludere norme a protezione del minore, ha ritenuto che mancasse la prova dell'immoralità. Si legge nella sentenza che l'attore, dopo aver dedotto che lo scopo delle parti era stato quello immorale di pervenire all'occulta suddivisione tra promittente venditore e promissario acquirente della maggior parte del prezzo realmente pattuito, non ne aveva poi fornito la prova.

Secondo la Suprema Corte di cassazione, solo se tale prova fosse stata fornita, si sarebbe potuto applicare l'art. 2035 c.c. per negare la ripetizione della caparra.

La sentenza è interessante, a nostro avviso, perché, pur escludendolo nel caso di specie, ipotizza un caso di *soluti retentio* ex art. 2035 c.c. che, a ben vedere, si colloca al di fuori della nullità del contratto.

<sup>20</sup> È chiaro che dovrebbe comunque trattarsi di una prestazione destinata alla ripetizione, come tale suscettibile di cadere sotto la scure dell'irripetibilità, derivante da contratto nullo o annullato, oppure inefficace o comunque risolto.



Sebbene il giudice di legittimità sostenga la nullità, infatti, è evidente che il contratto preliminare non era nullo ma annullabile ai sensi dell'art. 322 c.c.<sup>21</sup>

Pertanto, se il contratto preliminare avesse testualmente previsto la ripartizione tra le parti della differenza di prezzo rispetto a quanto autorizzato dal giudice tutelare (o comunque se di una siffatta pattuizione fosse stata data altrimenti prova), la Corte di cassazione avrebbe accordato la *soluti retentio* ex art. 2035 c.c. con riferimento ad un contratto annullabile e dunque ad una fattispecie diversa da quella del contratto nullo per immoralità.

A volersi muovere in quest'ordine di idee, non pare azzardato individuare anche altre ipotesi alle quali potrebbe astrattamente applicarsi l'art. 2035 c.c. pur non ricorrendo l'illiceità del contratto per violazione del buon costume.

Si pensi al caso in cui un soggetto costringa con violenza morale (o con dolo) un altro ad alienargli un immobile: il pagamento del corrispettivo da parte dell'acquirente è senz'altro nel segno dell'immoralità perché si tratta del prezzo di uno scambio ottenuto con la coartazione della volontà.

Per comprendere allora se anche tutte queste fattispecie (scollegate dalla nullità per violazione del buon costume) possano davvero dare luogo all'irripetibilità prevista dall'art. 2035 c.c., si deve chiarire cosa si intende esattamente per prestazione eseguita per uno scopo che costituisce offesa al buon costume.

Se la prestazione che rileva fosse, genericamente, quella eseguita dal *solvens* mosso dalla rappresentazione di un risultato immorale dell'agire, sarebbe difficile negare la *soluti retentio* nelle ipotesi prospettate.

Tuttavia la lettera dell'art. 2035 c.c. non supporta una siffatta ampia interpretazione perché parla testualmente di prestazione eseguita per un scopo contrario al buon costume.

Non è la complessiva dinamica contrattuale, nel suo articolato svolgimento, a rilevare ai fini del giudizio di immoralità, né la condotta del *solvens*<sup>22</sup>; affinché possa trovare applicazione la norma in questione ad essere sorretta da immoralità deve essere la prestazione in sé e per sé considerata.

Il pagamento di una caparra nell'ambito di un contratto preliminare diretto a danneggiare gli interessi del minore non è sorretto da uno scopo contrario al buon costume. Lo è la complessiva vicenda negoziale, ma non la prestazione che, di per sé, è soltanto correlata allo scambio programmato.

Analoghe considerazioni possono svolgersi per il contratto di compravendita stipulato con violenza morale o perché il consenso è stato carpito con dolo: anche in tali ipotesi è immorale la vicenda che sta sullo sfondo, non la prestazione avente ad oggetto il pagamento del prezzo che ha come unico scopo quello di remunerare il passaggio della proprietà del bene.

<sup>21</sup> Cass. 12 agosto 1996, n. 7495: la mancanza di autorizzazione per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione riguardanti i minori di età non dà luogo ad inesistenza o a nullità degli stessi, bensì alla loro annullabilità.

<sup>22</sup> Di diverso avviso G. PANZA, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso tra illegalità e immoralità del negozio*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1971, 1174 e ss., secondo il quale l'irripetibilità della prestazione per causa turpe troverebbe fondamento nella violazione dell'obbligo di agire secondo correttezza nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.).



Se queste considerazioni sono condivisibili, deve escludersi che possano rientrare nell'ambito di operatività dell'art. 2035 c.c. tutte quelle fattispecie, che pure si collocano in un contesto di immoralità, nelle quali non vi sia però una prestazione eseguita per uno scopo contrario al buon costume.

Se per scopo s'intende il risultato che il *solvens* si prospetta di perseguire mediante l'esecuzione della prestazione, è infatti giocoforza ritenere che esso sia contrario al buon costume quando la prestazione sia diretta ad attuare uno scambio immorale o quando sia diretta a perseguire una finalità ulteriore (rispetto allo scambio) immorale.

Nel primo caso a essere immorale è la causa o l'oggetto del contratto: si consideri un contratto ove il prezzo rappresenti il corrispettivo dell'omissione di un atto d'ufficio o della corruzione di un pubblico ufficiale, oppure il corrispettivo di una attività che di per sé non è immorale (la prestazione sessuale) ma lo diventa se oggetto di scambio.

Nel secondo caso l'immoralità riguarda il motivo: non v'è dubbio, però, che debba trattarsi di motivo illecito determinante del consenso e comune ad entrambe le parti perché solo in siffatta ipotesi il contratto è nullo, con conseguente irripetibilità delle prestazioni<sup>23</sup>.

L'interpretazione prevalente, dunque, che delimita fortemente l'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c. ritenendo che a monte debba esservi un contratto nullo perché immorale, e cioè un contratto dotato di una causa o di un oggetto *contra bonos mores* ovvero concluso esclusivamente per un motivo turpe comune ad entrambe le parti<sup>24</sup>, risulta persuasiva<sup>25</sup>.

Con la conseguenza che neanche l'immoralità unilaterale può comportare la *soluti retentio* ai sensi dell'art. 2035 c.c., se con tale espressione si intende il motivo immorale unilaterale e cioè la motivazione soggettiva che spinge una delle parti a concludere il contratto, non condivisa con l'altra<sup>26</sup>.

#### 4. La mancata partecipazione soggettiva del *solvens* allo scopo turpe.

Se è così, il riferimento allo scopo ("chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume") parrebbe essere oggetto di un'interpretazione abrogante perché per prestazione

<sup>23</sup> P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (rimedi restitutori)*, in *Tratt.dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, 187; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 1087; E. NAVARRETTA, *Motivo illecito*, in E. Gabrielli (dir) *Comm. cod. civ. Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Artt. 1321 – 1349, Torino, 2011, 703.

<sup>24</sup> F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, 289; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 2° ed., in *Tratt. dir. civ.* diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1966, 168; D. CARUSI, *op. cit.*, 2-3, 174.

<sup>25</sup> Così F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume. Art. 2035*, cit., 62 – 63, secondo il quale il primo elemento costitutivo della fattispecie regolata dalla norma è la nullità dell'atto.

<sup>26</sup> Se invece per immoralità unilaterale si intende la possibilità di applicare l'art. 2035 c.c. allorché versi in condizione di immoralità solo il *solvens*, la lettera della norma sembrerebbe consentirlo.

eseguita per uno scopo immorale si finisce per intendere soltanto quella eseguita in esecuzione di un contratto nullo perché immorale.

Il legislatore, dunque, ben avrebbe potuto semplificare la disposizione normativa, limitandosi a prevedere che chi esegue un contratto nullo perché contrario al buon costume non possa chiedere la ripetizione della prestazione eseguita.

Ma si tratta di un'obiezione che non coglie nel segno.

Se è vero infatti che il riferimento all'immoralità è da intendersi da un punto di vista oggettivo, e cioè con riguardo ad un contratto nullo per immoralità, è da ritenere che il *solvens*, anche nel caso di immoralità dell'oggetto o della causa, debba altresì essere soggettivamente partecipe dello scopo immorale affinché possa incorrere nella irripetibilità della prestazione dovuta<sup>27</sup>.

In questo senso la fattispecie disciplinata nell'art. 2035 c.c. non si dissolve nell'esecuzione di un contratto immorale perché vi è l'elemento ulteriore della partecipazione soggettiva del *solvens* allo scopo immorale<sup>28</sup>.

Secondo la dottrina una siffatta partecipazione soggettiva mancherebbe, ad esempio, nel caso di vizio del consenso oppure di incapacità del *solvens*<sup>29</sup>.

Immaginiamo che Tizio sia costretto con minaccia da un familiare a corrompere un pubblico ufficiale per ottenere delle utilità: il contratto è contrario al buon costume ma la prestazione corruttiva non è sorretta

dalla partecipazione soggettiva del *solvens*, costretto ad eseguirla dalla minaccia del congiunto.

Se è vero, dunque, che Tizio esegue una prestazione contraria al buon costume, è altrettanto vero che manca ogni partecipazione soggettiva da parte sua all'immoralità.

Con questa precisazione ci pare si possa cogliere il significato più completo dell'art. 2035 c.c., che così interpretato viene a delineare una fattispecie che non è completamente appiattita sulla esecuzione del contratto immorale perché a questo requisito oggettivo ne affianca un altro di carattere soggettivo, basato sulla condivisione della contrarietà al buon costume da parte del *solvens*.

In tal modo il riferimento allo scopo ("che rappresenta offesa al buon costume") si declina più nitidamente e mantiene la propria autonomia rispetto alla illiceità per immoralità dell'oggetto e della causa.

Restano tuttavia da sciogliere due nodi fondamentali concernenti la partecipazione soggettiva del *solvens* allo scopo contrario al buon costume.

La prima questione riguarda l'individuazione delle cause che possono escludere una siffatta partecipazione.

In particolare ci si chiede se la partecipazione soggettiva del *solvens* possa essere esclusa in casi diversi da quelli dei vizi del consenso e dell'incapacità e cioè allorché la sua volontà abbia subito condizionamenti diversi.

<sup>27</sup> Parla di motivo finale P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, cit., 16 ss.

<sup>28</sup> Così D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, cit., 170.

<sup>29</sup> V. D. CARUSI, *op. cit.*, 170 ss.

La dottrina<sup>30</sup> che lo esclude, ritenendo rilevanti soltanto i vizi del consenso (e l'incapacità), argomenta dall'incertezza del diritto che ne deriverebbe.

Si tratta, tuttavia, di una impostazione che non sembra persuasiva perché l'impossibilità di riferire al *solvens* lo scopo immorale a causa di costrizioni da costui subite, o comunque di limitazioni della volontà, rappresenta una *quaestio facti* che non può essere incanalata forzatamente nella disciplina dei vizi del consenso (e dell'incapacità).

Né pare pertinente il richiamo all'esigenza della certezza del diritto perché, trattandosi di questione di fatto, vi sarà semmai un problema di valutazione dei dati probatori da parte dell'autorità giudiziaria.

Potrebbe semmai obiettarsi che l'individuazione delle cause che escludono il movente immorale non può comunque prescindere dall'utilizzo di indici normativi e che è in questo senso che sarebbero determinanti la disciplina dei vizi del consenso e dell'incapacità.

L'obiezione, a nostro avviso, è corretta perché altrimenti la valutazione rimessa al giudice sarebbe del tutto arbitraria.

Tuttavia non persuade che gli unici indici normativi debbano essere le norme sui vizi del consenso e sull'incapacità, risultando significative anche tutte quelle situazioni di coartata (o minorata) volontà comunque rilevanti per l'ordinamento giuridico<sup>31</sup>.

Si pensi, a titolo esemplificativo, allo stato di bisogno o allo stato di pericolo nella rescissione, all'abuso di dipendenza economica, al timore di eccezionale gravità come causa di annullamento del matrimonio.

In sostanza, allorché un soggetto, ad esempio, stipuli un contratto illecito per contrarietà al buon costume per fronteggiare uno stato di bisogno, l'art. 2035 c.c. non dovrebbe trovare applicazione mancando la partecipazione soggettiva del contraente allo scopo immorale.

L'altra questione riguarda invece l'individuazione del momento in cui deve valutarsi la partecipazione soggettiva del *solvens* allo scopo contrario al buon costume e cioè se al momento della conclusione del contratto oppure della esecuzione della prestazione.

L'art. 2035 c.c., invero, fa espressamente riferimento alla esecuzione della prestazione.

Tuttavia sembra difficile ipotizzare dei casi in cui quella partecipazione, assente alla stipula per cause limitative della volontà, sopravvenga poi al momento dell'adempimento.

Bisognerebbe immaginare che il *solvens*, che abbia subito condizionamenti e pressioni durante la conclusione del negozio, esegua poi spontaneamente la prestazione immorale: si pensi al caso del *solvens* che, costretto con violenza da terzi a corrompere il pubblico ufficiale, successivamente, e cioè al momento del pagamento del *pretium sceleris*, condivida lo scopo corruttivo.

<sup>30</sup> D. CARUSI, *op. cit.*, 173.

<sup>31</sup> Risulta condivisibile l'affermazione, riferita dall'autore ai vizi del consenso ed alla incapacità, ma applicabile con riferimento anche a casi diversi di coartazione della volontà, che non v'è ragione di ritenere operanti i limiti dall'ordinamento stabiliti a tutela dell'affidamento dell'altro contraente, v. D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, cit., 173.

Si tratta, è vero, di casi di scuola.

Nondimeno, non può escludersene, a nostro avviso, la rilevanza<sup>32</sup>, nel rispetto della lettera dell'art. 2035 c.c.

V'è semmai da dire che per l'*accipiens* fornirne la prova non sarà semplice, non essendo consentite indagini di carattere psicologico e dovendo sussistere delle evidenze oggettive.

Allo stesso modo può accadere che la partecipazione soggettiva allo scopo immorale, sussistente al momento della conclusione del contratto, venga meno quando il *solvens* esegue la prestazione.

Anche al riguardo possono svolgersi, *mutatis mutandis*, le stesse considerazioni. Nella maggior parte dei casi in cui il *solvens* ha stipulato il contratto condividendone l'immoralità, tale partecipazione soggettiva sorreggerà verosimilmente anche l'esecuzione della prestazione. Ma il *solvens* potrebbe invece essere resipiscente e trovarsi costretto da violenza morale a dare ugualmente attuazione al regolamento di interessi concordato.

Anche qui sarà problematico fornire la prova, che sarà però a carico del *solvens*.

In conclusione, l'applicazione dell'art. 2035 c.c. dipende per lo più dalla partecipazione soggettiva del *solvens* all'immoralità al momento della stipula del contratto: tuttavia, poiché la norma fa testualmente riferimento alla esecuzione della prestazione, non può escludersi che l'*accipiens* dimostri una partecipazione soggettiva da parte del *solvens* al momento dell'adempimento che non esisteva alla stipula del contratto, oppure che sia il *solvens* a provare che tale partecipazione, pur presente alla conclusione del negozio, è venuta meno al momento dell'esecuzione della prestazione.

## 5. La prestazione oggetto di *soluti retentio*.

Nella casistica rinvenibile nei repertori giurisprudenziali, la *soluti retentio* disciplinata dall'art. 2035 c.c. è applicata per lo più con riferimento alle prestazioni suscettibili di restituzione in natura, come quelle aventi ad oggetto la consegna di cose.

La prestazione avente ad oggetto la consegna di beni determinati fungibili rientra senz'altro nell'ambito di operatività dell'art. 2035 c.c. e non pone particolari problemi: in questo caso, infatti, il bene si confonde con il patri-

<sup>32</sup> Di diverso avviso S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, cit., 194 ss. Secondo l'autore una volta stipulata una convenzione contraria con il buon costume, potrebbe accadere che, nell'effettuare l'adempimento secondo i termini pattuiti, la parte non sia mossa da altra intenzione che da quella di tenere fede agli impegni assunti, identificandosi perciò in concreto lo scopo della prestazione con l'*animus solvendi*: in tali circostanze, a suo avviso, non può dirsi che vi siano ostacoli all'applicazione dell'art. 2035 c.c. perché altrimenti se ne ridurrebbe arbitrariamente la sfera di operatività in contrasto con la *mens legis*. Per l'autore (p. 200) la circostanza che la prestazione sia stata eseguita in stato di incapacità o per violenza, errore e dolo non dipende dalla mancanza di uno scopo contrario al buon costume, ma dal fatto che l'art. 2035 c.c. per essere applicato presuppone che la prestazione sia stata volontariamente eseguita da un soggetto in grado di rendersi conto del proprio comportamento e di determinarsi di conseguenza.

monio dell'*accipiens* e costui, nel caso di turpitudine, non è tenuto a restituire il *tantundem*.

Considerazioni analoghe possono svolgersi per le prestazioni aventi ad oggetto la consegna di beni determinati infungibili: anche in questo caso può trovare senz'altro applicazione la *soluti retentio*.

Si pensi ai contratti aventi ad oggetto sostanze stupefacenti, puniti dal diritto penale (v. art. 75 d.P.R. 309/1990): l'art. 2035 c.c. impedisce la ripetizione di entrambe le prestazioni e cioè sia del denaro che della droga<sup>33</sup>.

V'è da chiedersi, semmai, con riferimento alla consegna di cose infungibili, se il *solvens* possa recuperare il bene mediante l'esercizio dell'azione di rivendicazione<sup>34</sup>.

In questa sede la questione non può essere adeguatamente affrontata, tuttavia pare difficile sostenere che la norma, anziché paralizzare l'azione personale di ripetizione dell'indebito, abbia voluto addirittura delineare un acquisto a titolo originario in favore dell'*accipiens*.

Tanto più che la disposizione normativa parla esplicitamente di irripetibilità di quanto è stato pagato e sembra così voler escludere soltanto l'azione di ripetizione senza sottendere vicende acquisitive a vantaggio dell'*accipiens*<sup>35</sup>.

L'azione di rivendicazione non sarà comunque consentita tutte le volte il cui il bene sia stato confiscato ai sensi dell'art. 240 c.p., come nel caso del reato di spaccio (art. 73 d.P.R. 309/1990).

L'irripetibilità, inoltre, può attuarsi anche con riferimento alle prestazioni di fare immorali: in questo caso l'applicazione dell'art. 2035 c.c., non potendo la restituzione avvenire in natura, dovrebbe impedire l'attribuzione dell'equivalente monetario.

È significativa, a tale proposito, la prestazione di fare del ciarlatano (indovino, astrologo, cartomante, esorcista ecc.) che è vietata dall'art. 121 T.U. Pubblica Sicurezza e che può senz'altro considerarsi immorale perché vi è approfittamento della credulità di una persona, spesso in situazioni di fragilità e di vulnerabilità. Alla prestazione del ciarlatano si applica la *soluti retentio* dell'art. 2035 c.c., nel senso che egli, qualora non abbia ricevuto il

<sup>33</sup> Diverso è il caso dell'acquisto di droga per uso personale che non è reato. Se si considera che la fattispecie è stata da tempo depenalizzata (attualmente è un illecito amministrativo) in esito ad un referendum abrogativo (degli artt. 72, comma 1 e 75, comma 1 del d.P.R. 309/1990), pare difficile sostenere che l'uso personale continui ad essere contrario al buon costume.

<sup>34</sup> v. S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 20 ss.; 31 ss. evidenza come sia pacifica l'esperibilità dell'azione di rivendicazione per le sole cose determinate e infungibili. V. anche la dottrina citata dall'autore nelle note 25 e 26 (p. 20). Ad avviso dell'autore, però, allorché le cose fungibili siano rimaste individuabili nella sfera del ricevente può ugualmente riconoscersi l'azione di rivendicazione come per le cose infungibili (p. 28).

<sup>35</sup> Escludono che l'irripetibilità prevista dall'art. 2035 c.c. dia luogo ad un acquisto a titolo originario dell'*accipiens*: P. GALLO, *Arricchimento senza causa*, cit., 189; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., 1809; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., 121 ss.; P. SIRENA, *La ripetizione dell'indebito*, in Lipari, P. Rescigno (dir.), *Diritto civile. III. Obbligazioni*, Vol. 1, Milano 2009, 526 che però esclude che il *solvens* possa esercitare l'azione di rivendicazione; a favore dell'acquisto a titolo originario D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, cit., 51 e ss.; F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume. Art. 2035*, cit., 139 ss.

pagamento, non avrà diritto all'equivalente monetario, mentre nel caso in cui abbia ricevuto il corrispettivo, dovrà restituirlo al cliente che, non avendo partecipato all'immoralità (è vittima dell'approfittamento altrui) potrà invocare la ripetizione dell'indebitito.

In ogni caso, affinché possa applicarsi l'art. 2035 c.c., deve sussistere una prestazione in senso stretto e cioè una attività posta in essere per adempiere ad una obbligazione.

Si pensi al caso in cui un soggetto millanti di poter procurare un posto di lavoro al malcapitato aspirante all'assunzione e si faccia pagare una somma di denaro per raccomandarlo presso il datore di lavoro.

Ad avviso di chi scrive questa ipotesi fuoriesce dall'ambito di operatività dell'art. 2035 c.c. perché non v'è, da parte del millantatore, l'esecuzione di una prestazione in senso stretto.

Allorché, poi, la consegna di un bene non sia in adempimento di un'obbligazione ma concorra a perfezionare la stipula di un contratto, si fuoriesce di nuovo dalla sfera di operatività dell'art. 2035 c.c., come ci pare desumibile dalla collocazione topografica della norma.

L'art. 2035, infatti, si trova collocato nel titolo VII (del Libro IV), concernente il pagamento dell'indebitito: estenderne l'operatività oltre il campo dell'adempimento di una obbligazione sarebbe privo di giustificazione<sup>36</sup>.

Risulta poi sostenibile che la *soluti retentio* non possa essere invocata neppure nel caso di contratto di locazione (o di comodato) immorale perché, ad esempio, stipulato unicamente per uno scopo turpe comune alle parti.

In tale ipotesi, infatti, la consegna non è funzionale al trasferimento della proprietà, ma soltanto al godimento temporaneo del bene: se si applicasse l'art. 2035 c.c. per impedire la restituzione del bene si otterrebbe addirittura un risultato ulteriore rispetto a quello che avrebbe avuto l'esecuzione del contratto di locazione.

Si pensi al caso in cui si stipuli un contratto di locazione con una prostituta nel quale il canone sia rappresentato da prestazioni sessuali da parte di quest'ultima: sebbene il contratto sia immorale, è da escludere che la prostituta possa invocare l'art. 2035 c.c. per opporsi alla richiesta di rilascio dell'immobile.

## 6. Il buon costume.

Sempre nell'ottica di delimitare l'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c., è senz'altro condivisibile che la nozione di buon costume debba essere laica e pluralistica<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, 64, nota 40 osserva che la collocazione della regola nel contesto della disciplina dell'indebitito dovrebbe portare a ritenere non dissimile la natura del *solutum* tanto nel caso dell'indebitito oggettivo che in quello del negozio immorale. L'autore però ammette poi, a pp. 90 -91, che, nell'ambito di applicazione della norma, ricadano attribuzioni che non sono prestazioni in senso stretto, come quella di chi dovesse accreditare sul conto corrente altrui somme di denaro per ottenere in cambio un risultato immorale e ciò in ragione della *ratio* dell'art. 2035 c.c. ravvisata nel disincentivare l'esecuzione di intese o prestazioni idonee a realizzare esiti immorali.

<sup>37</sup> Così Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293.

Tuttavia non convince che il buon costume debba identificarsi con la sola tutela della dignità umana<sup>38</sup> perché se è vero che la dignità della persona è un valore etico fondamentale, tutelato dalla carta costituzionale, il buon costume abbraccia anche valori diversi, condivisi dalla coscienza collettiva in un certo periodo storico.

Pare poi irrilevante, ai fini dell'applicazione dell'art. 2035 c.c., che la costituzionalizzazione di molti valori etici abbia comportato una forte dilatazione della nozione di ordine pubblico, che secondo alcuni avrebbe finito per assorbire quella di buon costume<sup>39</sup>.

È infatti evidente che la giuridicizzazione di una regola etica non priva la stessa dell'originaria vocazione<sup>40</sup>: il che, quantomeno per quanto in questa sede interessa, è sufficiente per escludere la ripetibilità della prestazione che con quella regola si sia posta in contrasto

A nostro avviso, dunque, il problema interpretativo dell'art. 2035 c.c. non è quello di distinguere ordine pubblico da buon costume, ma quello di identificare i valori morali dominanti condivisi dalla coscienza sociale che costituiscono il buon costume<sup>41</sup>.

Un compito, questo, difficilissimo per l'interprete, soprattutto in una società pluralistica quale è quella attuale, ove, per di più, sono venuti meno i capisaldi attorno ai quali molti di quei valori si erano storicamente formati: il tradizionale ordine familiare si è dissolto, il costume sessuale è radicalmente cambiato, la vocazione al benessere ha sovvertito bisogni e priorità, la morale cristiana deve convivere con etiche religiose diverse<sup>42</sup>.

In questo contesto è comprensibile che si finisca per identificare la contrarietà al buon costume nella violazione della dignità umana, che è un valore morale assoluto perché condiviso dalla collettività, diversamente da molti altri valori che appartengono invece soltanto a gruppi e non alla generalità dei consociati.

Quando si vuole applicare l'art. 2035 c.c. andando oltre questi confini – che delimitano l'unica zona sicura – è facile travalicare l'area dell'immoralità, riferendo l'irripetibilità a prestazioni che non sono immorali ma soltanto contrarie all'ordine pubblico.

Si tratta di quanto accaduto alla Corte di cassazione nella celebre pronuncia del 5 agosto 2020, n. 16706 che ha ritenuto irripetibile una prestazione

<sup>38</sup> Questa sembrerebbe l'indicazione ricavabile dalla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 293/2000.

<sup>39</sup> S. PAGLIANTINI, *Lex perfecta, trionfo dell'ordine pubblico e morte presunta del buon costume: appunti per una ristampa della teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, cit., 679 ss.

<sup>40</sup> Più diffusamente sulla possibilità di valutare un contratto illecito anche come contrario al buon costume v. G. MAGRI, *Dallo scambio immorale allo scambio illeciti. I nuovi confini dell'irripetibilità della prestazione indebita*, Torino, 2022, 42 ss.

<sup>41</sup> Già S. RODOTÀ, *Ordine pubblico e buon costume?*, in *Giur. mer.*, 1970, II, 106 ss., in part. p. 107 osservava che inevitabilmente la considerazione del comune sentire sociale finisce per tradursi nel sentire individuale del giudice, con una serie di rischi perché può finirsi per identificare l'etica nei valori morali predicati dal ceto dei giuristi piuttosto che dalla coscienza collettiva.

<sup>42</sup> In questo senso G. PASSAGNOLI, *Note sull'ordine publico dopo la riforma del code civil*, in *Giur. it.*, 2018, IV, 1266 ss., in part. 1267 ss.

che non contrastava con la morale sociale ma con l'ordine pubblico economico<sup>43</sup>.

La nozione di buon costume, dunque, sconta oggi le conseguenze della frammentazione dei valori, delle abitudini e degli stili di vita della nostra società, con la conseguenza che quei profili di incertezza e vaghezza che da sempre la connotano risultano più che mai accentuati.

A ben vedere sul concetto di buon costume vi sono soltanto due certezze: la prima è in negativo, nel senso che esso non può limitarsi alla decenza ed al pudore sessuale<sup>44</sup>; la seconda è in positivo, nel senso che sicuramente comprende la tutela della dignità umana.

La regola della *soluti retentio*, infatti, si applica senz'altro ai contratti che ledono la dignità della persona e al riguardo la casistica è ampia, abbracciando ipotesi classiche, come quella del lancio del nano o della vendita di organi umani, ad ipotesi di più recente emersione come quella della maternità surrogata.

Tra i due limiti, però, v'è tutta una zona grigia difficile da indagare perché priva di punti di riferimento sicuri e cioè di valori che possano dirsi dominanti perché condivisi dalla collettività.

Allorché si tratti di rapporti contrattuali che, pur non coinvolgendo direttamente la dignità umana, chiamano comunque in causa la necessità di tutelare la persona (si vedano i contratti in materia di stupefacenti, i contratti del ciarlatano, ma anche i contratti che hanno ad oggetto lo scambio del voto) la risposta è invero più agevole perché comunque si orbita nella sfera della tutela dell'individuo e dei suoi diritti fondamentali, protetti dalla carta costituzionale.

Per i rapporti contrattuali che non involgono valori umani, invece, l'indagine è davvero incerta.

Ad esempio, si è ritenuto immorale il contratto di claqué allorché il pubblico sia pagato per applaudire o stroncare un certo artista o un certo spettacolo<sup>45</sup>.

Tuttavia, se può sostenersi la nullità di tali contratti per violazione dell'ordine pubblico economico, quantomeno nel caso cui alterino le regole della concorrenza, non è affatto scontato qualificarli anche come immorali perché, per far ciò, dovrebbe sostenersi che la tutela della libera concorrenza risponda ad una esigenza etica diffusa e condivisa nella nostra società. A livello di opinione individuale l'interrogativo può anche trovare una risposta affermativa: la questione, però, non è come la pensa il singolo ma se una siffatta opinione sia sufficientemente diffusa nella nostra società da poter essere considerata rispondente ad una esigenza etica.

<sup>43</sup>Nel caso di specie l'art. 2035 c.c. è stato applicato nell'ambito di una procedura concorsuale per respingere la pretesa restitutoria di un creditore che aveva finanziato un'impresa concorrente con l'obiettivo di acquisirne gli *assets* produttivi, pregiudicando la massa dei creditori per il ritardo nell'emersione dell'insolvenza. La Suprema corte parla di contratto immorale per violazione dei principi dell'ordine pubblico economico. La sentenza è commentata da F.P. PATTI, *Buon costume e scopo della norma violata: sull'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, pp. 517 e ss.

<sup>44</sup> V., tra le altre, Cass., 21 aprile 2010, n. 9441.

<sup>45</sup> Così G. MAGRI, *Dallo scambio immorale allo scambio illecito*, cit., 173.



Ebbene, se si considera la diffusa tendenza delle persone a consultare le recensioni su internet per orientare i propri acquisti e gusti, nella piena consapevolezza che le recensioni potrebbero non essere genuine e dunque accettando di far parte di un meccanismo potenzialmente lesivo delle regole della concorrenza, è discutibile che nella società odierna la claque sia immorale.

Insomma, la valutazione dell'immoralità, quando si esce dall'area della tutela della persona, vacilla e rischia di scivolare verso soluzioni opposte ma entrambe estreme: da un lato di sostituire la morale collettiva con quella individuale o con l'ordine pubblico, dall'altro di negare che possano esistere contratti immorali al di fuori della tutela della persona.

## 7. Considerazioni conclusive.

Volendo concludere, può evidenziarsi che un'indagine incentrata sull'art. 2035 c.c. che non sia condizionata da aprioristiche ricostruzioni della sua *ratio*, ha senz'altro il pregio di riuscire a delimitarne meglio l'ambito di operatività che, tuttavia, fondandosi la norma su un concetto (il buon costume) di per sé sfuggente e forse anacronistico nella sua pretesa di universalità, rimane inevitabilmente fumoso ed incerto.

Un'indagine del genere, inoltre, consente di rispondere all'interrogativo se l'art. 2035 c.c. possa essere letto in combinato disposto con la disciplina della nullità del contratto e della ripetizione dell'indebito.

In particolare, se è vero che il contratto immorale è un contratto nullo e che ciò autorizza le parti a chiedere la ripetizione delle prestazioni eseguite, è nondimeno plausibile che quando vi è la partecipazione soggettiva del contraente allo scopo contrario al buon costume, l'ordinamento possa negargli l'azione di ripetizione non ritenendolo meritevole della tutela restitutoria.

In questa prospettiva la norma è senz'altro coerente con il sistema della nullità al quale parrebbe fare da sponda: se il *solvens* ha eseguito la prestazione condividendone lo scopo immorale è infatti ragionevole che da parte dell'ordinamento vi sia una reazione e che questa consista nel negare l'azione di ripetizione.

Una reazione che, si badi bene, non è all'immoralità della prestazione in sé e per sé considerata, ma alla condivisione di essa da parte del *solvens*.

In altri termini: l'immoralità determina nullità del contratto e quindi ripetizione dell'indebito, ma se vi è stata partecipazione soggettiva del *solvens*, l'azione restitutoria viene negata.

Tale coerenza con il sistema della nullità però vacilla quando l'immoralità è bilaterale e l'irripetibilità riguarda entrambe le prestazioni: in questo caso, infatti, applicando l'art. 2035 c.c., viene data nei fatti esecuzione al contratto nullo cosicché, quella che dovrebbe essere una reazione negativa da parte dell'ordinamento finisce per costituire un premio per gli immeritevoli contraenti.

Ma anche questa affermazione deve essere meglio precisata.

E' possibile che l'irripetibilità riguardi due prestazioni delle quali l'una sia di per sé insuscettibile di restituzione a prescindere dall'applicazione dell'art. 2035 c.c.: si pensi nuovamente all'opera del sicario, alla prestazione sessuale della prostituta ecc. che non sono di per sé ripetibili.

In questo caso, a ben vedere, l'applicazione dell'art. 2035 c.c. avviene secondo modalità analoghe a quelle che valgono per l'immoralità unilaterale, con la conseguenza che la coerenza con il sistema della nullità è salva.

Allorché invece le prestazioni immorali siano suscettibili entrambe di ripetizione occorre distinguere l'ipotesi in cui alla prestazione di cose fungibili corrisponda una controprestazione di cose infungibili da quella in cui alla prestazione di cose fungibili corrisponda una controprestazione di cose fungibili oppure una prestazione di fare.

Nella prima ipotesi, se è vero che le due prestazioni non possono essere restituite in applicazione dell'art. 2035 c.c., è altrettanto vero che il *solvens* della prestazione di cose infungibili potrà esercitare l'azione di rivendicazione per recuperare la *res*.

Potendo il *solvens* riappropriarsi della cosa, non può dirsi che l'applicazione dell'art. 2035 c.c. determini una sostanziale esecuzione del contratto nullo.

Anche con riferimento a questa fattispecie, quindi, l'art. 2035 c.c. è solidale con il sistema della nullità o quantomeno non ha effetti distorsivi rispetto ad esso.

Nella seconda ipotesi, invece, non v'è dubbio che il contratto, grazie alla *soluti retentio* applicabile ad entrambe le prestazioni, finisca per avere sostanziale attuazione.

È dunque questa una casistica applicativa riottosa al sistema della nullità, con il quale entra in conflitto.

A bene vedere, per poter inserire l'art. 2035 c.c. nel sistema della nullità senza forzature o contraddizioni, occorrerebbe interpretare l'art. 2035 c.c. nel senso di riferire la *soluti retentio* solo all'immoralità imputabile ad uno dei contraenti: peccato, però che la lettera della norma non consenta un'operazione ermeneutica del genere, ponendo a fondamento della irripetibilità anche la turpitudine reciproca (“*anche da parte sua*”).

Così stando le cose, è inevitabile concludere che, al di là delle ragioni che hanno spinto il codificatore ad adottare una norma quale l'art. 2035 c.c., la sua applicazione conduce a risultati incongrui rispetto alla disciplina della nullità, quantomeno con riferimento ad una casistica applicativa.





## IL TIPO CONTRATTUALE “DESTRUTTURATO”. SULL’APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DEI SINGOLI TIPI AI CONTRATTI MISTI

Di Michael William Monterossi

| 465

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione.* – 2. *La qualificazione del contratto: note preliminari* – 3. *Segue. La selezione della disciplina applicabile al contratto: l’ipotesi dei contratti misti (o complessi) e il metodo della “tipizzazione disciplinare”.* – 4. *Dal contratto misto alle tecniche di individuazione della prevalenza tipologica.* – 5. *Limiti e disfunzioni delle tecniche di prevalenza: il rischio di conformazione del regolamento contrattuale.* – 6. *L’applicazione congiunta delle discipline coinvolte nei contratti misti: limiti della teoria della combinazione e dell’integrazione.* – 7. *Il problema della disciplina dei contratti misti nella prospettiva del tipo contrattuale.* – 7.1. *La visione organicista del tipo contrattuale nella tradizione giuridica.* – 7.2. *La visione destrutturata del tipo contrattuale riflessa nel giudizio di compatibilità.* – 8. *La dinamica applicativa intra ed extra tipo: sulle tecniche di circolazione delle norme sui singoli tipi contrattuali.* – 9. *Sull’applicazione della disciplina dei singoli tipi ai contratti misti.*

**ABSTRACT.** *Il saggio affronta il tema della disciplina applicabile ai cc.dd. contratti misti (o complessi), proponendo una lettura critica dei tradizionali criteri – vale a dire, la prevalenza, l’integrazione e la combinazione – prospettati in dottrina e/o utilizzati in giurisprudenza per risolvere il problema. Dopo aver analiticamente ricostruito le fasi del procedimento di “qualificazione” delle operazioni contrattuali connotate dalla presenza di elementi riconducibili a una pluralità di modelli contrattuali codificati, l’Autore intraprende un percorso di analisi che lo porterà, dapprima, a chiarire in che termini e in che misura l’approccio adottato dalle corti si ponga in antinomia con i principi che governano la materia contrattuale e, in seguito, a prospettare una diversa impostazione metodologica del problema incentrata non già sulla scelta tra criteri volti a regolare la competizione tra una pluralità di discipline “tipiche”, bensì – e ancor prima – sul modo di concepire e interpretare il “sistema dei tipi contrattuali” e il complesso di norme che in esso si rinviene. In particolare, muovendo da una valorizzazione del criterio di compatibilità rinvenibile nel codice civile, l’Autore propone un differente metodo di selezione della disciplina legale in concreto applicabile al contratto, che induce a sciogliere i più frequenti problemi di selezione tra regole “tipiche” concorrenti in una sequenza di conflitti normativi solo apparenti.*

*This essay addresses the issue of the applicable legal disciplines for so-called “mixed contracts”, offering a critical review of traditional criteria – namely, prevalence, integration, and combination – proposed by legal doctrine and/or used in case-law to solve this problem. After analytically reconstructing the phases of the ‘qualification’ process concerning contracts characterized by the presence of elements referable to a plurality of codified contractual models, the Author embarks on an analysis that will lead, first of all, to clarifying how and to what extent the approach adopted by the courts contrasts with the principles governing contract law. Subsequently, the work delineates a different methodological approach to the*

*problem, which, rather than focusing on choosing between criteria aimed at regulating the competition among a plurality of “typical” disciplines, centers on how to conceive and interpret the ‘system of contractual types’ and the set of norms found within it. In particular, by shedding light on the ‘systematic’ value of the compatibility criterion found in the civil code, the Author proposes a different method of selecting the legal norms concretely applicable to the mixed contract; a method which ‘converts’ the most frequent problems of selection between competing rules pertaining to different contractual legal models into a sequence of merely apparent normative conflicts*

## 1. Introduzione.

Costituisce un dato di comune esperienza quello per cui la disciplina legale che concorre a costruire il regolamento contrattuale è dalle corti identificata assumendo quale referente primario l'insieme delle disposizioni che regolano il tipo contrattuale al quale l'atto negoziale è ascrivibile. Se un tale metodo non solleva particolari problemi nell'ipotesi, più elementare, in cui il concreto contratto coincida – senza residui – con uno dei modelli “tipizzati”, non altrettanto può dirsi in relazione a quelle formazioni contrattuali che combinano al loro interno elementi caratterizzanti una pluralità di modelli tipici. Aderendo all'assunto di partenza, l'interprete si troverà in queste ipotesi al cospetto di una pluralità di discipline “tipiche” astrattamente applicabili al contratto: il che lo indurrà a ricercare un criterio idoneo a stabilire a quale delle due o più discipline concorrenti debba riferirsi per identificare la regola da applicare al caso concreto.

Che si tratti di un problema di grande spessore pratico è di tutta evidenza: una ricognizione della casistica giurisprudenziale sui contratti cc.dd. *misti* (o *complessi*) consente di rilevare come, da oltre un secolo, la questione si ponga a fondamento di un numero ragguardevole di controversie, specie – ma non solo – allorché il rapporto contrattuale sia turbato da eventi patologici il cui peso, transitando per l'una anziché per l'altra disciplina legale coinvolta, è distribuito tra i contraenti in modo diametralmente opposto. Com'è facilmente intuibile, peraltro, l'evoluzione dei traffici non è coincisa con un ridimensionamento del problema. Tutt'al contrario: le modifiche nell'organizzazione dell'attività d'impresa, la finanziarizzazione dell'economia, nonché, più di recente, l'offerta di prodotti e servizi ad alto contenuto tecnologico hanno stimolato l'emersione di operazioni contrattuali di complessità crescente, la cui costruzione finisce inevitabilmente per mobilitare una pluralità di modelli contrattuali, alimentando l'esigenza di pervenire a principi regolativi chiari e univoci.

Non sorprende, alla luce di questi primi rilievi, il costante interesse che la dottrina ha riservato al tema, divenuto presto un *tòpos* nella letteratura sul diritto dei contratti. In taluni casi, la questione è stata posta al centro di approfondite analisi, nel tentativo – per il vero mai del tutto riuscito – di fissare i contorni dogmatici di una categoria autonoma, in tutto o in parte slegata da quella del contratto atipico, che consentisse di giustificare soluzioni univoche sul fronte del trattamento disciplinare da riservare ai contratti ad essa riconducibili. Più spesso, il problema è stato affrontato incidentalmente, nel contesto di studi dedicati al contratto in generale ovvero a particolari ipotesi di combinazione negoziale, ricorrenti nella prassi dei traffici, per le quali il problema della disciplina applicabile si è rivelato particolarmente stringente. Negli uni come negli altri lavori, ad ogni modo, risuona costante una certa insoddisfazione – declinata secondo prospettive concettuali diverse e, quindi, con proposte risolutorie variegate – verso la propensione delle corti (che ammonta quasi a un dogma) di sottoporre le ipotesi riconducibili sotto la comune insegna dei contratti misti alla disciplina «unitaria» del tipo «prevalente»: ad esclusione di tutte le altre discipline tipiche coinvolte (c.d. teoria della *prevalenza*) o, quantomeno, ponendosi quale limite alla loro applica-

zione (c.d. teoria dell’*integrazione*). Le critiche più ricorrenti ruotano attorno all’ampia discrezionalità di cui le corti godono nell’ eseguire una tale scelta, la quale, non essendo supportata da solidi referenti positivi, è idonea a invadere la sfera di autonomia contrattuale delle parti, oltre che a minare l’esigenza di certezza del diritto.

Nel mettere mano, una volta di più, al problema qui sommariamente rievocato, questo studio intende perseguire due obiettivi primari: chiarire, da un canto, in che termini e in che misura, alla luce degli esiti cui in concreto perviene, l’approccio adottato dalle corti si ponga in antinomia con i principi che governano la materia contrattuale; prospettare, dall’altro, una diversa impostazione metodologica del problema incentrata non già sulla scelta tra criteri volti a regolare la competizione tra una pluralità di discipline tipiche, quanto invece – e ancor prima – sul modo di concepire e interpretare il “sistema dei tipi contrattuali” e il complesso di norme che in esso si rinviene.

Il contributo si divide in tre parti. La prima è volta a mettere a fuoco l’impostazione metodologica che presiede al procedimento analitico utilizzato dalla giurisprudenza per determinare la disciplina dei contratti, con particolare riferimento alle formazioni contrattuali miste. La seconda parte pone in evidenza i limiti dell’approccio attualmente utilizzato, nelle sue diverse prospettive – quella della prevalenza e dell’integrazione, rilevando come anche il criterio dottrinale alternativo della combinazione si esponga a diverse critiche. La terza parte mira a delineare i fondamenti della proposta ricostruttiva, la quale, muovendo da una valorizzazione del criterio di *compatibilità* rinvenibile nel codice civile, segue una traiettoria di rimodulazione del metodo di selezione della disciplina legale in concreto applicabile al contratto, che porterà a sciogliere i più frequenti problemi di selezione tra regole “tipiche” concorrenti in una sequenza di conflitti solo *illusori*.

## 2. La qualificazione del contratto: note preliminari.

L’individuazione della disciplina legale applicabile al contratto – e con essa la deduzione dei suoi effetti giuridici – costituisce l’esito di un articolato procedimento logico che, stando all’impostazione tradizionalmente seguita della giurisprudenza, si compone di due distinte fasi<sup>1</sup>.

Il procedimento prende avvio con l’interpretazione del contratto, la cui funzione è di «accertare» il contenuto sostanziale dell’atto negoziale, secondo i canoni di ermeneutica fissati dagli artt. 1362 e ss. c.c.<sup>2</sup> L’attività inter-

<sup>1</sup> Si tratta di un rilievo che ricorre costante nella giurisprudenza della Corte di cassazione: cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 9.8.2013, n. 19131, in *DeJure*; sez. III, 15.12.2015, n. 25222 in *One Legale*; sez. III, ord. 19.10.2023, n. 29027 in *One Legale*. Non di rado la giurisprudenza si riferisce alla sequenza di atti che conducono alla selezione del trattamento giuridico del contratto nei termini di un unitario «procedimento qualificatorio», sebbene la «qualificazione» in senso stretto costituisca solo una fase – si sosterrà, in questa sede, *intermedia* – di un più complesso e articolato procedimento i cui tratti salienti saranno puntualizzati nel testo. Il titolo del paragrafo è, dunque, da intendersi quale mera *sineddoche*.

<sup>2</sup> Tra le principali opere sul tema si segnalano: C. GRASSETTI, *L’interpretazione del negozio giuridico: con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938; E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, ed. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1990; R. SACCO, G.

pretativa deve essere condotta avendo come referente primario la «comune intenzione delle parti» (1362 c.c.) e, dunque, è protesa al riconoscimento di quale sia il significato *legale* che le parti hanno assegnato al contratto e quali gli interessi che in esso sono stati obbiettati. Vale la pena di precisare che la comune intenzione delle parti non è concepita (almeno da quando è stata dismessa la concezione volontaristica del negozio giuridico) come un dato della realtà naturale, un fatto storico univoco, bensì quale volontà “ideale” ricostruita, dall’esterno, alla stregua dell’ordinamento e alla luce dei criteri interpretativi da esso indicati<sup>3</sup>. Si spiega così il rilievo giurisprudenziale secondo cui quella fornita dal giudice è solo «una delle possibili e plausibili interpretazioni»<sup>4</sup>: tant’è che essa potrebbe contrastare – e, anzi, più spesso contrasterà – con almeno una delle interpretazioni caldeggiata dalle parti, senza che di ciò sia possibile lamentarsi in punto di diritto, se non sotto il profilo del corretto utilizzo dei canoni ermeneutici previsti dalla legge o della carenza di motivazione<sup>5</sup>.

L’attività interpretativa prelude, delimitandone l’oggetto, alla fase di qualificazione in senso stretto, la quale si concreta nella valutazione dell’atto negoziale (per come ricostruito in fase di interpretazione) sulla scorta di quegli strumenti di comprensione e “processamento”, in chiave giuridica, delle operazioni economiche elaborati sotto forma di *tipi contrattuali*: lo scopo – secondo l’indicazione, alquanto ellittica, della Corte di cassazione – è «afferma[re] o nega[re] la riconducibilità [del contratto] ad un determinato tipo [al fine] di stabilire quale disciplina contrattuale sia applicabile»<sup>6</sup>.

Questa seconda operazione – che segna il limite iniziale del sindacato di legittimità all’interno del procedimento qualificatorio<sup>7</sup> – è tradizionalmente

---

DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*. Tomo II, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, poi anche degli stessi Autori: *Il contratto*, Torino, 2004; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985; M. COSTANZA, *Profili dell’interpretazione del contratto secondo buona fede*, Giuffrè, 1989; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992; G. ALPA, G. FONSI, G. RESTA, *L’interpretazione del contratto: orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milano, 2001; V. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti. Dall’interpretazione letterale del contratto all’interpretazione secondo buona fede*, Milano, 2003; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nella interpretazione del contratto*, Napoli, 2011; A. GENTILI, *Interpretazione del contratto*, in *Enc. diritto, I Tematici – Il contratto*, Milano, 2021, 637 ss. e *ivi* per un’ampia bibliografia sul tema.

<sup>3</sup> Queste indicazioni costituiscono il corollario di una lettura che vede nell’atto negoziale un fenomeno non conoscibile, e quindi non qualificabile, fuori dall’ordinamento giuridico. In tema si veda P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, 146 ss.; A. DI AMATO, *L’interpretazione dei contratti di impresa*, Napoli, 1999, 62 ss.

<sup>4</sup> Cfr. in questo senso Cass. civ., sez. II, 9.8.2013, n. 19131, *cit*.

<sup>5</sup> Su cui, da ultimo, Cass. civ., sez. II, ord., 27.12.2023, n. 35970, in *One Legale*.

<sup>6</sup> Così, testualmente, Cass. civ., sez. III, 22.6.2005, n. 13399, in *Contr.*, 2006, 4, 329, nota di P.G. TRAVERSA, *Contratto di ... e qualificazione – Il commento*.

<sup>7</sup> Com’è noto, secondo l’orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, il sindacato può riguardare la sola attività qualificatoria e non anche l’attività interpretativa, se non per quanto concerne l’utilizzo delle regole ermeneutiche a tal fine stabilite dal codice. Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 25.1.2001, n. 1054, in *One Legale*. Non sempre, tuttavia, è agevole distinguere i confini tra l’accertamento di un fatto e l’attività valutativa dell’interprete, con inevitabili conseguenze sul piano della rigida delimitazione del sindacato.

condotta mediante il metodo della *sussunzione*, vale a dire, ricercando i profili di identità (ovvero di differenziazione) fra il contratto posto in essere dalle parti e le formule definitorie mediante cui il legislatore ha cristallizzato i tratti salienti dei modelli che ha inteso *nominare*<sup>8</sup>. Il raffronto è, di regola, operato valorizzando l’elemento causale, in ossequio a un approccio che sembra trasparire dall’impianto codicistico<sup>9</sup> e che trova seguito, seppur con alcune variazioni di senso legate all’evoluzione del concetto di causa, anche nella dottrina maggioritaria<sup>10</sup>. Più precisamente, a guidare l’attività qualificatoria in sede giudiziaria è il *contenuto* del contratto, qui inteso come comprensivo di *causa* e *oggetto* dell’accordo<sup>11</sup>: l’interprete tenderà, invero, a verificare se la dinamica che lega tra loro l’oggetto del contratto o, meglio, la prestazione che lo caratterizza<sup>12</sup> e il risultato concreto che i contraenti (e,

---

to di legittimità all’interno del procedimento qualificatorio: si veda in tema V. RIZZO, *op. cit.*, 134 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 402 ss.

<sup>8</sup> Cfr. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 176, la quale distingue ulteriormente tra “qualificazione” e “sussunzione” ravvisando, nella prima, l’operazione con cui si inquadra «l’atto di autonomia in uno schema, in una di quelle strutture giuridiche contemplate dal diritto positivo e perciò tipiche, ma a contenuto variabile» e nella seconda, quell’operazione che, «pur attuandosi con modalità prossime a quelle della qualificazione, serve per ricondurre il negozio in uno o più tipi legali, onde applicarne la relativa disciplina».

<sup>9</sup> Il dato trova riscontro sia nelle formule definitorie dei tipi, per lo più incentrate sull’elemento causale, sia nella Relazione al Re in cui si evidenzia che è «la causa che in concreto il negozio realizza» a fungere da criterio «per riscontrare [...] se essa corrisponda a quella tipica del rapporto» (Cfr. Relazione al codice civile del Ministro Guardasigilli Grandi, presentato nell’udienza del 16 marzo 1942 per l’approvazione del testo del “Codice civile”, punto 614 in relazione all’art. 1343 c.c.).

<sup>10</sup> In questa sede, non pare utile ripercorrere la lunga e ad oggi ancora inesaurita *querelle* circa il senso e la funzione della causa nel contratto, nei suoi termini essenziali ben nota in dottrina. Nel contesto di questo lavoro si farà riferimento, laddove utile, ad alcune particolari accezioni del termine, tra quelle elaborati in dottrina e in giurisprudenza, avendo cura di richiamare le rispettive fonti di provenienza. Conviene tuttavia osservare che, nell’ambito della procedura qualificatoria, la tradizionale dicotomia tra la nozione astratta di causa e quella concreta non si presenta di regola in rapporto di tensione o di alternativa (com’è, ad esempio, quando si tratti di valutare la meritevolezza ex 1322, co. 2 c.c.), quanto in un rapporto di complementarità posto che, l’una, è funzionale a individuare e definire le caratteristiche dei singoli tipi contrattuali e, l’altra, a verificare l’aderenza del concreto contratto ai tipi con il quale viene confrontato.

<sup>11</sup> Sulla nozione di contenuto qui accolta si veda V. ROPPO, *Il contratto*, 2° ed., Milano, 2011, 319. Sul rapporto, in chiave sistematica, tra il contenuto del contratto e l’accordo si vedano le puntuali riflessioni di S. PAGLIANTINI, *Contratto e accordo: la sintassi degli artt. 1321 e 1325 c.c. nella cornice di una c.d. “euro-compatibilità”*, in *Contr.*, 1, 2019, 5 ss., spec. 10 ss.

<sup>12</sup> L’importanza che, nel raffronto tra il contratto e il catalogo dei tipi, è riservata alla “prestazione” emerge costante nella dottrina sul tema, trovando altresì un riscontro positivo nello stesso codice, all’articolo 1570 c.c., laddove si prescrive l’applicazione al contratto di somministrazione delle «regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni». Alcune indicazioni in questo senso possono altresì trarsi dal diritto internazionale privato e, specialmente, dall’art. 4, co. 2, del Reg. CE 593/2008 del 17.6.2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, dove si fa riferimento alla prestazione “caratteristica” del contratto. Sul punto cfr. E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2012, 87 ss., 89.

almeno in teoria, non uno solo di essi)<sup>13</sup> hanno inteso realizzare si accordi, riproducendone la medesima modalità combinatoria, ad una di quelle tratteggiate nelle fattispecie contrattuali codificate dal legislatore. Ciò non vuol dire che l'indagine sul piano funzionale esaurisca i criteri di sussunzione del contratto – o di sue parti – in un dato tipo. È possibile, come osservato in dottrina<sup>14</sup>, che vi siano ulteriori elementi dotati di «virtù informativa» di un tipo in grado di assumere rilevanza qualificante: ne sono esempi la qualità delle parti, la natura del bene oggetto del contratto, la durata del contratto, il modo di perfezionamento dello stesso. Resta tuttavia che, nella maggioranza dei casi, la dinamica funzionale gioca un ruolo di primo piano, ponendosi altresì quale parametro intermedio per valutare l'effettiva capacità degli elementi diversi dalla causa di informare un determinato tipo<sup>15</sup>.

Orbene, esaurita la fase di raffronto, il giudicante giungerà finalmente a selezionare, sulla scorta dei suoi esiti, le disposizioni – «sui singoli contratti» nonché, sotto taluni profili, anche «sui contratti in generale» – applicabili al concreto contratto. La giurisprudenza è solita rappresentare tale passaggio logico come indistinto dalla *sussunzione*, quasi che l'identificazione delle norme applicabili sia conseguenza automatica e univoca dell'inquadramento della fattispecie all'interno dei paradigmi normativi contemplati dal legislatore. L'analisi del tema qui oggetto di indagine, tuttavia, suggerisce di scorporre concettualmente tale fase, dedicandole autonoma rilevanza: come si avrà modo di argomentare in seguito, è precisamente nella determinazione delle implicazioni giuridiche sottese all'esito qualificatorio che si annidano le aporie di un metodo che, assumendo una versione stilizzata dei tipi, antepone il mantenimento di una coerenza “interna” ai modelli codificati rispetto all'esigenza di combinare le relative norme nel modo più aderente alla singolare conformazione dell'operazione economica che le parti hanno inteso realizzare.

### 3. *Segue. La selezione della disciplina applicabile al contratto: l'ipotesi dei contratti misti (o complessi) e il metodo della “tipizzazione disciplinare”.*

Qualche indicazione nel senso dell'opportunità di mantenere distinte le due fasi può per il vero essere tratta, già sul piano empirico, dall'osservazione della differente articolazione che il procedimento qualificatorio assume a seconda dei risultati ottenuti mediante l'attività di sussunzione. Qualora il giudizio di appartenenza del contratto a questo o quel tipo abbia dato esito positivo, perché ne è emersa la riconducibilità a un solo

<sup>13</sup> Sul punto cfr. D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale V*, Torino, 2006, 597 ss.

<sup>14</sup> G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 70 ss. Sulla impossibilità di raggiungere risultati soddisfacenti mediante la sussunzione fondata sull'indagine causale si veda, oltre l'Autore da ultimo citato, anche M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., 192 e F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma (Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*, Padova, 1992, 15 ss.

<sup>15</sup> In questo senso, C.M. BIANCA, *op. cit.*, 448.

schema legale, il procedimento qualificatorio si chiude con la semplice constatazione dell’applicabilità – al concreto contratto *tipico* – dell’intero complesso di norme topograficamente inserite nella sezione dedicata a quel determinato modello. Ove, per contro, l’atto negoziale, considerato nella sua interezza, non risulti riconducibile entro un (solo) tipo codificato, il giudice spingerà l’operazione qualificatoria oltre, per verificare se esso – benché *atipico* – sia assoggettabile alle norme contemplate per uno o più dei modelli dotati di una propria disciplina. È ciò che avviene, per quanto qui più interessa, nelle ipotesi in cui, in ragione della complessità dell’operazione economica da realizzare, il contratto sia dalle parti costruito mediante la combinazione di elementi caratterizzanti più tipi normativi disciplinati dal codice<sup>16</sup>. Domina, invero, tra i giudici la tendenza a ricondurre la fattispecie composita entro il perimetro disciplinare di un singolo schema legale dominante, onde sottoporla all’intero fascio di regole per quel tipo

<sup>16</sup> Conviene osservare che tali formazioni contrattuali non sono sempre formalmente riunite sotto l’insegna dell’«atipicità». La dottrina tradizionale non esitava ad affrontare le questioni relative alle figure generate da combinazioni contrattuali all’interno delle sezioni dedicate ai contratti «atipici» o «innominati»<sup>16</sup>. Si vedano al riguardo, per citare solo alcuni tra i più importanti autori in materia di contratto, R. SACCO, *La qualificazione*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, cit., 437 ss., capitolo poi rivisitato in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4° ed., Torino, 2016, 439 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 449 ss., V. ROPPO, *op. cit.*, 403 ss. Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità, assetata di dettagli classificatori, preferisce procedere per distinzioni<sup>16</sup>. Si osserva in Cassazione (cfr., *ex multis*, Cass. civ., S.U., 27.3.2008, n. 7930, in *Obbligazioni e Contratti*, n. 11, 2008, 905 ss. con nota di C. TOMASSETTI; Cass. civ., sez. II, ord., 17.10.2019, n. 26485, in *Studium juris*, 5, 2020, 611 ss.) che, qualora i diversi elementi o le diverse prestazioni confluenti nell’unico programma contrattuale siano tutti riconducibili a contratti tipici, il contratto che ne risulta andrà anch’esso qualificato come tipico. In tali ipotesi, infatti, l’unica e unitaria convenzione stipulata tra le parti non sarebbe intesa a realizzare una «funzione economico-sociale» nuova e diversa rispetto a quelle dei singoli contratti tipici che in essa sono confluiti. Secondo questa lettura, un contratto potrebbe essere qualificato come *atipico* solo allorché la sua «funzione economico-sociale» non sia riconducibile ad alcuno degli schemi normativamente predeterminati ma, ciononostante, sia suscettibile di riconoscimento e di tutela in ragione della sua liceità e della meritevolezza degli interessi perseguiti (sulla meritevolezza degli interessi, cfr. da ultimo, Cass. civ., S. U., 23.2.2023, n. 5657, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2023, 849 ss. con nota di F. RUSSO, *Il punto delle Sezioni Unite sulla meritevolezza della clausola rischio cambio*).

La distinzione operata dalla Corte non risulta, però, del tutto convincente. Si potrebbe invero argomentare che, quand’anche la convergenza riguardi elementi costitutivi di più contratti tipici, la loro somma schiude, in ogni caso, a una «funzione economico-sociale» che – globalmente considerata – non è riducibile a nessuno degli schemi normativamente predeterminati (si veda in questo senso R. CALVO, *Il contratto di logistica*, in *Nuove leggi civili*, 5, 2022, 1109 ss.). D’altra parte, se la causa unitaria del contratto concreto coincidesse con quella di un solo tipo, verrebbe meno l’elemento di complessità da cui originano le perplessità appena rilevate. Di più, oltre a essere fondata su un criterio insicuro, la distinzione potrebbe persino alimentare una certa confusione, portando l’interprete a scambiare il problema da risolvere, con la soluzione che a quel problema si vuole dare. Quale che sia la natura (tipica o atipica) dei frammenti contrattuali cumulati tra loro, il problema generato dalla loro commistione è, invero, sempre il medesimo e riguarda, come già osservato, l’individuazione della disciplina applicabile al caso concreto. La dichiarazione di tipicità del contratto combinato emergerà, semmai, quale esito del procedimento logico di cui il giudice di regola si avvale, di fronte al caso concreto, per risolvere la questione concernente la disciplina da applicare. Cfr. sul punto V. ROPPO, *op. cit.*, 405 ss.

previsto<sup>17</sup>. A questo risultato si perviene seguendo un metodo – cui ci si riferirà in termini di “tipizzazione disciplinare” – privo di alcun referente normativo, che si articola in due passaggi logici.

In un primo tempo il giudicante, muovendo a un livello puramente declamatorio, sosterrà l’aderenza del contratto concreto (non già direttamente a un determinato tipo contrattuale, bensì) a una di quelle figure dottrinali – contratto *misto* e contratto *complesso* – appositamente “costruite” per rappresentare in termini unitari assetti regolamentari che fanno della pluralità di elementi di tipi diversi la loro peculiare cifra. La linea che separa la *mistione* dalla *complessità* è sottile, al punto da non trovare sempre riscontro in dottrina ed essere spesso trascesa in giurisprudenza. La Suprema Corte usa discorrere di contratto *misto* qualora la fattispecie contrattuale consti di un solo schema negoziale, la cui prestazione caratterizza l’intero contratto, nel quale confluiscono una varietà di clausole assunte da uno o più altri schemi destinati a fondersi tra loro in un’unica causa; per contro, la figura del contratto *complesso* ricorrerebbe nelle ipotesi in cui il negozio costituisca la risultante della convergenza di tutti gli elementi costitutivi di più schemi ne-

<sup>17</sup> Nel corso del lavoro si farà riferimento a una serie di pronunce giurisprudenziali concernenti specifiche ipotesi di contratto misto o complesso. Può, ad ogni modo, essere utile citare sin d’ora alcune delle sentenze più significative sul tema (a partire dal nuovo Millennio), sulla base delle quali è stato organizzato il ragionamento critico qui prospettato. Sulla distinzione tra contratti misti, complessi e collegati si vedano: Cass. civ., S.U., 12.5.2008, n. 11656, in *Corr. Giur.*, 10, 2008, 1380 ss. con nota di M. CLARICH E G. FIDONE, *La giurisdizione in tema di responsabilità precontrattuale della p.a.: rilevanza della distinzione tra appalto e vendita di cosa immobile futura*, (in tema di contratto misto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un’area edificabile in cambio di un fabbricato o di alcune sue parti da costruire sulla stessa superficie a cura e con i mezzi del cessionario); Cass. civ., S.U., 27.3.2008, n. 7930, *cit.* (in tema di contratto collegato di preliminare di vendita, comodato e mutuo gratuito); Cass. civ., S.U., 16.11.2022, n. 33719, in *Contr.* 2, 2023, 143 ss. con nota di F. PIRAINO, *Il mutuo fondiario e la violazione del limite di importo massimo finanziabile: “scotismo” e onnipotenza delle etichette* (in tema di contratto di mutuo fondiario concesso per un importo eccedente il limite di finanziabilità richiamato dall’art. 38, comma 2, t.u.b. e della relativa ipoteca). Sull’applicazione della disciplina del contratto “prevalente” si vedano: Cass. civ., S.U., 31.10.2008, n. 26298, in *One Legale* (in tema di contratto misto di albergo); Cass. civ. sez. II, 17.10.2019, n. 26485, *cit.* (in tema di contratto misto di *banqueting*); Cass. civ., sez. II, ord. 22.6.2023, n. 17855, in *Foro It.*, 2023, 1, 9, 2438 (in tema di contratto misto di vendita e appalto); App. Napoli, sez. IX, 26.9.2023, n. 4057, in *One Legale* (in tema di contratto misto di servizi logistici). Sull’applicazione di norme riferite a schemi negoziali diversi da quello individuato come prevalente (c.d. teoria dell’integrazione) si vedano: Cass. civ., sez. II, 14.7.2000, n. 9356, in *One Legale* (in tema di contratto complesso di rendita, locazione e vendita con riserva di proprietà); Cass. civ., sez. II, 12.12.2012, n. 22828, in *DeJure* (in tema di contratto misto di agenzia e deposito); Cass. civ., sez. I, 18.12.2015, n. 25517 in *One Legale* (in tema di contratto misto di appalto di servizi di trasporto); Cass. civ., sez. I, ord. 24.9.2018, n. 22475 in *One Legale* (in tema di contratto misto di vendita e appalto); Cass. civ., sez. VI, ord. 15.5.2020, n. 8978, in *One Legale* (in tema di contratto misto di deposito e d’opera). Per un’impostazione metodologica differente e, come si avrà modo di argomentare, maggiormente condivisibile si vedano: Cass. civ., S.U., 10.4.2002, n. 5119, in *Corr. giur.*, 7, 2002, 893 ss. con nota di A. SEGRETO, *Assicurazione privata contro gli infortuni invalidanti e mortali: contratto misto?* e Cass. civ., sez. III, 14.4.2022, n. 12264, in *Foro It.*, 2022, 1, 6, 2040 ss. (entrambe in tema di contratto misto di assicurazione “ramo vita” e assicurazione “ramo danni”).

goziali tipici, i quali, cumulandosi tra loro, danno vita a un’unitaria operazione economica<sup>18</sup>.

Ad ogni modo, la funzione assolta dalle figure è la medesima: nell’uno come nell’altro caso, la riconduzione del regolamento contrattuale entro una figura dogmaticamente omogenea, capace di ridurre graficamente a unità i singoli frammenti o gli interi contratti che in esso si trovano “assemblati”, favorisce – venendo così al menzionato secondo passaggio – l’incorporazione di quest’ultimo in un altrettanto unitario tipo normativo. Contratto misto e contratto complesso appaiono, in altri termini, come figure strumentali a legare, in un *continuum* logico, l’unitarietà del concreto regolamento contrattuale all’unitarietà della disciplina da applicare<sup>19</sup>.

Parzialmente diverso, almeno secondo la Corte di cassazione<sup>20</sup>, è, però, il criterio che presiede all’associazione di ciascuna figura con l’unitaria disciplina applicabile alla fattispecie concreta. Sebbene in entrambi i casi la disciplina sia determinata avendo riguardo al negozio di «maggior rilievo», quest’ultimo è individuato, nell’ipotesi di contratto misto, nell’«unico contratto» al quale accedono i singoli elementi tratti da altri schemi negoziali tipici e che in esso si fondono (c.d. teoria dell’assorbimento); laddove, nell’ipotesi di contratto complesso, stante il cumulo degli effetti di più contratti tipici presi nel loro contenuto globale, il contratto di «maggior rilievo» coincide con lo schema al quale, da un esame della volontà contrattuale per come in concreto manifestata, risulta che le parti abbiano conferito, rispetto agli altri, il «maggior rilievo in considerazione della finalità perseguita» (c.d. teoria della prevalenza)<sup>21</sup>.

Prima di sottoporre a una più approfondita analisi le operazioni da ultimo menzionate, conviene avvertire che, nella pratica, la sequenza temporale appena enunciata subisce alcune deviazioni dettate dalla normale dinamica processuale entro cui essa si sviluppa. Invero, posto di fronte al concreto contratto, il giudice avvierà la fase interpretativa dopo aver previamente definito la questione sottoposta al suo esame e – considerata la funzione giurisdizionale assegnatagli – in vista della sua soluzione. Nell’ambito che ci occupa, in particolare, l’attività interpretativa in senso stretto seguirà una preliminare, seppur ancora provvisoria, opera di raffronto tra il concreto contratto e i tipi legali, al fine di determinare entro quale o quali modelli il contratto sia astrattamente inquadrabile<sup>22</sup>. L’indagine circa la comune intenzio-

<sup>18</sup> Cfr., in questo senso, Cass. civ., S.U., 27.3.2008, n. 7930, *cit.*

<sup>19</sup> In questo senso, si veda R. SACCO, *La qualificazione*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit., 450.

<sup>20</sup> Il riferimento è, in particolare, a Cass. civ., S.U., 27.3.2008, n. 7930, *cit.*

<sup>21</sup> Così, ancora, Cass. civ., S.U., 27.3.2008, n. 7930, *cit.*, ma più di recente si veda Cass. civ., sez. II, ord., 17.10.2019, n. 26485, *cit.*

<sup>22</sup> La questione della sovrapposizione tra le due fasi viene in rilievo, in una chiave più teorica, anche in dottrina: alcuni autori hanno sostenuto che l’interpretazione comprende anche la qualificazione (cfr. C. GRASSETTI, *op. cit.*, 103); altri hanno rilevato la confluenza di interpretazione e qualificazione, evidenziando come anche la prima costituisca attività valutativa (si veda V. RIZZO, *op. cit.*, 134 ss.; A. DI AMATO, *op. cit.*, 63. Vale la pena di segnalare che la stessa dottrina che ha sostenuto la necessità di mantenere ben distinte le due fasi – quella interpretativa e quella di qualificazione – segnala, al fine di sostenere la primazia del criterio dell’interpretazione funzionale (ex art. 1369 c.c.), la natura «circolare» del proce-

ne delle parti servirà – se riguardata nella prospettiva più pratica dello sviluppo motivazionale della decisione – a confermare la sussumibilità del contratto entro un dato tipo ovvero a dirimere l'eventuale contrasto tra più opzioni qualificatorie tra loro alternative.

Ciò precisato, la progressione temporale del procedimento mantiene una sua fondamentale rilevanza sul piano logico-normativo. Per un verso, essa segnala che l'individuazione della disciplina legale, ed eventualmente di una prevalenza tipologica tra i plurimi tipi coinvolti, deve in ogni caso emergere e giustificarsi come “attuazione” dell'assetto di interessi in concreto emergente dal programma negoziale, a sua volta espressione dell'autonomia privata esercitata dalle parti. Detto in altri termini: l'individuazione del corretto trattamento giuridico del contratto è funzionale ad assicurare la produzione degli effetti programmati dalle parti, come obbiettivati nel contratto, ovvero la paralisi di quelli che sacrificano interessi generali non disponibili dalle parti. Per altro verso, e correlativamente, la precedenza dell'una fase sull'altra fissa il limite che il giudice di merito incontra nell'interpretazione del contratto, in tal modo chiarendo che la «comune intenzione delle parti» non può essere determinata in funzione del criterio di selezione della disciplina applicabile, ritenuto – in astratto – maggiormente idoneo. Il che rileva specialmente nell'ipotesi più specifica dei contratti astrattamente riconducibili a più tipi: per quanto il giudicante, nel momento in cui effettua l'interpretazione del contratto, avrà già individuato le possibili opzioni qualificatorie, l'interpretazione non può in ogni caso essere condotta in vista del raggiungimento di un risultato qualificatorio previamente determinato dall'interprete, quale – ad esempio – la necessaria prevalenza (o finanche la non prevalenza) di uno schema tipico sull'altro.

#### 4. Dal contratto misto alle tecniche di individuazione della prevalenza tipologica.

La dottrina suole assumere un atteggiamento critico nei confronti della tendenza alla “tipizzazione disciplinare” che pervade la giurisprudenza<sup>23</sup>. Se

---

dimento interpretativo, nell'ambito del quale «le dichiarazioni e il comportamento delle parti concorrono a individuare la causa del contratto e questa, a sua volta, concorre a chiarirne il significato». Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 405. Sebbene il riferimento sia in questo caso alla causa in concreto (sulla cui concezione si veda di recente C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2020, 588 ss.), pare inevitabile che la sua determinazione involga una valutazione dell'atto alla luce dei diversi tipi codificati dal legislatore. La circolarità del procedimento è rilevata altresì da V. ROPPO, *op. cit.*, 438.

<sup>23</sup> In termini generali si vedano: G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina negotia mista cum donatione*, Padova, 1934; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit.; R. SACCO, *La qualificazione*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit., 439 ss.; E. DEL PRATO, *op. cit.*, 87 ss. V. TIMPANO, *Disciplina applicabile al contratto misto*, in *Contr.*, 2, 2001, 118 ss. e ancora, più di recente, R. CALVO, *op. cit.*, 1115 ss. La stessa Cassazione non ha mancato di rilevare, in talune sentenze, le conseguenze lesive per l'autonomia contrattuale che potrebbero discendere dal costringere la volontà delle parti, che hanno dato vita a un contratto tipologicamente misto, alla sola regolamentazione del contratto prevalente. Cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. II, 2.12.1997, n. 12199, in *Giur. it.*,

è vero che la tecnica di qualificazione fondata sulla sequenza contratto misto-disciplina prevalente appare la più agevole e liquida per determinare il trattamento giuridico dell’atto negoziale nel quale confluiscono elementi di più tipi, il suo utilizzo espone l’opera di qualificazione a una serie di critiche, che ne mettono in dubbio non solo la tenuta logica, ma altresì la compatibilità con i principi generali che governano la materia. Le critiche della dottrina si annodano principalmente attorno alle *conseguenze*, in termini di compressione per la libertà contrattuale delle parti (più spesso di una di esse), che discenderebbero dalla sussunzione del concreto contratto entro una singola figura tipica prevalente. Una tale costrizione – si osserva in dottrina – provoca l’estromissione degli interessi sottesi agli schemi negoziali ritenuti (dal giudicante) subalterni, così risolvendosi in un’alterazione della causa contrattuale del negozio<sup>24</sup> – come risultante dalla volontà obiettivata delle parti – contraria al principio dell’autonomia contrattuale.

Il rilievo scopre un lato debole della tecnica di qualificazione in esame: seppur, come si dirà oltre, non quello *più* debole. Per ora, tuttavia, interessa verificare in che misura e per quali ragioni la tecnica descritta possa dirsi confliggente con il principio di autonomia. Nell’impostare una tale analisi, non può prescindersi dal preliminarmente rilievo per cui, sentenze alla mano, la prevalenza tipologica non risponde a criteri univoci. Il dato risulta spesso trascurato in ragione della propensione delle corti a utilizzare la figura del contratto misto per alludere a fattispecie concrete tra loro notevolmente diverse. Ciò non sorprende considerando che, nonostante le autorevoli riflessioni in materia e la larga diffusione in giurisprudenza, il processo di elaborazione del contratto misto – ereditato dalla dottrina tedesca<sup>25</sup> – non è mai giunto a fissare le condizioni strutturali della categoria<sup>26</sup>. Prova ne sia l’eterogeneità delle più ricorrenti definizioni con le quali si è tentato di cristallizzarne i tratti essenziali, le quali restituiscono una certa discordia sia quanto agli elementi la cui ricorrenza è ritenuta necessaria e sufficiente a identificare, chiamandone in causa la relativa disciplina, un determinato schema “tipico”<sup>27</sup>: identificati, ora nelle prestazioni caratterizzanti<sup>28</sup>; ora

10, 1998, 914 ss. con nota di E. BERGAMO, *Nota in tema di contratto misto di appalto e compravendita di cosa futura*; Cass. civ., sez. II, 22.6.2005, n. 13399, *cit.*, nonché, più di recente, Cass. civ., sez. II, ord. 22.6.2023, n. 17855, *cit.*

<sup>24</sup> Così, testualmente, R. CALVO, *op. cit.*, 1116.

<sup>25</sup> Su cui P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reichs*, I, Berlin, 1902, 177 ss.; H. HOENIGER, *Untersuchungen zum problem der gemischten Verträge*, I, in ID., *Die gemischte Verträge in ihren Grundformen*, Mannheim, 1910; O. SCHREIBER, *Gemischte Verträge im Rechtsschuldrecht*, in *JherJb*, 60, 1912, 106 ss.

<sup>26</sup> Circostanza, questa, che si ripercuote sulla valenza dogmatica del contratto misto. Perché la figura del contratto misto possa avere una qualche utilità come categoria autonoma, funzionalmente orientata a risolvere il problema disciplinare, è necessario, prima ancora che smarcarla in chiave dogmatica da categorie a essa limitrofe (tra cui, appunto, il contratto atipico), renderla destinataria di un significato quanto più possibile univoco e disambiguo, che consenta all’interprete di inferire, dal ricorrere nella fattispecie concreta dei tratti propri della mistione, il metodo attraverso cui stabilire la disciplina di fonte legale ad esso applicabile. Così, già G. DE GENNARO, *op. cit.*, 169.

<sup>27</sup> Varietà che è in gran parte il riflesso delle plurali tesi circa i fattori idonei ad ascrivere il contratto o sue parti nei relativi paradigmi normativi, come già evidenziato in esordio.



negli elementi essenziali o anche naturali<sup>29</sup>, ora nei soli contratti aventi “schema negoziale ampi”<sup>30</sup>; sia quanto ai fattori che, riunificando i diversi “frammenti”, imprimono unitarietà al contratto misto: vale a dire, se ciò dipenda dalla presenza di uno schema contrattuale (funzionalmente) egemone, se sia invece il risultato della fusione di più cause in un’unica e unitaria “causa mista”<sup>31</sup> o, ancora, se il contratto sia unico perché unitario è lo scopo pratico con esso perseguito dalle parti<sup>32</sup>.

Ora, se l’assenza di uniformità di vedute circa la configurazione di una determinata categoria è fenomeno endemico al circuito delle elaborazioni dottrinali e connaturale all’evoluzione dei concetti giuridici<sup>33</sup>, la mancanza di certezza diviene problema ben più grave se proiettata sul fronte applicativo; specie laddove la categoria, pur sottendendo ipotesi difformi, operi come tramite per predicare a ciascuna di esse indistintamente la medesima soluzione disciplinare fondata sull’applicazione al contratto dello schema prevalente (o assorbente). Si intende, in altre parole, osservare che la tendenza della giurisprudenza a riferire la figura del contratto misto a ipotesi tra loro strutturalmente divergenti finisce per oscurare come, in concreto, la “prevalenza” tipologica sia dalle corti individuata sulla base di indici mutevoli, tra loro distinguibili in ragione della forma e dell’intensità con cui si configura l’assemblaggio contrattuale sottoposto al vaglio del giudice<sup>34</sup>. Più precisamente, procedendo a una ricognizione della casistica in materia che trascenda l’incartamento dogmatico associato alla proclamazione della natura mista (o complessa) del contratto, sembra possibile rilevare – pur senza pretese di esaustività – tre principali indici di identificazione della “prevalenza” tipologica, che riflettono altrettante costellazioni di ipotesi combinatorie.

a) Accade sovente che un contratto, pur rievocando la dinamica funzionale di un dato tipo, se ne distanzi in ragione di alcuni elementi o clausole minoritarie che ad esso non confanno o per la previsione di una o più prestazioni che introducono nel regolamento taluni obblighi difformi da quelli scaturenti dallo schema tipico a cui accedono. Si pensi, tra i molteplici esempi, a un contratto di vendita nel quale, pur essendosi le parti impegnate ad eseguire immediatamente le prestazioni su ciascuna ricadenti, l’effetto traslativo sia stato differito ad un successivo momento, per il quale occorre-

<sup>28</sup> G. DE GENNARO, *op. cit.*, 16; T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, «negotium mixtum cum donatione»*, in ID., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 79, spec. 82.

<sup>29</sup> R. SACCO, *La qualificazione*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto, cit.*, 437 ss.

<sup>30</sup> A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970.

<sup>31</sup> G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995.

<sup>32</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, 450 ss., secondo una prospettiva che sembra ad oggi prevalere in giurisprudenza, quantomeno in relazione al contratto “complesso”.

<sup>33</sup> Nella materia in esame, come già osservato, ampia incidenza ha avuto in particolare la pluralità di concezioni elaborate in tema di causa. Cfr., in tal senso, i rilievi di G. GORLA, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1954, ristampata nel 2023 da Roma Tre-Press, per la collana *La memoria del diritto*, vol. I, 262 ss.

<sup>34</sup> In questo senso, R. SACCO, *La qualificazione*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto, cit.*, 437 ss.

rà un apposito e ulteriore atto esecutivo<sup>35</sup>. In tali casi sarà il riscontro dell’esistenza di uno schema “legale” strutturalmente, oltre che funzionalmente, dominante a sovrintendere l’operazione qualificatoria: il giudice sarà portato a statuire che a quel contratto concreto, nonostante la presenza di talune caratteristiche difforme, debba applicarsi la disciplina del “tipo” nel cui perimetro rientra la maggioranza degli altri elementi del contratto e che ad esso imprimono una funzione unitaria e assorbente.

b) La natura dell’affare potrebbe però richiedere di modulare il regolamento in modo tale che su una delle parti venga a gravare una pluralità di prestazioni, per loro natura riconducibili a differenti schemi negoziali, dietro corresponsione, a carico dell’altra, di una prestazione in denaro, in vista della realizzazione di un determinato e unitario scopo pratico<sup>36</sup>. Si pensi al contratto che preveda, in cambio di un corrispettivo in denaro, la realizzazione di un’opera, secondo i moduli funzionali dell’appalto, e il trasferimento della proprietà del bene costruito, secondo gli effetti e la causa propri del contratto di vendita.

Ebbene, in queste ipotesi – per cui si usa discorrere di “mistione unilaterale” – la prevalenza tipologica è di regola sancita organizzando le diverse prestazioni “tipiche” secondo un rapporto di strumentalità, ossia individuando, sulla base di diversi indici (economico, temporale, strutturale), quale delle due (o più) prestazioni sia funzionalmente piegata all’altra<sup>37</sup> in vista del risultato finale perseguito dalle parti.

Il riferimento alla “strumentalità” delle prestazioni appare, tuttavia, non di rado fuorviante. Vi sono, certo, ipotesi in cui una prestazione risulta strumentale – nel senso più tecnico di accessoria – ad un’altra principale: è il caso del venditore di un immobile che si impegni a eseguire alcuni piccoli interventi di ristrutturazione (quali la semplice pittura delle pareti) in vista del trasferimento del relativo diritto<sup>38</sup>. Ma, fuori da tali casi, quando più

<sup>35</sup> Così, secondo la ricostruzione di alcuna dottrina (v. spec. A. LUMINOSO, *Vendita con effetti obbligatori e promessa di vendita*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2022, 210 ss.) l’esecuzione anticipata risulterebbe incompatibile con la funzione preparatoria del preliminare e il tipo legale vendita dotato di un’elasticità tale da ricomprendere anche la variante della vendita obbligatoria. Secondo la Cassazione, per contro, l’ipotesi menzionata dà vita a un preliminare di vendita, con pagamento anticipato del prezzo e consegna anticipata del bene da parte, rispettivamente, del promissario acquirente e promittente venditore (cfr. Cass. civ., sez. I, 1.3.2010, n. 4863, in *Foro it.*, 3, 2011, 870 ss. Secondo questa diversa visione, è il contratto preliminare a presentare un’elasticità tale da assorbire, senza snaturarsi, l’elemento atipico consistente nell’anticipata esecuzione delle prestazioni.

<sup>36</sup> Il raggiungimento di un «intento negoziale oggettivamente unico» sarebbe, peraltro, l’elemento in grado di distinguere le ipotesi di contratto misto – o meglio complesso – da quelle di contratto collegato, nelle quali il nesso teleologico tra i negozi (requisito oggettivo) è preordinato, *ab origine*, al perseguimento di una finalità ulteriore e diversa rispetto a quella dei singoli negozi tra loro coordinati (requisito soggettivo). Sul punto, cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, ord. 5.12.2017, n. 29111, in *Corr. giur.*, 12, 2018, 1499 ss., con nota di F. TRUBIANI, *Operazioni finanziarie concatenate tra unità e pluralità di negozi*, nonché Cass. civ., sez. II, 16.3.2006, n. 5851, in *One Legale*.

<sup>37</sup> Cfr. G. DE NOVA, *op. cit.*, 19.

<sup>38</sup> In tal senso, G. SICCHIERO, *op. cit.*, 265.



“coppie di prestazioni”<sup>39</sup> si cumulino effettivamente tra loro all’interno di un unico regolamento, al punto da esprimere una pluralità tipologica, nessuna di esse potrà dirsi funzionalmente subordinata alla o alle altre: ciascuno dei “blocchi funzionali” che si trova saldato nell’unitaria catena funzionale del contratto concorre alla realizzazione dell’assetto degli interessi diviso dalle parti, di modo che l’uno, senza l’altro o gli altri, darebbe luogo a un’operazione economica differente – o quantomeno incompleta – rispetto a quella avuta in mente dai contraenti<sup>40</sup>. E infatti, penetrando più a fondo nelle pieghe delle motivazioni che supportano le decisioni delle corti, ci si avvede di come l’asse del giudizio di prevalenza sia, in tale ipotesi, traslato dal piano del rapporto tra le prestazioni (nella loro propensione a realizzare lo scopo pratico complessivo dell’operazione economica) a quello del grado di rilevanza che per le parti assume ciascuna di esse: si tratta di individuare, per usare le parole della Cassazione, «l’interesse che ha mosso le parti» o la finalità «vera» ed «effettiva» del negozio<sup>41</sup>, quale emergente all’esito di una più profonda indagine del contenuto della volontà comune obiettivata nel regolamento<sup>42</sup>. Senonché, una tale indagine, anziché assumere quale referente il comune intento dei contraenti, finisce per istituire una gerarchia tra gli interessi che una delle parti (di regola, quella debitrice della somma di denaro) serba in relazione a ciascuna delle prestazioni “caratterizzanti” di

<sup>39</sup> Considerata la natura *tendenzialmente* neutra e amorfa della prestazione in denaro, in astratto associabile – quale controprestazione – a ognuna delle prestazioni, diverse per natura, cui si è obbligata l’altra parte, il regolamento potrebbe essere idealmente scomposto in una pluralità di “coppie” di prestazioni corrispettive (nell’esempio riportato nel testo, prestazione di fare e corrispettivo in denaro; prestazione di dare e corrispettivo in denaro), ciascuna riconducibile a uno dei diversi modelli espressamente disciplinati. Natura *tendenzialmente* amorfa, poiché, come riferisce autorevole dottrina, anche il corrispettivo in denaro può, in taluni casi, acquisire una funzione individuatrice del tipo. V. in proposito G. DE NOVA, *op. cit.*, 89 ss.

<sup>40</sup> Cfr. V. TAMPANO, *op. cit.*, 120 ss.; G. CHINÉ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Molfetta, 2016/2017, 1271.

<sup>41</sup> Così, *ex multis*, Cass. civ., S.U., 12.5.2008, n. 11656, *cit.*, che tende verso la coincidenza della prevalenza con la «vera ed unica finalità del negozio» e Cass. civ., sez. III, 22.6.2005, n. 13399, *cit.*, che si riferisce all’«interesse che ha mosso le parti».

<sup>42</sup> Significative, in questo senso, le osservazioni delle Sezioni unite della Corte di cassazione, nella sentenza 16 novembre 2022, n. 33719, *cit.*, in tema di mutuo fondiario concesso per un valore superiore alla soglia dell’ottanta per cento stabilita per il finanziamento. In un *obiter dictum*, i giudici rilevano quale sarebbe la disciplina applicabile laddove si ravvisasse nella formazione contrattuale di specie un contratto misto. In questa prospettiva, la Corte ribadisce, dapprima, che il contratto misto deve essere assoggettato alla disciplina unitaria del contratto prevalente, chiarendo che questo si determina «in base ad indici economici o anche di tipo diverso, come *la forza del tipo* o *l’interesse che ha mosso le parti* [...]». Quindi, rileva (sempre in via astratta) che il contratto sarebbe assoggettabile alle norme sul mutuo fondiario qualora, dall’esame della volontà di ambedue le parti, emergesse che esse «hanno voluto stipulare un mutuo fondiario, in considerazione dei vantaggi *per entrambe* (per il mutuatario, ad esempio, di accedere al finanziamento per un importo maggiore e di beneficiare del favorevole regime dell’inadempimento, di cui all’art. 40, comma 2, t.u.b.)» (corsivo aggiunto).

cui è creditrice, donde assegnare a quello tra essi preminente il compito di delimitare le regole da applicare al caso concreto<sup>43</sup>.

Così, nel caso di concomitanza di appalto e vendita, si decide per la sottoposizione del contratto alla disciplina della vendita, se l’interesse primario (perseguito dal committente-acquirente) sia il trasferimento del diritto di proprietà sull’immobile, pur quando l’esecuzione dell’opera abbia un valore economico rilevante; viceversa, si farà applicazione delle norme sull’appalto, allorché, dalla ricostruzione del «dato empirico» del concreto «intento delle parti», sia possibile evincere che l’interesse principale (del creditore delle prestazioni “tipiche”) sia la realizzazione di un’opera, rimanendo quello alla somministrazione della materia in esso assorbito<sup>44</sup>.

Criteri simili presiedono altresì alla selezione della disciplina legale applicabile a quelle formazioni contrattuali in cui l’*assemblaggio* si realizza nella forma dello scambio reciproco di prestazioni caratterizzanti tipi contrattuali diversi: è il caso, ad esempio, di un contratto che preveda la concessione in godimento di un bene immobile, tipica della locazione, contro una prestazione di fare, al modo del contratto d’opera. Qui, l’individuazione di una prevalenza tra i plurimi tipi coinvolti diviene più complessa da argomentare e, quindi, più controversa. Per un verso, una effettiva pluralità tipologica sarebbe in tali casi riscontrabile solo allorché una delle prestazioni faccia capo a uno di quei tipi che non sono identificati, sul piano definitorio, da una ben precisata controprestazione (è il caso, appunto, della locazione). Qualora, per contro, una delle prestazioni si riferisca a un tipo, per così dire, «rigido», qual è ad esempio il contratto di vendita, la mancanza della controprestazione dallo stesso schema previsto dovrebbe portare a escludere la riconducibilità dell’operazione a quel determinato tipo (ed eventualmente ad inquadrarlo in un altro tipo, quale, ad esempio, la permuta). Per altro verso, la distribuzione delle (diverse) prestazioni “tipiche” su entrambi i lati del sinallagma impedisce – o almeno dovrebbe impedire – di stabilire una gerarchia di interessi in capo a uno dei contraenti, nel senso sopra precisato.

Cionondimeno, anche in questi casi le corti insistono nel ricercare, sulla scorta dell’intento delle parti, la prestazione caratterizzante l’intera operazione contrattuale (relegando l’altra a sua mera *controprestazione*), sì da assegnarle la funzione di individuare la ragione giustificatrice dell’intero contratto e, insieme, la disciplina ad esso applicabile (dove la riconduzione nel

<sup>43</sup> Ed anzi, in queste ipotesi, l’unitarietà del contratto appare il riflesso della presenza nel regolamento contrattuale, per come voluto e manifestato dalle parti, di un interesse che guida finalisticamente l’intera operazione.

<sup>44</sup> La sovrapposizione tra prevalenza della prestazione e prevalenza dell’interesse di una delle parti è ben visibile nelle sentenze rese sul tema dalla Cassazione, nelle quali si afferma che «la distinzione tra i due contratti, quando la prestazione di una parte consista sia in un dare che in un fare, [deve avere riguardo alla] volontà dei contraenti, per cui si ha appalto quando la prestazione della materia costituisce un semplice mezzo per la produzione dell’opera ed il lavoro è lo scopo essenziale del negozio (sent. 29 luglio 1978, n. 3806)» sicché la prestazione d’opera assume «valore determinante al fine del risultato da fornire alla controparte», ossia al destinatario di detta prestazione (così, Cass. civ., S.U., 9.6. 1992, n. 7073); si ha invece vendita se il lavoro sia il mezzo per la trasformazione della materia ed il conseguimento della cosa l’effettiva finalità del contratto (vendita)» (così Cass. civ., sez. II, 12.3.2018, n. 5935, in *One Legale*).

medesimo gruppo di ipotesi sub b). Esemplificativa, in questo senso, la tendenza della giurisprudenza a verificare, nel contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un'area edificabile in cambio della costruzione di un fabbricato o di alcune sue parti sulla stessa superficie a cura e con i mezzi del cessionario, quale delle due prestazioni risulti prevalente<sup>45</sup>.

c) Può infine delinarsi un'ulteriore costellazione di ipotesi che ricomprende quei regolamenti, composti anch'essi da una pluralità di (coppie di) prestazioni corrispettive (astrattamente) riconducibili ad altrettante cause negoziali tipiche, la cui concreta e coordinata realizzazione, in vista dell'unitario risultato finale, esige che le prestazioni siano organizzate entro uno schema che consenta al contraente che ne è creditore di esercitare su di esse un controllo complessivo: schema che, di regola, assume la struttura dell'appalto di servizi di cui all'art. 1677<sup>46</sup>. Tra le tante ipotesi menzionabili, particolare interesse suscita il c.d. contratto di servizi logistici, a cui il legislatore ha di recente dedicato una specifica disposizione con l'introduzione dell'art. 1677 bis c.c.<sup>47</sup>. Le diverse prestazioni di «ricezione, trasformazione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione di beni di un altro soggetto» risultano di regola coordinate e organizzate mediante un contratto di appalto di servizi che, operando a un diverso e superiore livello della catena funzionale, assicura la concreta (ed eventualmente duratura) realizzazione dell'assetto di interessi voluto dalle parti. Ebbene, l'analisi delle pronunce rese in merito alla qualificazione di questi contratti – come di altri negozi strutturalmente analoghi<sup>48</sup> – evidenzia come in tali casi la declaratoria di prevalenza verterà sul tipo la cui causa riveste, nell'economia dell'affare, la funzione strutturalmente “organizzativa” e nel cui quadro sono destinate a coordinarsi le molteplici altre prestazioni sottostanti: nel caso del contratto di servizi logistici, per l'appunto, il “sottotipo” di cui all'art. 1677 c.c.

<sup>45</sup> Cfr. Cass. civ., S.U., 12.5.2008, n. 11656, *cit.*, che confermava un orientamento già consolidato in giurisprudenza (Cass. civ., sez. V, 9.11.2005, n. 21773, in *One Legale*; Cass. civ., sez. I, 12.4.2001, n. 5494, in *One Legale*; Cass. 24.1.1992, n. 811, in *One Legale* sulla cui ultima sentenza si esprimeva in senso critico, con argomenti estendibili alle più recenti sentenze, C. CAMARDI, in *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Milano, 1999, 96; l'A. rilevava come non avesse senso, nell'ipotesi contemplata, relegare l'obbligo di erigere l'edificio su un piano «accessorio e strumentale», considerato che, quand'anche il risultato finale sia individuato nel reciproco scambio di due beni, entrambi sono decisivi per la realizzazione dell'assetto di interessi voluto dalle parti.

<sup>46</sup> Cfr. in tema A. ALBANESE, *Il più moderno tra i contratti più antichi: le nuove sfide dell'appalto*, in *Giur. comm.*, 4, 2023, 688 ss.

<sup>47</sup> L'articolo, rubricato «Prestazione di più servizi riguardanti il trasferimento di cose», è stato introdotto con la legge di bilancio 2022 (l. 30 dicembre 2021, n. 234), e poi successivamente modificato con d.l. n. 36/2022, convertito in l. n. 79/2022.

<sup>48</sup> Tra le principali ipotesi offerte dalla casistica in tema di contratti misti possono annoverarsi: il contratto di *banqueting* (Cass. civ., sez. II, ord. 17.10.2019, n. 26485, *cit.*); il contratto di appalto di servizi di trasporto (Cass., sez. lav., ord., 6.7.2023, n. 19106 in *DeJure* e Cass. civ., sez. II, ord., 21.5.2018, n. 12506 in *DeJure* che, peraltro, propugnano opzioni di prevalenza diametralmente opposte); il contratto di elaborazione di *software* applicativi (Cass. civ., sez. II, 9.8.2013, n. 19131, *cit.*); il contratto di albergo (Cass. civ., S.U., 31.10.2008, n. 26298, *cit.*).

## 5. Limiti e disfunzioni delle tecniche di prevalenza: il rischio di formazione del regolamento contrattuale.

| 482

La ricostruzione che si è prospettata consente di chiarire che la teoria della prevalenza, benché tendenzialmente rappresentata come unitaria, sottende espedienti logici di risoluzione del problema disciplinare tra loro diversi, a loro volta esito di una incerta e volubile ricostruzione della figura del contratto misto (e complesso), che di essa dovrebbe rappresentare il presupposto operativo.

Messi in luce i diversi criteri di individuazione della prevalenza, è ora possibile verificare se, ed in quali casi, la sottoposizione del contratto alla disciplina di un unico schema prevalente determini una lesione dell'autonomia privata, precludendo la piena realizzazione dell'assetto d'interessi che le parti si erano date. A tal fine, occorrerà valutare se i meccanismi che presiedono alle diverse forme di prevalenza siano espressione del corretto esercizio dei poteri che competono al giudice nell'operazione qualificatoria e, insieme, rispettosi dei limiti – precedentemente evidenziati – che di tali poteri segnano i confini.

Tenendo ferma la tassonomia sopra prospettata, può anzitutto osservarsi che, nelle ipotesi sub a), la proclamazione della prevalenza di un tipo sugli altri non appare, sul piano dell'incidenza sull'autonomia delle parti, particolarmente problematica. Il tipo contrattuale gode invero di una certa *elasticità* che gli consente di assorbire, senza snaturarsi, talune modifiche contenutistiche che le parti decidano di operare sfruttando gli spazi di libertà lasciati aperti dall'autonomia contrattuale. Sicché, quand'anche al contratto fossero aggiunti “frammenti” o prestazioni accessorie eccedenti il tipo, la disciplina unitaria potrebbe giustificarsi in ragione del fatto che queste ultime non sono in grado di alterare la causa propria dello schema la cui prestazione è caratterizzante, la quale, di conseguenza, assume una forza attrattiva dal punto di vista disciplinare tale da assorbire gli elementi da esso difformi. È ciò che sembrano predicare le Sezioni unite della Cassazione quando annoverano la «forza del tipo» tra i criteri di selezione del trattamento giuridico dei contratti misti<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> In questo senso, si vedano le osservazioni di Cass. civ., S.U., 23.2.2023, n. 5657, *cit.*, relativa all'annosa questione della meritevolezza di cui all'art. 1322, co. 2 c.c. del contratto di *leasing* contenente una clausola di “rischio cambio”. Per quanto qui di interesse, i giudici richiamano i tre criteri che, secondo l'orientamento della Cassazione, consentono di stabilire se un contratto, a causa di pattuizioni eterogenee rispetto allo schema tipico, abbia mutato causa e natura: (i) «il primo criterio è che la qualificazione del contratto come “atipico” deve dipendere dai suoi effetti giuridici, non da quelli economici [...], avendo riguardo all'intento delle parti [...]»; (ii) «il secondo criterio è che un contratto non muta natura e causa, sol perché uno dei suoi elementi presenti un'occasionale difformità rispetto allo schema legale tipico [...]»; ma solo ove il rapporto risulti «del tutto estraneo al tipo normativo, perché trae le proprie ragioni di essere dall'adeguamento degli strumenti giuridici alle mutevoli esigenze della vita sociale e dei rapporti economici»; (iii)

«il terzo criterio, infine, è che le prestazioni atipiche poste a carico di una delle parti non mutano la causa tipica del contratto, se in questo permane la prevalenza degli elementi propri dello schema tipico». Il criterio della «forza del tipo», cui sembra alludere con il secondo (ma in parte anche con il terzo criterio), non può ad ogni modo operare qualora la dif-



Se così è, se ne devono trarre due corollari. Il primo: la sottoposizione del contratto a una disciplina unitaria non dipende, in tali casi, dall'individuazione di un negozio avente «maggior rilievo» nel contesto di una pluralità di negozi tipici differenti; essa consegue, più semplicemente, alla constatazione della riconducibilità del contratto entro i confini di un solo tipo, la cui funzione non muta per il mero fatto di esser stato dalle parti ibridato con singoli elementi difformi da quel modello contrattuale. Ci troviamo, in altre parole, fuori dal problema dei “contratti misti”, per come tradizionalmente impostato. Il secondo: queste ipotesi si sottraggono alla critica (per come più comunemente) mossa, in punto di autonomia contrattuale, al metodo della prevalenza, posto che non è dato rinvenire interessi ultronei, in grado di alterare la causa contrattuale del negozio, che siano stati ignorati dal giudicante.

Quanto alle ipotesi sub b) e c), l'operazione che fa discendere l'unitarietà della disciplina normativa dall'individuazione di un interesse prevalente o di uno schema con funzione “organizzativa” risulta più arbitraria. Al riguardo, occorre anzitutto osservare che non sempre il contratto concreto, interpretato sulla base della volontà obiettivata delle parti, restituirà al giudicante un interesse egemone<sup>50</sup>. Posto che nessuna delle prestazioni che entra nel sinallagma contrattuale può dirsi caratterizzante sotto il profilo funzionale, è possibile che più di una di esse rivesta per le parti egual rilievo in vista della finalità perseguita. In tali ipotesi, la ricerca di un *solo* tipo – *rectius*, interesse – prevalente, producendo un'indebita sovrapposizione tra l'oggetto della ricerca e il suo risultato, rischia di compromettere l'intera operazione qualificatoria: il giudice, pur di forzare il caso concreto entro la teoria da applicare, potrebbe essere portato ad attribuire ai contraenti un intento che non li alimentava e che, in ogni caso, non traspare dal programma negoziale, così violando i limiti imposti all'operazione di qualificazione.

Oltre a ciò, assegnare all'interesse eventualmente preminente una funzione selettiva delle norme applicabili al caso concreto finisce per imporre alle parti un assetto diverso da quello che le stesse intendevano realizzare nell'esercizio della loro autonomia contrattuale<sup>51</sup>. E ciò non tanto, o non solo, come si tende a dire, perché in tal modo si negherebbe rilevanza ad altri interessi ugualmente presenti nel contratto. Il problema, piuttosto e ancor prima, è che si fa discendere, dall'individuazione di un interesse prevalente, una volontà che le parti non hanno espresso: quella di disconoscere dall'operazione economica le implicazioni effettuali e gli ulteriori risvolti legali associati ai contratti concorrenti e secondari, che contribuiscono alla composizione multiforme della convenzione negoziale. Non vi è norma né principio che consenta di operare una tale inferenza, senza pregiudicare

---

formità delle clausole sia tale da evidenziare i segni di un abusivo ricorso a uno schema legale, per sottrarsi alle regole (imperative) discendenti da altri tipi. In tema G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2008, 491 ss., spec. 504 ss.

<sup>50</sup> Tale rilievo ricorre costante in dottrina, sebbene il riferimento sia di regola all'eventualità che manchi una «prestazione principale»: si vedano, *ex multis*, C.M. BIANCA, *op. cit.*, 449; E. DEL PRATO, *op. cit.*, 103.

<sup>51</sup> V. TIMPANO, *op. cit.*, 118 ss.; in tal senso, cfr. G. DE GENNARO, *op. cit.*, 173 ss.

l’autonomia contrattuale delle parti contraenti: come non è possibile per il giudice neutralizzare gli effetti legali del contratto prescelto dalle parti, facendo applicazione di un modello negoziale diverso da quello voluto dalle parti<sup>52</sup>, così non gli è consentito privare il regolamento contrattuale, validamente assunto dai contraenti, di effetti giuridici propri di taluni tipi negoziali, a cui le parti non abbiano mostrato di voler rinunciare, al solo fine di sottoporlo ad un’unica e unitaria disciplina legale.

La paralisi delle norme sottese a un determinato schema dovrebbe essere ammessa, nelle ipotesi di contratto assemblato, solo ove sia possibile evincere, dal comune intento delle parti (e dunque non dall’interesse di una di esse) per come oggettivamente manifestato nel regolamento, l’intenzione di escludere dal concreto contratto taluni effetti propri degli schemi negoziali coinvolti nell’operazione<sup>53</sup> (sempre che la natura dispositiva delle relative norme coinvolte lo consenta). Il rilievo, peraltro, assume particolare pregnanza nell’ottica di mantenere ferma la distinzione tecnica tra interpretazione e integrazione del contratto ai sensi dell’art. 1374 c.c.<sup>54</sup>, posto che l’individuazione delle eventuali “lacune” del regolamento dovrebbe riconnettersi all’indagine sul contenuto della volontà manifestata dalle parti e in vista della sua realizzazione<sup>55</sup> e non, invece, discendere dalla scelta da parte del giudice del tipo prevalente entro il quale farlo ricadere.

Considerazioni analoghe valgono, *a fortiori*, per le ipotesi in cui la disciplina applicabile sia determinata sulla base dello schema negoziale con funzione organizzativa, il quale nemmeno segnala l’esistenza di un interesse prevalente, rispondendo esso a un’esigenza organizzativa, necessaria per mettere in piedi e organizzare unitariamente l’operazione economica divisa tra le parti e da cui, pertanto, non può in ogni caso farsi discendere la vo-

<sup>52</sup> Così Cass. civ., S.U., 16.11.2022, n. 33719, *cit.* L’affermazione, condivisibile in linea di principio, non può tuttavia tradursi in una preclusione per il giudice di riqualificare il contratto, per come inteso e voluto da entrambe le parti, ove ciò si renda necessario per allineare l’atto negoziale al sistema di effetti giuridici delineati dal legislatore ovvero per renderlo aderente a interessi concorrenti che, sulla scorta dell’originaria qualificazione, rimarrebbero sacrificati. Questo l’argomento, condivisibile, da cui muove la critica alla citata sentenza di S. PAGLIANTINI, in *Mutuo fondiario e limite di finanziabilità: a passo di gambero*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2023, 407 ss. e ID., *Mutuo fondiario - la validità secca del mutuo fondiario sovrafinanziato: un the end (più) agro (che) dolce*, in *Giur. it.*, 2023, 527 ss.

<sup>53</sup> R. SACCO, *La qualificazione*, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, *cit.*, 456.

<sup>54</sup> Per quanto attività legate l’un l’altra in un *continuum* di consequenzialità logico-giuridica: cfr. in tema G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, 276 ss. Il tema è ripreso da F. SANGERMANO, *Il controllo giudiziale dell’equilibrio delle prestazioni contrattuali tra apparente interpretazione correttiva e reale integrazione dell’atto di autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2015, 758 ss.

<sup>55</sup> Sembra invero condivisibile l’orientamento secondo cui, pur dovendosi tenere ferma la distinzione tra interpretazione e integrazione, quest’ultima attività (almeno nel senso espresso dall’art. 1374 c.c.) risulta pur sempre funzionale alla «costruzione» del regolamento contrattuale, nella prospettiva di sviluppare, completandolo, l’atto di autonomia delle parti: il che, peraltro, potrebbe risolversi non solo in un’integrazione del contenuto del contratto di natura strettamente suppletiva, sul presupposto dell’esistenza di una palese lacuna, ma altresì in un suo arricchimento con regole che consentano di dare piena attuazione all’assetto di interessi voluto dai contraenti. Si veda, in questo senso, A. D’ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., I Tematici - Il contratto*, Milano, 2021, 609, spec. 615 ss.

lontà negoziale di pretermettere i risvolti effettuali dei diversi segmenti contrattuali che nello schema-quadro trovano coordinamento.

## 6. L'applicazione congiunta delle discipline coinvolte nei contratti misti: limiti della teoria della combinazione e dell'integrazione.

Le numerose obiezioni cui si espone la teoria della prevalenza suggeriscono di cercare soluzioni alternative per risolvere il problema disciplinare<sup>56</sup>.

La dottrina usa spesso rimarcare come l'alternativa più secca a tale teoria sia quella fondata sull'applicazione simultanea delle discipline di tutti gli schemi ai quali la *complessa* convenzione contrattuale posta in essere dalle parti appaia ascrivibile (c.d. criterio della *combinazione*<sup>57</sup>).

È opportuno fin da subito precisare che, anche nell'ambito di questo metodo, come per quello fondato sulla prevalenza, il presupposto applicativo rimane pur sempre (ed unicamente) il riscontro di una identità – o, per esse-

<sup>56</sup> Come osservato in apertura le prospettive alternative alla prevalenza sono molte e diversificate. Oltre alle teorie – della combinazione e dell'integrazione – trattate nel testo, è possibile segnalare almeno altri tre approcci proposti in dottrina: la c.d. teoria dell'analogia, secondo cui ai contratti misti dovrebbe applicarsi in via diretta la disciplina del contratto in generale e, in via analogica, quella del tipo (o dei tipi) a cui il concreto contratto "assomiglia" (O. SCHREIBER, *op. cit.*, 106 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, ed. II, 1966, 135 ss.); il c.d. metodo tipologico secondo cui, a partire da una distinzione tra "concetto" e "tipo", è possibile individuare delle figure intermedie tra i diversi schemi negoziali coinvolti nel contratto misto, così "graduando" la disciplina di ciascuno alla luce del concreto assetto di interessi (G. DE NOVA, *op. cit.*, spec. 151 ss.); un approccio infine teso a ritagliare la disciplina direttamente sugli interessi delle parti, superando la distinzione tra tipicità e atipicità (su cui cfr. P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, ora in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato - Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 389 ss.). Le prospettive risultano, per ragioni differenti, eccessivamente "radicali" rispetto al tradizionale modo di procedere delle corti, le quali, invero, non ne fanno di regola menzione. Tuttavia, esse esprimono – in modo lampante – l'insoddisfazione per le rigide alternative cui si perviene attraverso un'applicazione formalistica e asfittica del metodo della sussunzione, evidenziando l'esigenza – che si condivide – di addivenire a soluzioni più aderenti al regolamento concreto che si offre al caso di specie.

<sup>57</sup> Il metodo è ripreso dalla dottrina tedesca, nel contesto della quale si vedano in particolare: G. RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen, 1905, 320 ss.; H. HOENINGER, *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge*, Mannheim, 1910, *passim*. Non di rado il criterio viene riferito ai soli contratti *complessi* (in questo senso v. esplicitamente Cass. civ., S.U., n. 7930 del 2008, *cit.*), sebbene il rilievo non abbia una portata decisiva, non fosse altro per la già rilevata incertezza circa la distinzione tra contratti complessi e contratti misti. In dottrina, la combinazione quale metodo secondo cui i vari segmenti del contratto dovrebbero essere assoggettati disciplinati ciascuno con riferimento allo schema contrattuale entro cui i suoi elementi sono riconducibili è caldeggiata da G. DE GENNARO, *op. cit.*, 169 ss.; in chiave ricostruttiva, v. altresì R. SACCO, *La qualificazione*, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit. Altri autori sembrerebbero alludere, nel richiamare tale metodo, a un'applicazione promiscua delle discipline coinvolte, per cui sulle parti insisterebbero contemporaneamente i diritti e gli obblighi propri di tutti i diversi schemi rinvenibili. Cfr. sul punto V. ROPPO, *op. cit.*, 406.



re più precisi, di una somiglianza<sup>58</sup> – sul piano causale (o comunque definitorio) tra la fattispecie concreta da regolare e (non uno ma) più modelli contrattuali entro cui la stessa risulti sussumibile<sup>59</sup>. La differenza risiede altrove: se, accedendo alla teoria della prevalenza, la procedura qualificatoria si esaurisce nell’individuazione del modello prevalente, perché ciò sarà sufficiente a delimitare il novero delle disposizioni “tipiche” applicabili al caso di specie; nel contesto della teoria della combinazione, individuati i tipi entro cui il contratto è riconducibile, l’interprete dovrà provvedere a stabilire in quale “misura” le discipline particolari di ciascuno di essi trovino applicazione e, dunque, se esse siano applicabili integralmente ovvero se alcune delle regole appartenenti ai tipi – per ragioni di reciproca incompatibilità – debbano cedere il posto ad altre.

La tecnica della combinazione, nella sua dinamica più pura, ha minor seguito in dottrina e sostanzialmente nessun seguito – così si usa affermare – in giurisprudenza. Il metodo è invero criticato, anzitutto, per le incertezze applicative che conseguirebbero a un’applicazione congiunta delle diverse discipline, la quale condurrebbe a risultati disomogenei e, in ogni caso, difficilmente in concreto percorribili<sup>60</sup>; nonché sulle difficoltà che in tal modo si registrerebbero nell’assicurare un’adeguata differenziazione di disciplina tra la figura del contratto complesso e quella del contratto collegato<sup>61</sup>. Ancora, si obietta a tale criterio che le norme di un determinato tipo, prescrivendo effetti che si giustificano funzionalmente in ragione della particolare combinazione degli elementi che connotato quel dato schema legale, non possono trovare applicazione ogniqualvolta quella particolare combinazione non sia riscontrabile nella fattispecie concreta<sup>62</sup>.

Prima di sottoporre a verifica le menzionate ragioni critiche, conviene osservare che, nonostante quanto si suole declamare nella teoria, la dinamica disciplinare suggerita dalla teoria della combinazione non è del tutto sconosciuta alla giurisprudenza. Accade non di rado che le corti, pur applicando il criterio della prevalenza, provvedano a integrare la disciplina del tipo prevalente con una o più regole degli schemi subalterni. La stessa Corte di cassazione sostiene ormai da tempo che «la disciplina giuridica [del contratto misto] va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti [...], senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e

<sup>58</sup> Qualora il contratto sia frutto di combinazione tra più tipi, questo non potrà essere pienamente sussunto entro nessuno di essi, posto che gli elementi della fattispecie concreta, idonei a individuare tipi diversi da quello, di volta in volta, preso in considerazione determineranno, rispetto a quest’ultimo, un mutamento di funzione che impedirà di descriverne il rapporto in termini di identità. Perciò, nel contesto della teoria combinatoria (in modo simile a quanto avviene allorché si applichi la prevalenza), il fondamento dell’applicazione di ciascuna delle discipline tipiche sembrerebbe piuttosto radicarsi nella somiglianza tra il singolo contratto (o una sua parte) e il modello per come descritto nella relativa nozione, secondo il metodo applicato generalmente ai contratti atipici. Cfr. in tema F. DI GIOVANNI, *op. cit.*, 60 ss.; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, *cit.*, 194.

<sup>59</sup> Sul punto si tornerà *infra* § 7.1

<sup>60</sup> Cfr. G. CHINÉ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *op. cit.*, 1271.

<sup>61</sup> Così Cass. civ., S.U., 27.3.2008, n. 7930, *cit.*

<sup>62</sup> A. CATADELLA, *op. cit.*, 78.



concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto *compatibili con quelle dello schema prevalente*» (enfasi aggiunta)<sup>63</sup>. Si è in tal senso stabilito, ad esempio, che nel contesto di un contratto misto per effetto della fusione del contratto di agenzia con prestazioni di deposito, l'individuazione del primo come contratto “prevalente” non impedisce l'applicazione delle norme del contratto concorrente in tema di rimborso delle spese, in quanto compatibili con il contratto di agenzia<sup>64</sup>. Il principio è progressivamente penetrato nel circuito delle decisioni di merito, assumendo oggi una certa regolarità<sup>65</sup>.

Questo metodo – comunemente detto di *integrazione* – appare in grado, almeno in potenza, di evitare la neutralizzazione di effetti legali che le parti non hanno manifestato di volere eliminare, assicurando un maggiore allineamento tra la disciplina applicata e la fattispecie concreta voluta dalle parti.

Tuttavia, per come in concreto enunciata, anche tale teoria presta il fianco a talune critiche. La più manifesta è che la tecnica può favorire un certo finalismo – già riscontrabile nella teoria della prevalenza<sup>66</sup>, ma qui ancor più evidente perché soggetta a un maggior arbitrio – che può condurre le corti ad applicare ora la disposizione del “tipo” prevalente, ora la disposizione del “tipo” secondario, a seconda dell'effetto (in ordine al termine di prescrizione, al regime di responsabilità, all'operatività di una determinata garanzia, ecc.) che si ritiene di dover assegnare al contratto. Il limite di cui soffre tale teoria, in altre parole, è la mancanza di criteri certi e univoci circa il rapporto di coordinamento che deve sussistere tra la disciplina del “tipo” prevalente (o in ipotesi dei “tipi” prevalenti) e le discipline che afferiscono ai segmenti contrattuali secondari.

Dal tenore letterale delle sentenze rese dalla Corte di cassazione, sembrerebbe che l'ordine di precedenza debba essere stabilito riconoscendo la soggezione dell'intera operazione economica alla disciplina del “tipo” prevalente, la quale può essere all'occorrenza “integrata” dalle regole relative ai singoli tipi secondari che ne imprimono la complessità, purché esse non siano in contrasto con la disciplina prevalente<sup>67</sup>. Questo metodo di coordinamento,

<sup>63</sup> Cfr. Cass. civ., 12.12.2012, n. 22828, *cit.* Nello stesso senso, v. Cass. civ., S.U., n. 11656 del 12.5.2008, *cit.*; Cass. civ. Sez. III, 22.6.2005, n. 13399, *cit.* Il principio è ripreso testualmente anche dal Tribunale di Parma, nella sentenza 3.7.2013, n. 985, in *One Legale*.

<sup>64</sup> Così Cass. civ., sez. II, 12.12.2012, n. 22828, *cit.*

<sup>65</sup> Il principio è stato, esemplificando, utilizzato dalla prevalente giurisprudenza di merito in tema di logistica, nella quale ricorre frequente la dichiarazione secondo cui il contratto di servizi logistici, in quanto negozio “misto”, soggiace alla disciplina dello schema prevalente, in base al “criterio dell'assorbimento”, pur con il correttivo del “criterio della combinazione”, che non esclude l'applicazione di regole di altri tipi entro il limite della non incompatibilità con la disciplina dello schema prevalente. Così, Trib. Napoli, 7.5.2021, n. 4347, in *DeJure*.

<sup>66</sup> Cfr. R. SACCO, *La qualificazione*, in in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, *cit.*, 437 ss. e F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 4° ed., 1993, 763.

<sup>67</sup> Così, Trib. Parma, 3 luglio 2013, n. 985, *cit.* e, più di recente, Trib. Napoli, 7 maggio 2021, n. 4347, *cit.*, nella quale sentenza si rileva che: «è la prestazione contrattuale caratte-

tuttavia, in parte reitera il problema più su rilevato, rendendo il contratto soggetto alla disciplina del tipo prevalente, anche quando la prevalenza è dedotta da un elemento inidoneo a selezionare le regole da applicare al caso concreto (l’interesse di una delle parti o la presenza di uno schema con funzione organizzativa); in ogni caso, non chiarisce a quali condizioni la regola riferita al contratto subalterno possa scalzare quella che discenderebbe dal contratto prevalente, vale a dire, se sia sufficiente la compatibilità (normativa) con quest’ultimo per applicarle o se si richieda a tal fine la ricorrenza di altri e diversi presupposti.

Si potrebbe allora ipotizzare, al fine di rendere la tecnica integrativa effettivamente aderente al principio dell’autonomia contrattuale, che questa debba essere rimodulata nel senso di prescrivere l’applicazione in via primaria delle regole dei tipi legali cui le diverse prestazioni sono di volta in volta riconducibili (comprese eventualmente quelle del negozio di «maggior rilievo»), nei limiti in cui esse non si pongano in contrasto con la disciplina che regola il tipo prevalente: la quale, pertanto, troverebbe applicazione solo in quest’ultimo caso<sup>68</sup>. Eppure, anche questa modalità di coordinamento, sebbene in astratto idonea a garantire una maggiore uniformità di soluzioni, non convince del tutto: ancora eccessivo appare il peso così riconosciuto al tipo prevalente, il quale, è vero, dismetterebbe la sua funzione soverchiante di criterio di selezione dell’unitaria disciplina applicabile; ma conserverebbe la funzione, per nulla irrilevante, di criterio di regolazione dei conflitti tra norme regolanti diversi tipi. Basti pensare che, (anche) accedendo a una tale lettura, le disposizioni del contratto prevalente dovrebbero trovare applicazione per quegli aspetti del contratto – tra cui, ad esempio, la forma – che esigono una disciplina unitaria: il che, come si vedrà oltre, potrebbe condurre a esiti che non paiono accettabili<sup>69</sup>.

## 7. Il problema della disciplina dei contratti misti nella prospettiva del tipo contrattuale.

### 7.1. La visione *organicista* del tipo contrattuale nella tradizione giuridica.

Nelle pagine precedenti si è avuto modo di osservare che le critiche mosse alla tecnica della prevalenza (con argomenti estensibili anche a quella dell’integrazione) si concentrano perlopiù sull’effetto escludente – con conseguente lesione del principio dell’autonomia contrattuale – che la sua ap-

---

rizzante del contratto che determinerà la disciplina normativa applicabile al rapporto contrattuale misto, a prescindere dal “*nomen iuris*” dato dalle parti allo schema contrattuale».

<sup>68</sup> Tale, d’altronde, sembrava essere la via suggerita dalla giurisprudenza di legittimità che per prima si è avvalsa di entrambi i criteri (prevalenza e combinazione) congiuntamente. In questo senso, cfr. Cass. 10.3.1979, n. 1494, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1759 con nota di M. COSTANZA, *Accessorietà della prestazione di custodia nel mandato ad alienare*.

<sup>69</sup> In tal senso si esprimeva la Cassazione nella sentenza della terza sez., 6.3.1970, n. 589, in *Il foro it.*, 2309 ss., con nota di M. R. SPALLAROSSA. Sui problemi che apre una tale lettura si veda *infra* § 9.



plicazione determina rispetto al più variegato e complesso assetto di interessi che le parti, stipulando un regolamento contrattuale dal carattere tipologicamente misto, hanno inteso realizzare.

Molto più raramente, invece, si sono indagate, per contestarle, le premesse da cui quelle teorie – *tutte* – prendono le mosse; premesse che inevitabilmente investono il senso e la funzione del “sistema dei tipi contrattuali” e delle discipline legali che esso esprime. È chiaro, infatti, che per risolvere il problema della selezione delle norme sui singoli contratti applicabili a una formazione negoziale mista, l’interprete dovrà aver preventivamente definito quale sia il presupposto applicativo delle regole dei singoli tipi, quando ed entro quali limiti esse possano trovare applicazione e, dunque, (almeno implicitamente) quale sia la funzione delle regole dal legislatore dettate per i singoli contratti tipizzati.

La dottrina sui contratti misti tende a non affrontare *funditus* gli aspetti inerenti al tipo contrattuale (sebbene non sia vero il contrario)<sup>70</sup>. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, è precisamente sul piano della “concezione” dei *tipi contrattuali* – e specialmente del presupposto applicativo delle norme che ne fanno parte – che il problema disciplinare può essere riformulato e insieme risolto in modo da superare le criticità cui vanno incontro le teorie della prevalenza e dell’integrazione.

Nelle pagine che seguono si tenterà di argomentare quanto appena affermato, proponendo una lettura del tipo contrattuale differente da quella posta a base delle tecniche di selezione della disciplina legale oggi dominanti e idonea a rimodulare il procedimento qualificatorio, con specifico riguardo alla fase diretta a delineare le implicazioni effettuali discendenti dall’inquadramento del concreto contratto in uno o più dei paradigmi normativi esistenti.

In via di prima approssimazione, il tipo contrattuale può essere definito come lo strumento concettuale mediante cui il legislatore elabora, astruendo dalla realtà pratica, l’archetipo di specifiche operazioni economiche, per le quali ritiene opportuno, in virtù della loro frequente ricorrenza nella vita di relazione, delineare un nucleo speciale di regole destinate a trovare applicazione in aggiunta o in sostituzione di quelle dedicate al contratto in generale<sup>71</sup>. Talune delle figure codificate sono state ereditate da un passato e una tradizione anche plurisecolare; talaltre sono state acquisite in tempi più recenti, in scia a un’evoluzione dei traffici e delle connesse esigenze che con-

<sup>70</sup> Gli studi condotti sul fronte del tipo contrattuale (o del contratto atipico) non mancano di segnalare le intersezioni con il problema della disciplina dei contratti c.d. misti. In questo senso si vedano i già citati lavori di G. DE NOVA, *op. cit.*; M. COSTANZA, *Il contratto atipico, cit.*; F. DI GIOVANNI, *op. cit.*

<sup>71</sup> Il tema lambisce, alle volte sovrapponendovisi, un’altra questione particolarmente dibattuta tra gli studiosi, che attiene al rapporto tra la disciplina del contratto in generale e quella dei singoli contratti. Rinviando al prosieguo talune considerazioni in merito, si segnalano, per autorevoli e (parzialmente) divergenti approcci, i contributi di F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto: artt. 1321-1469 cod. civ.*, Milano, 1944; G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 327 ss.

duce, spesso con un occhio rivolto ad altre giurisdizioni<sup>72</sup>, a modellare nuove e più articolare operazioni economiche, reiterandole nella pratica sino a farle diventare socialmente tipiche.

Quale che sia l’origine storica, le sezioni dedicate ai singoli tipi presentano una struttura regolare. Esse esordiscono con una norma mediante la quale il legislatore, nel delineare la fattispecie del *tipo* contrattuale, cristallizza in una «definizione nominale»<sup>73</sup> i tratti ritenuti maggiormente identificativi della corrispondente operazione contrattuale, enunciandoli per specificazione, rispetto alla nozione del contratto in generale, e per distinzione, rispetto ad altri modelli contrattuali del pari contemplati dall’ordinamento (ovvero allo stesso modello, qualora intenda delinearne un sottotipo)<sup>74</sup>. Alla norma recante la formula definitoria fa seguito la sequenza di disposizioni che il legislatore, in considerazione di talune peculiari caratteristiche di quella data operazione, ha ritenuto di dedicare all’operazione rientrante in quel tipo contrattuale: nella prospettiva, ora di indicare l’assetto di regole che – nella fisiologia come nella patologia del rapporto – l’ordinamento ritiene più adeguate per un’equilibrata composizione degli interessi delle parti; ora di fissare una serie di limiti regolamentari che, in vista della tutela di interessi generali, le parti non possono con la loro comune volontà travalicare (operanti anch’esse, eventualmente, in funzione suppletiva)<sup>75</sup>.

Se pacifica è la struttura grafica che connota il tipo contrattuale, meno agevole è determinare quale sia l’effettiva funzione assegnata al fascio di regole che ciascun tipo compone. Al riguardo, alcune indicazioni possono essere desunte dalle modalità con cui l’interprete tende a selezionare le regole del tipo applicabili a una data fattispecie concreta.

Si è osservato, in apertura di questo studio, che l’applicazione delle discipline legali tipiche è dalle corti – in prevalenza – giustificata in ragione dell’ascrivibilità dell’intera fattispecie concreta (o comunque di taluni suoi elementi) alla nozione del relativo tipo contrattuale, secondo lo schema argomentativo della sussunzione. L’effetto che discende dalla riscontrata riconducibilità del contratto concreto a uno degli schemi contemplati dal legislatore consiste nell’applicazione integrale – vale a dire, in blocco – della disciplina che quello schema regola e organizza (ad esclusione, va da sé, di quelle regole cui le parti hanno legittimamente derogato). Questa consequenzialità si riscontra non solo ove sia possibile scorgere, nel concreto contratto, tutti i connotati inseriti nella fattispecie astratta, ma altresì nelle ipote-

<sup>72</sup> In tema, G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008. Il punto è messo in rilievo, di recente, da A. NERVI, *La causa del contratto; una questione culturale*, in *Pactum. Rivista di diritto dei contratti*, 1, 2022, 87 ss., per delinearne le ricadute sul piano del giudizio di meritevolezza degli interessi cui sono sottoposti i contratti atipici.

<sup>73</sup> Secondo la prospettiva accolta da A. BELVEDERE ne *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, spec. 78 ss. e 106 ss.

<sup>74</sup> In una diversa prospettiva si pone, come noto, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 130, secondo il quale il legislatore, facendo astrazione dalla realtà, avrebbe elaborato, per ciascun modello contrattuale che ha inteso disciplinare, un «concetto», racchiudente solo taluni dei tratti con cui la corrispondente operazione si presenta nella prassi e, dunque, più ristretto del «tipo» cui si riferisce e che, per talune ipotesi intermedie, può essere ricostruito dallo stesso interprete.

<sup>75</sup> In tema si veda A. D’ADDA, *op. cit.*, 617.

si in cui, constatato che il contratto combina segmenti o elementi di più contratti tipici, l'interprete ricorra a uno dei meccanismi di selezione delle discipline particolari – *prevalenza*, *integrazione* o *combinazione* – al fine di risolvere il problema disciplinare. Nel contesto delle prime due tecniche, la necessità di selezionare una sola disciplina prevalente – ad esclusione di quelle subalterne (teoria della prevalenza) o, quantomeno, ponendosi quale limite alla loro applicabilità (teoria dell'integrazione) – implica, giocoforza, che lo stesso, in ragione della presenza di elementi informativi di più tipi, sia *astrattamente* sottoponibile a ciascuna delle discipline speciali per quei tipi previsti, considerate nella loro interezza. Lo stesso può, tuttavia, affermarsi con riguardo alla tecnica della combinazione, considerato che la già segnalata disgregazione dell'unità disciplinare si realizza solo dopo aver constatato – e precisamente in ragione di tale constatazione – che il contratto, in quanto riconducibile a più tipi, deve essere assoggettato – qui *in concreto* e non solo in astratto – a tutte le discipline (complessivamente intese) che detti tipi regolano: l'espunzione di talune regole da questo o quel tipo si impone, per così dire, solo *a posteriori* al fine di scongiurare la contestuale presenza di singole norme tra loro incompatibili.

Ecco che, riguardando le tradizionali tecniche di determinazione del trattamento dei c.d. contratti misti dal lato delle loro *premesse* (e dunque dalla concezione del tipo), anziché delle loro *conseguenze* (e dunque dal grado di incisione sulla libertà contrattuale), la distanza che le separa si assottiglia, sino a divenire impercettibile. Ognuna di esse, pur con le proprie peculiarità, contribuisce a reificare una concezione, per così dire, «organicista» del tipo contrattuale<sup>76</sup>, inteso come un complesso monocorde di norme le quali, a livello disciplinare, non risultano dotate di una *ratio* che è loro propria<sup>77</sup>, ma che è propria del tipo da disciplinare; quasi che la formula definitoria – e in particolare la causa nella sua qualità di principale elemento identificativo – fosse in grado di assorbire, privandolo di rilevanza, il fondamento giustificativo che anima ciascuna di esse. Per dirla in termini più pratici: l'applicazione delle norme “tipiche” dipende molto più (o quasi solo) dall'essere topograficamente ricomprese all'interno del fascio di norme che sottostanno a una determinata nozione, la quale ne segna così i limiti di applicazione, conferendone (seppure implicitamente) un connotato di “eccezionalità”<sup>78</sup>; e molto meno (o quasi per nulla) dal fatto di rispondere ciascu-

<sup>76</sup> Cfr. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., 211, nel quale si richiama l'espressione di O. SCHREIBER, *op. cit.*, 106, 210.

<sup>77</sup> In questo senso cfr. F. DI GIOVANNI, *op. cit.*, 66 ss.; in tema, si veda altresì M. COSTANZA, *op. ult. cit.*, 210.

<sup>78</sup> Sotto questo profilo emerge un'ulteriore incongruenza logica all'interno della tesi tradizionale in tema di contratti misti. Un metodo che individui nell'ascrivibilità del concreto contratto alla nozione del tipo il presupposto e insieme il limite all'applicazione delle regole ad esso applicabili dovrebbe indurre a caratterizzare queste ultime come norme “eccezionali”, perché insuscettibili di essere spinte (salvo espresse previsioni normative) oltre i confini segnati da quel determinato tipo. Tuttavia, la teoria della prevalenza, provocando l'assorbimento dell'intero contratto entro la disciplina di un solo modello, implica un'estensione delle norme del tipo oltre i confini del modello legale, nella misura in cui regola contratti – quali quelli misti – in esso non astrattamente sussumibili.

na a una precisa logica ricollegata, in modo variabile, agli elementi che quella nozione ricomprende.

### 7.2. La visione *destrutturata* del tipo contrattuale riflessa nel giudizio di *compatibilità*.

Il Codice civile conosce tuttavia una serie di disposizioni che mal si conciliano con la concezione del tipo contrattuale appena tratteggiata, sottoponendo a una certa pressione tanto l’assunto per cui l’applicazione delle norme tipiche discende direttamente dall’ascrivibilità del contratto, o di una sua parte, alla formula definitoria di un determinato modello negoziale; tanto l’assunto per cui le regole del tipo, laddove chiamate a disciplinare un contratto, si applicano congiuntamente, ad eccezione delle sole norme derogate dalle parti.

Mi riferisco a quelle disposizioni, collocate nell’ambito di alcuni modelli contrattuali, che prescrivono – per ciascuno di essi – l’applicabilità delle regole proprie di un diverso tipo normativo. È il caso, in particolare, dell’art. 1555 c.c., che prescrive l’applicazione delle norme stabilite per la vendita alla permuta, «*in quanto con questa compatibili*»; dell’art. 1677 c.c., nel suo richiamo alle norme sulla somministrazione applicabili, insieme a quelle sull’appalto, «*in quanto compatibili*»; dell’art. 1753 c.c., il quale ammette l’estensibilità delle norme sull’agenzia all’agente assicurativo «*in quanto siano compatibili con la natura dell’attività assicurativa*»; e ancora dell’art. 1782, co. 2, c.c., che, in tema di deposito irregolare, stabilisce che «*si osservano, in quanto applicabili, le norme relative al mutuo*»<sup>79</sup>.

Nel contesto delle questioni qui trattate, le menzionate norme potrebbero essere addotte come prova del fatto che è lo stesso legislatore ad ammettere la possibilità che un contratto sia in ipotesi regolato contestualmente da più discipline tipiche<sup>80</sup>; così portando un argomento, normativamente fondato, a favore della teoria della combinazione<sup>81</sup>. Ma il valore sistematico di tali disposizioni, se opportunamente interpretate, è ben altro: esse consentono di preparare il terreno per una più profonda rilettura del “sistema dei contratti tipici”, fondata sulla traslazione dell’indagine disciplinare dalla (sola) prospettiva delle nozioni che li definiscono, a quella – più articolata e meno rudimentale – delle disposizioni che tali modelli regolano.

<sup>79</sup> Corsivi aggiunti. Un rilievo a parte – lo si anticipa – merita l’art. 1570 c.c., sul quale si veda *infra* § 8.

<sup>80</sup> G. GITTI, *op. cit.*, 502.

<sup>81</sup> È ciò che si registra, ad esempio, in relazione all’art. 1570 c.c., richiamato di frequente per sostenere ora, in chiave teorica, l’opportunità di seguire un approccio fondato sulla combinazione; ora, in chiave pratica, la possibilità di applicare, anche nel contesto di un approccio fondato sulla prevalenza, talune norme appartenenti ai tipi diversi. Emblematiche, nell’uno come nell’altro senso, le argomentazioni giuridiche sviluppate attorno al contratto di servizi di logistica, dove lo spunto trova un puntuale risvolto pratico in ragione del rinvio che l’art. 1677 c.c., in tema di appalto di servizi, opera nei confronti dell’art. 1570 c.c. Si veda in particolare, in dottrina, R. CALVO, *op. cit.*, 1115 e, in giurisprudenza, Trib. Milano, 15.9.2006, n. 10185, in *Il merito*, 12, 2006, 8 ss.; Trib. Parma, 3.7.2013, n. 985, *cit.*; Trib. Napoli, 7.5.2021, n. 4347, *cit.*

Conviene però procedere con ordine, segnando le tappe del ragionamento che qui si intende proporre.

Le disposizioni citate si segnalano per la previsione di una procedura di selezione delle regole sui singoli tipi applicabili a una fattispecie concreta, che si discosta, *eccedendolo*, dal metodo della sussunzione.

È agevole osservare che ogniquale volta si riconosca l'estensibilità di norme particolari oltre i confini del modello entro cui sono collocate, la concreta applicazione di queste ultime non potrà esser fatta dipendere dalla sussumibilità del contratto concreto entro il modello negoziale a cui dette norme appartengono: vien da sé, invero, che il meccanismo del rinvio presuppone che il contratto sia sussumibile entro uno schema tipico *differente*.

Di qui, la necessità di indicare un criterio di selezione – ulteriore rispetto alla sussunzione – attraverso cui cernere, all'interno del fascio di regole disciplinanti il tipo a cui si fa rinvio, quelle applicabili al contratto rientrante nel diverso tipo. È questo il criterio che il legislatore denota, il più delle volte, riferendosi alla *compatibilità*: la disciplina legale di un tipo – si afferma nelle norme citate – può stendersi fino a coprire contratti rientranti in un diverso tipo, ma solo «in quanto *compatibili*», implicando tale formula una selezione o, meglio, un giudizio di tipo valutativo che spetterà all'interprete operare alla luce del caso di specie.

Sebbene non sia precisato con cosa le norme oggetto di rinvio debbano risultare compatibili, il legislatore sembrerebbe alludere a una verifica di congruenza tra le norme della disciplina tipica di cui si prescrive l'applicazione e il contratto concreto (corrispondente al diverso modello contrattuale) a cui esse andranno applicate. Non si tratta, è bene subito precisarlo, di individuare nella compatibilità il *limite* all'applicazione della disciplina di un tipo al contratto rientrante nel diverso tipo da cui muove il rinvio; ciò che indurrebbe ad affermare che a quest'ultimo si applica l'intero fascio di regole del tipo a cui si rinvia, ad eccezione di quelle *non* compatibili. La formulazione in positivo eleva la compatibilità a *criterio*, anziché limite, di applicazione della (diversa) disciplina tipica: di questa, invero, si applicheranno *solo* le norme compatibili con il modello contrattuale entro cui si iscrive il concreto contratto da disciplinare.

La precisazione si rivela estremamente utile, poiché consente di mettere in chiaro che, nelle ipotesi richiamate, l'applicazione delle norme sui singoli tipi contrattuali non riposa sul mero rinvio operato dal legislatore da un tipo a un altro (e dunque, implicitamente, sulla mera operazione di sussunzione), ma si fonda sull'idoneità delle singole norme che quel tipo disciplinano a regolare fattispecie riconducibili al diverso tipo da cui scaturisce il rinvio.

Se si aderisce a tale premessa, la quale appare peraltro trovare sostegno nella stessa Relazione al codice civile<sup>82</sup>, ne deriva che l'interprete, per pro-

<sup>82</sup> Significative, in particolare, le parole utilizzate dal Ministro Guardasigilli D. Grandi nella Relazione al Codice civile per spiegare le ragioni e il funzionamento del meccanismo di rinvio contemplato dall'art. 1667 c.c., con riferimento al quale si precisa che «[p]er tale ipotesi [ossia, quando il servizio oggetto dell'appalto abbia carattere continuativo o periodico] l'art. 1677 dispone che debbano osservarsi, in quanto compatibili, le norme dell'appalto e quelle della somministrazione, *lasciando così al giudice di vedere quale tra le due categorie di norme siano idonee, per il loro contenuto e per la loro ratio, a integrare in concreto*

cedere utilmente alla selezione delle norme in concreto *compatibili*, dovrà prodigarsi nel verificare se gli elementi in vista dei quali le singole norme del tipo (quello a cui si fa rinvio) sono state dal legislatore elaborate siano riscontrabili anche in relazione alla fattispecie contrattuale che si offre al caso in esame, secondo un giudizio «strutturalmente analogico» (benché sottratto ai limiti in relazione alle norme eccezionali)<sup>83</sup>, così giustificandone un’ applicazione, appunto, *transtipica*.

Si giunge per tale via a fissare la prima tessera del ragionamento: vale a dire, che l’operazione di individuazione della disciplina applicabile al contratto secondo il criterio della *compatibilità* si fonda direttamente sulla specifica ragione giustificatrice di cui è portatrice ciascuna delle norme inserite nel modello e, insieme, che tale ragione non è necessariamente legata alla contestuale presenza di tutti i tratti identificativi dell’operazione economica come definita nel tipo (perché altrimenti basterebbe ciò per giustificarne l’applicazione), potendosi riallacciare anche solo a taluni degli elementi – o a talune particolari combinazioni di essi – distintivi del modello a cui accedono.

Volendo calare l’argomento nel tessuto normativo dei tipi coinvolti dalle disposizioni citate, si osserverà, ad esempio, che al contratto di appalto di servizi, da eseguirsi in continuità nel tempo, possano applicarsi, in virtù del rinvio di cui all’art. 1677 c.c., sia l’art. 1564 in tema di risoluzione del contratto, sia l’art. 1565 in tema di sospensione dell’esecuzione poiché, trovando tali norme (al pari di altre inserite nel capo sulla somministrazione) fondamento nella natura duratura del contratto, il bilanciamento di interessi che esse realizzano è idoneo a governare anche il rapporto scaturente dal contratto che, seppur tipologicamente difforme, presenti quello stesso elemento di specificità. Ma è chiaro che se il contratto di appalto di servizi non fosse, nel singolo caso di specie, dotato di un tale connotato (si pensi a un contratto di *catering* predisposto per un singolo evento), il venir meno della *ratio* delle richiamate norme sulla somministrazione ne impedirebbe l’applicazione<sup>84</sup>. Dal canto suo, il contratto di permuta sarà soggetto, sempre esemplificando, alle norme sulla garanzia per vizi ed evizione perché medesima è l’esigenza di tutela che, in virtù dell’effetto traslativo del bene (nella permuta addirittura duplice), si determina in capo alle parti; laddove invece l’inapplicabilità delle norme sul prezzo nella vendita non dipenderà dalla mancanza di tale elemento all’interno della definizione del tipo-permuta, bensì dall’inidoneità dei principi in tali norme racchiusi ad esprimere regole

---

*la disciplina legale del rapporto»* (corsivo aggiunto). Cfr. Relazione al Codice civile, *cit.*, n. 700, p. 156.

<sup>83</sup> Sebbene la compatibilità rinvii a un giudizio interpretativo di tipo analogico, la sua prescrizione espressa, equiparandola sotto il profilo formale a un’applicazione in via diretta, trascende il divieto dell’analogia per le norme eccezionali. Cfr. D. CARUSI, *L’ordine naturale delle cose*, Torino, 2011, spec. 373-374, nonché P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*. Vol. II: *Fonti e interpretazioni*, 4° ed., Napoli, 2020, 359 ss. Sul punto si tornerà *infra* § 8.

<sup>84</sup> In linea con quanto rilevato nella precedente nota, l’esempio mette in rilievo come, ponendo un elemento caratterizzante per la fattispecie a cui si rinvia essere solo eventuale nella fattispecie da cui proviene il rinvio, non avrebbe senso condurre un giudizio di compatibilità sul piano meramente astratto.



applicabili al contratto in cui manchi una prestazione pecuniaria. Così, ancora, il deposito irregolare sarà soggetto unicamente a quelle disposizioni sul mutuo la cui *ratio* sia ricollegabile alla particolare situazione che scaturisce dall'interdipendenza tra l'effetto traslativo di un bene fungibile e l'obbligo di restituire il *tantundem*.

Ora, continuando a riflettere sulle norme citate, si potrebbe argomentare che il giudizio di *compatibilità*, con conseguente applicazione – sin dal principio – *frazionata* delle discipline tipiche, sia dal legislatore prescritto solo per talune ipotesi eccezionali, le quali devono essere supportate da un'espressa previsione normativa: il che confermerebbe, seppur indirettamente, la valenza di *regola* della dinamica disciplinare fondata sull'applicazione integrale della disciplina tipica ai soli contratti in quel tipo riconducibili, secondo lo schema della sussunzione.

È, però, possibile seguire una traiettoria interpretativa diversa, in virtù della quale, valorizzando il dato sistematico ritraibile dalle norme citate, si giunga a ravvisare nel giudizio di compatibilità, come sopra descritto, non una fase eccezionale del procedimento di individuazione delle regole sui singoli modelli codificati applicabili a un concreto contratto, ma una valutazione endemica a tale procedimento, quale che sia la fattispecie concreta di cui occorre individuare le regole “tipiche” ad esso applicabili.

Due ordini di considerazioni spingono verso una tale lettura.

Da un lato, assunto che le norme contenute nei tipi sottoposti al giudizio di compatibilità esibiscono ciascuna un proprio fondamento (solo parzialmente legato alla rispettiva formula definitoria) suscettibile di trovare applicazione a formazioni contrattuali diverse dal tipo a cui appartengono, non vi è ragione per ritenere che dette “proprietà” non connotino anche le norme raccolte in altri tipi contrattuali. Si può discutere del senso e della funzione del *tipo contrattuale* come categoria ovvero del *sistema dei tipi contrattuali* nel suo complesso, ma difficilmente potrà sostenersi che, a seconda del modello preso in considerazione, i tipi, e le loro norme, rispondono a logiche differenti.

Dall'altro lato, l'espressa prescrizione di un giudizio di compatibilità in ordine a talune sole figure tra quelle codificate non sembra sufficiente a predicarne il carattere eccezionale all'interno della procedura di individuazione delle norme particolari applicabile ai contratti. La circostanza per cui tale giudizio è previsto per le ipotesi menzionate, e non per altre, può essere invero spiegata, riconoscendo in essa la mera conseguenza della scelta legislativa, dettata da ragioni di economia normativa, di indicare (almeno in parte) la disciplina di un tipo mediante il rinvio a quella di un altro<sup>85</sup>: tecnica che suggerisce, per esigenze di chiarezza, di avvertire l'interprete che questi dovrà compiere uno sforzo valutativo di adeguatezza delle regole coinvolte, che vada al di là del mero segnale proveniente dalla norma di rinvio. Si potrebbe così sostenere – deducendo l'implicita conseguenza nei casi opposti – che quando il contratto sia riconducibile a un determinato tipo, la verifica di

<sup>85</sup> Rileva in modo condivisibile O. CAGNASSO, in *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983, 71, che «anche quando il legislatore rinvia *tout court* ad una certa disciplina, è sempre «sottinteso» il limite della compatibilità», sostenendo l'argomento con taluni esempi in nota 25.

compatibilità delle sue norme con la fattispecie contenuta nella formula definitoria non sarebbe necessaria perché già operata, in astratto, dal legislatore e, dunque, implicita nella collocazione sistematica ad esse riservata.

Se si accettano tali premesse, si giungerà a riconoscere, al fondo della linea interpretativa qui tracciata, che ciascuna delle norme inserite all’interno dei tipi – e dunque non solo quelle per le quali è previsto un espresso rinvio – esibisce un proprio autonomo fondamento e che la loro applicazione si giustifica in ragione di quest’ultimo e non della loro mera appartenenza a questo o quel tipo.

Va da sé che detto fondamento presenterà uno stretto legame con il modello contrattuale entro il quale si iscrive; la cui formula definitoria assurgerà, anzi, a parametro di confronto per estrapolare dalla singola norma (contenente la disciplina) la *ratio* che dovrà guidare l’interprete nella valutazione della sua attitudine ad applicarsi a una data fattispecie concreta, mediante una interpretazione (sistematica) di entrambe<sup>86</sup>. Tuttavia, piegando la formula definitoria del tipo a mero *strumento* di interpretazione delle norme che ad esso si riferiscono, anziché *ragione* della loro applicazione, si apriranno rilevanti margini interpretativi entro i quali definire in che modo e in quale misura queste siano legate a quello. Il confronto con la definizione del tipo potrà così indicare l’esistenza di un collegamento tra il fondamento della singola norma e l’intera fattispecie tipica (e dunque l’applicazione della prima presupporrà la ricorrenza di tutti gli elementi contenuti nella seconda); ovvero potrà condurre a constatare che il senso della norma si giustifica in ragione solo di taluni precisi elementi, caratteristici di quella fattispecie, ma slegati dagli altri dati che concorrono a definire il modello (e dunque applicarsi anche a contratti non riconducibili alla fattispecie tipica).

D’altra parte, come si avrà modo di osservare, tale seconda ipotesi è per nulla estranea a ciò che in definitiva si verifica in seno alle corti, allorché si tratti di valutare, anche solo di sbieco, l’applicabilità di talune regole particolari oltre i confini segnati dalla nozione del tipo entro cui si inscrivono. Solo che, molto spesso, anziché spingere l’argomentazione giuridica sul versante delle *rationes* delle singole norme prese in considerazione, la si preferisce riannodare, così tuttavia appiattendola, sul piano dell’assimilazione (essendo qui l’identità o la piena riconducibilità gioco-forza escluse) sotto il profilo funzionale tra la fattispecie contrattuale da disciplinare e la norma definitoria del tipo contrattuale recante la regola ritenuta idonea a essere nel caso di specie applicata<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> Il che, sul piano teorico, è reso possibile dalla natura *vincolante* anche delle disposizioni recanti le definizioni dei tipi, le quali, al pari delle altre norme, sono suscettibili di essere interpretate secondo i criteri ed entro i limiti per tale attività fissati dalla legge. In questo senso, si veda A. BELVEDERE, *op. cit.*, 162 ss. Sul piano pratico, un approccio di tal fatta è proposto da O. CAGNASSO, *op. cit.*, 65, per risolvere i problemi nell’individuazione della disciplina applicabile al contratto di concessione di vendita, oggetto del relativo lavoro monografico.

<sup>87</sup> In questo senso si veda N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell’analogia*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1, 2011, 1 ss., spec. 8.

## 8. La dinamica applicativa *intra* ed *extra* tipo: sulle tecniche di circolazione delle norme sui singoli tipi contrattuali.

Rieditata l'immagine dogmatica del tipo contrattuale nel senso di un insieme – armonico sì, ma destrutturabile – di disposizioni, ciascuna dotata di una propria autonomia sul piano logico e applicativo, rimane da chiarire quali siano le implicazioni che da tale diversa concezione derivano sul piano più strettamente operativo. Ciò consentirà di acquisire gli ultimi dati necessari per poi, riavvolgendo l'intero nastro, evidenziare i riflessi della lettura qui proposta nella prospettiva più specifica dei contratti misti.

Le considerazioni precedenti hanno condotto a rilevare come l'operazione di sussunzione, intesa come raffronto tra il contratto concreto e il catalogo dei tipi contrattuali, non sia sufficiente a determinare o escludere l'applicazione di norme particolari alla fattispecie in esame poiché ciò dipenderà, in definitiva, dalla verifica, da effettuarsi in concreto, della rispondenza della loro *ratio* alla fattispecie che si offre al caso di specie.

Da tale premessa discendono due conseguenze.

Nell'ipotesi in cui il contratto sia riconducibile, nei limiti della sua elasticità, entro il perimetro di un solo tipo, sarà possibile dare per presunta la congruenza delle norme in esso contenute rispetto alla fattispecie concreta; ma la presunzione potrà essere vinta, provocando l'espunzione di una o più regole del tipo, qualora si dimostrasse che, in ragione della presenza di taluni elementi difformi o dell'assenza di taluni elementi tipici (purché non caratterizzanti il relativo modello), la loro *ratio* non sia in grado di aderire al caso concreto<sup>88</sup>.

<sup>88</sup> Ribaltando il rilievo, si potrebbe argomentare – come sembra suggerire autorevole dottrina (v. A. BELVEDERE, *op. cit.*, 172 ss.) – che le «definizioni» di taluni tipi contrattuali siano sufficientemente elastiche da accogliere al loro interno una pluralità di ipotesi concrete, alle quali però non sempre risulta applicabile l'intero fascio di regole dal legislatore riferite a quel determinato modello. Il che non vuol dire che spetta all'interprete, servendosi anche della propria «intuizione», delineare il «tipo» a partire dal «concetto» fornito dal legislatore mediante la formula definitoria dello specifico modello contrattuale (G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 143); quanto piuttosto riconoscere che le norme previste per un determinato schema contrattuale non saranno sempre e in ogni caso *tutte* idonee a regolare fattispecie contrattuali che, seppur riconducibili a un determinato schema tipico, possono in concreto presentare talune specificità, frutto dell'esercizio dell'autonomia delle parti, che le distinguono le une dalle altre. Possono, dunque, darsi casi in cui l'interprete si avveda di come la *ratio* di talune norme non aderisca, perché incompatibile, con la fattispecie contrattuale offerta dal caso concreto. Si rinvia al citato lavoro di A. BELVEDERE, *op. cit.*, 173 ss. per alcune esemplificazioni relative a ipotesi di «contrasto» tra la «definizione» di una figura contrattuale (per noi, la fattispecie contrattuale concreta riconducibile alla definizione) e «una sola (o poche) norme» disciplinanti quella data figura.

Vale la pena di osservare che, sotto altra e consequenziale prospettiva, la previsione di una prestazione «atipica», che non sia in grado di snaturare la causa del tipo a cui accede, potrebbe nondimeno giustificare l'applicazione di una norma prevista per il tipo a cui la prestazione è riconducibile, in luogo di quella che si applicherebbe in sua assenza. La questione si pone, ad esempio, in relazione all'ipotesi in cui a un dato contratto tipico acceda, in funzione accessoria, l'obbligazione di custodia, sollevando il quesito circa l'applicabilità del regime della responsabilità di cui al 1780 c.c. Al riguardo, la Cassazione ha affermato che «l'art. 1780 c.c. (in tema di liberazione del depositario da responsabilità in caso di perdita non imputabile della detenzione della cosa) trova integrale applicazione anche quando l'obbligazione della custodia e della riconsegna sia necessariamente compresa nel contenuto



Qualora, invece, dal raffronto emerga la riconducibilità a più tipi, al contratto potranno applicarsi contestualmente una o più regole sui singoli tipi, laddove in esso, in virtù delle proprie caratteristiche, siano riscontrabili quegli stessi elementi ed esigenze che hanno spinto il legislatore a fissare, giustificandola, una determinata regola tipica. Il che, ribaltando la prospettiva, equivale a constatare che le disposizioni sui singoli tipi hanno una potenzialità applicativa che non coincide con quella dello schema legale a cui appartengono, potendo esse, al ricorrere di determinati presupposti, circolare separatamente, anche al di fuori delle ipotesi specificamente previste dal legislatore, per regolare contratti – quali quelli, per così dire, *assemblati* – non riducibili a quel dato modello contrattuale.

Se così è, occorre allora chiarire quale sia la tecnica attraverso cui si realizza la *vis* espansiva di tali norme (al di là dei casi espressamente previsti dalla legge), così da individuare i presupposti e i limiti entro cui le disposizioni di un modello possono applicarsi al di fuori di esso.

Due sono le opzioni che, sotto tale profilo, potrebbero essere prospettate.

La prima consiste nell’applicare il ben collaudato meccanismo logico dell’*analogia legis*, con la conseguenza di subordinare l’applicazione *trans-tipica* della singola norma al duplice presupposto della mancanza di una norma positiva idonea a disciplinare il caso concreto e della possibilità di rinvenire una norma che, per un rapporto di somiglianza tra la fattispecie disciplinata e quella da disciplinare, possa essere applicata al caso concreto<sup>89</sup>.

La seconda opzione, emersa in alcuni lavori dottrinali come esito di percorsi interpretativi tra loro anche notevolmente diversi, si risolve nell’applicazione *in via diretta* (mediante un’interpretazione antiletterale di tipo estensivo) della norma del tipo codificato anche a contratti non sussumibili nel tipo legale. I presupposti che legittimerebbero tale operazione variano a seconda del quadro teorico entro cui la proposta si iscrive. Tuttavia, l’analisi delle posizioni dottrinali emerse sul tema consente di rilevare come, in linea di principio, la tesi dell’applicazione diretta finisca per ricomprendere quelle sole ipotesi in cui il contratto concreto sia riconducibile, sotto il profilo causale, al «tipo»<sup>90</sup>, alla «categoria»<sup>91</sup> o al «sistema»<sup>92</sup> cui appartiene il modello da cui deriva la norma da applicare.

---

del contratto diverso dal deposito (come, nella specie, il contratto d’opera) o formi parte di un contratto misto nel quale confluiscono le cause del deposito e di altro contratto. In caso di sottrazione della cosa depositata, pertanto, il depositario, per ottenere la liberazione dalla propria obbligazione, è tenuto a fornire la prova che l’inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile» (così Cass. civ., sez. VI, ord., 15.5.2020, n. 8978, *cit.* e, in senso conforme, Cass. civ., sez. III, ord., 19.1.2018, n. 1246, in *Corr. giur.*, 11, 2018, 1362 ss., con nota di M. AMBROSOLI, *Contratto di deposito: responsabilità del depositario in caso di omessa denuncia della perdita del bene*. Sostenere che la disciplina sul deposito è applicabile alla custodia, quale prestazione accessoria ovvero quale prestazione avente rilevanza qualificante del deposito (così traducendo il concreto contratto in un contratto misto), non è tuttavia scelta priva di conseguenze, specie in relazione alla gratuità della prestazione. In questo senso, si veda R. SENIGAGLIA, *La rilevanza contrattuale dell’obbligazione di custodire nei contratti misti a struttura complessa - Il commento*, in *Contr.*, 2011, 329 ss.

<sup>89</sup> In tema cfr. L. CAIANI, *Analogia. b) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 349 ss.

<sup>90</sup> G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, *cit.*, *passim*.

<sup>91</sup> O. CAGNASSO, *op. cit.*, 72 ss.

Sul piano concreto, la linea di discriminazione tra l'una e l'altra tesi si sostanzia dunque nei differenti *presupposti* dell'applicazione *transipica* (l'esigenza di individuare una «lacuna», nell'un caso; il rilevamento di una qualche somiglianza di tipo causale, nell'altro); nonché nei differenti *limiti* alla capacità circolatoria delle norme tipiche (posto che nella prima ipotesi, e non invece nella seconda, opererebbe il divieto di cui all'art. 14 disp. prel. c.c.)<sup>93</sup>.

Diversi sono tuttavia gli argomenti che inducono a ridimensionare la questione, suggerendo all'interprete di muovere l'argomentazione giuridica oltre e fuori dalla rigida separazione richiamata, per evitare di rimanere incastrati in schematismi che mal si attagliano, non solo ai più recenti approdi sul fronte delle tecniche interpretative, ma anche, e soprattutto, al più specifico ambito normativo entro cui l'operazione ermeneutica deve svolgersi.

Muovendo da una prospettiva più generale, può anzitutto segnalarsi che la distanza che separa le due proposizioni dottrinali menzionate appare oggi ridotta in ragione di quel processo di «trasfigurazione» che ha attraversato la categoria dell'analogia e che l'ha fatta lentamente strabordare dai suoi più ristretti confini<sup>94</sup>. Da tempo si rileva in dottrina come l'analogia non sia più concepibile, come era invece – di regola – nell'ottica del legislatore, quale mero meccanismo di integrazione di vuoti eccezionalmente creati all'interno di un sistema confinato e compiuto di precetti ed enunciati normativi, dovendosi viceversa riconoscere in esso un dispositivo strutturale dell'opera di tessitura della trama ordinamentale di un sistema destatalizzato<sup>95</sup>, che fa del suo completamento un obiettivo (necessariamente illusorio) verso cui tendere mediante il processo applicativo, anziché una premessa (inevitabilmente dogmatica) da cui muovere. Accogliendo una tale lettura, si potrebbe sostenere, per quanto qui interessa, che la tesi fondata sull'applicabilità *diretta* della singola norma sul tipo non sarà immune da un ragionamento argomentativo di stampo analogico<sup>96</sup> e, per converso, che l'argomento basato sull'*analogia* non implicherà necessariamente l'assenza di qualsivoglia norma in astratto idonea ad essere applicata al caso concreto, essendo essa finalizzata a garantire un'applicazione coerente, razionale e ragionevole rispetto al sistema normativo entro cui si trova inscritta. A ciò si aggiunga che le norme che “formalmente” fanno eccezione a principi gene-

<sup>92</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, 59 ss.

<sup>93</sup> Va sotto questo profilo rilevato che se si aderisce alla tesi secondo cui le norme sul contratto in generale e le norme sui singoli contratti stiano tra loro in rapporto di “specialità”, la scelta a favore dell'una o dell'altra opzione risulterà, il più delle volte, indifferente poiché condurrà al medesimo esito pratico. Ma la questione conserverebbe una sua rilevanza in relazione a quelle norme di parte speciale che, in ogni caso, rivestono carattere eccezionale poiché introduttive di regole contrarie a principi riscontrabili nella disciplina sul contratto in generale o comunque a quelli espressi dall'ordinamento in generale. Sul punto cfr. G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, cit., 327 ss. In tema si veda altresì M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto: contributo per una ricognizione sistematica*, Torino, 2005.

<sup>94</sup> N. LIPARI, *op. cit.*, 4 ss.

<sup>95</sup> In questo senso L. CAIANI, *op. cit.*, 358.

<sup>96</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Vol. II, cit., 362.

rali possono tuttavia esprimere principi “sostanzialmente” regolari, come tali suscettibili di essere estesi, laddove la deviazione sia giustificata dalle peculiarità del caso concreto e, dunque, la modifica dettata dalla necessità di sviluppare il principio generale alla luce delle differenti circostanze fattuali<sup>97</sup>.

Di là da valutazioni di carattere più generale, che esulano dai confini della ricerca, le osservazioni che precedono appaiono ben aderire alla materia contrattuale, considerando che l’incompletezza del sistema a cui si allude nelle tesi richiamate appare, nel contesto legislativo dedicato al contratto, un tratto originario, necessitato e, in certa misura, già acquisito dal codice del 1942<sup>98</sup>. L’impossibilità di coprire la serie sostanzialmente illimitata di formazioni contrattuali, nonché di altri atti negoziali, producibile attraverso l’autonomia privata, rende la formazione di fattispecie non normate la regola, non certo un’eccezione<sup>99</sup>. Ciò è espressamente riconosciuto dal legislatore laddove, pur scegliendo di dedicare una disciplina al solo contratto, in quanto schema negoziale più ricorrente, riconosce però come «le norme stabilite per i contratti abbiano una portata espansiva» che le rende idonee, nei limiti in cui ciò risulti possibile, a regolare i negozi di diritto familiare, nonché gli atti unilaterali (1324 c.c.)<sup>100</sup>. Ma è parimenti riscontrabile, come in precedenza evidenziato, per il sistema di regole sui tipi, dettate nella consapevolezza – sottesa al riconoscimento della distinzione tra contratti tipici e atipici – dell’impossibilità per l’ordinamento di fissare regole in grado di coprire tutte le operazioni contrattuali che, in virtù delle esigenze e della creatività dei privati, si sarebbero nel tempo generate.

Sulla scorta di queste osservazioni, sembrerebbe possibile sostenere, da un lato, che i “vuoti” normativi all’interno del “sistema dei tipi” siano dal legislatore già stati contemplati come effetto delle scelte legislative compiute; dall’altro lato (e di conseguenza), che le norme positivizzate siano state predisposte con la riserva implicita di essere destinate a coprire ambiti più estesi di quelli per cui sono esplicitamente previste. Rilievi, questi, che indurrebbero a riannodare la natura «espansiva» di tali norme non (solo) all’argomentazione dell’interprete, ma (anche) alla volontà del legislatore.

In questo quadro, appare improprio impostare, nel contesto dei contratti atipici e/o misti, il meccanismo applicativo sulla esistenza di lacune, intese come delle mancanze da integrare elaborando una nuova norma per mezzo di uno specifico procedimento logico; risultando, per contro, più opportuno organizzarlo sulla base di un processo interpretativo che, servendosi anche del ragionamento analogico, determini ambiti e limiti della loro sfera applicativa. Questa impostazione consente peraltro di superare più agevolmente

<sup>97</sup> Sulla suscettibilità delle norme eccezionali di essere oggetto di interpretazione analogica cfr. P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 359 ss. e D. CARUSI, in *L’ordine naturale delle cose, cit.*, spec. 373-374.

<sup>98</sup> Che poi le corti facciano largo uso della «tipizzazione disciplinare» è una scelta interpretativa che muove tra le pieghe della disciplina codicistica, non certo un metodo promosso direttamente dal legislatore che pari dignità (per quanto caricata di ulteriori verifiche) ha dato ai contratti *innominati*. Cfr. A. BELVEDERE, *op. cit.*, 179.

<sup>99</sup> Cfr. in tema C. CAMARDI, *op. cit.*, XV.

<sup>100</sup> Così espressamente nella Relazione al codice civile, *cit.*, punto 602, p. 129.

il rilievo, talvolta indicato come preclusivo del meccanismo analogico, secondo cui l'interprete non sarebbe legittimato ad interrogare il sistema di regole sui singoli tipi al fine di ricercare la presenza di una norma in grado di risolvere utilmente il caso concreto, qualora detta norma possa essere rinvenuta nella disciplina sul contratto in generale<sup>101</sup>.

Quanto sin qui osservato non sembra contestabile per quelle norme “tipiche” che – attenendo, per così dire, alla “fisiologia” del rapporto – dispongono i caratteri delle prestazioni contemplate, le eventuali modalità di esecuzione e altri aspetti secondari dell'operazione: la loro applicazione, anche al di fuori del tipo, può giustificarsi allorché risulti necessaria per dare concreto sviluppo al programma negoziale messo in piedi dalle parti, per come obbiettato nel contratto<sup>102</sup>.

Ma il discorso, per quanto più complesso, vale anche in relazione a quelle disposizioni del tipo che, nel regolare gli sviluppi “patologici” del rapporto, sono volte a risolvere uno specifico problema pratico o un conflitto tra opposti interessi socialmente rilevante, sorto in ragione del contratto. Queste norme potranno trovare applicazione oltre la soglia del tipo solo qualora, all'esito di un più articolato processo di interpretazione a base analogica, sia possibile verificare che il bilanciamento di interessi da esse realizzato sia adeguato e “ragionevole” anche rispetto al caso non specificamente regolato (o, se del caso, più adeguato e ragionevole rispetto alla soluzione prescritta dalla norma inserita nella parte sui contratti in generale).

Qualche esempio, tratto dalla casistica, aiuterà a mettere in chiaro le modalità attraverso cui il procedimento interpretativo può in tale ambito operare, evidenziando le differenze rispetto al più tradizionale modo di procedere ad opera delle corti.

Si pensi all'art. 1526 c.c. sulla risoluzione nella vendita con riserva della proprietà, ritenuto dalla giurisprudenza applicabile, prima che intervenisse la l. 4 agosto 2017, n. 124, anche al leasing traslativo avente ad oggetto beni durevoli<sup>103</sup>, con la conseguenza che il concedente sarebbe stato obbligato alla restituzione delle rate rimosse e l'utilizzatore alla restituzione del bene, nonché al pagamento di un equo compenso per la concessione del bene e il suo deprezzamento d'uso, oltre al risarcimento del danno. Sebbene il fondamento dell'applicazione transtipica dell'art. 1526 c.c. sia stato spesso individuato nella somiglianza, sotto il profilo funzionale, tra la causa del leasing traslativo e quella della vendita con riserva di proprietà, in realtà esso sarebbe apparso più opportunamente giustificabile in ragione dell'aderenza

<sup>101</sup> Ciò che, a ben vedere, è implicito a qualsivoglia tesi sinora elaborata in tema di contratti misti (posto che sia con la *prevalenza* che con la *combinazione* si finisce per assoggettare a una o più discipline tipiche un contratto non pienamente riconducibile entro alcuno degli schemi legalmente tipizzati); ma è coerente solo nell'ambito di un approccio, quale quello qui suggerito, che non guarda alle norme di ciascun tipo come funzionalmente orientate a disciplinare, secondo uniformità, i soli contratti rientranti, senza residui, nella relativa formula definitoria, quanto invece un complesso di norme potenzialmente in grado di esprimere regole valevoli al di là dei ristretti confini del tipo cui appartengono.

<sup>102</sup> In tema, si veda A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, t. 4.1., 2003, 9 ss.

<sup>103</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., S.U., 7.1.1993, n. 65, in *Giur. it.*, 1, 1993, c. 936 ss. e Cass. civ., sez. I, 9.4.2003, n. 5552, in *Foro It.*, 1, 2004, 215 ss.

della finalità obiettiva della norma alla fattispecie sprovvista di disciplina: anche nel caso del leasing traslativo, infatti, si pone(va) quella stessa esigenza, che giustifica la previsione normativa, di garantire un’equilibrata composizione degli interessi in gioco a seguito dell’evento patologico, evitando che il concedente, attraverso la predisposizione del contratto, potesse conseguire dall’inadempimento più di quanto avrebbe avuto diritto di ottenere per il caso di regolare adempimento del contratto da parte dell’utilizzatore stesso.

Ancora, l’art. 1664 c.c. in tema di onerosità o difficoltà dell’esecuzione nell’appalto dovrebbe potersi ritenere applicabile a quei contratti – tipici (es. il contratto d’opera) ovvero atipici o ancora misti – che prevedano un’obbligazione di *facere*, la cui esecuzione richiede di essere calibrata su un arco temporale più o meno ampio. La norma, invero, si limita a offrire una alternativa all’effetto caducatorio sancito dall’art. 1467 c.c., consentendo alle parti di mantenere in piedi il rapporto mediante il riequilibrio delle rispettive prestazioni. Il che appare non solo un principio ragionevole (e dunque non eccezionale) nell’ambito di tale tipologia di rapporti, ma altresì in linea con l’evoluzione dell’orientamento giurisprudenziale che ha portato a prediligere i rimedi manutentivi, rispetto a quelli che comportano la rottura definitiva del rapporto, rendendo la norma espressione di un principio divenuto *regolare*<sup>104</sup>.

Così ancora, per chiudere la breve carrellata di esempi, la garanzia per vizi appare applicabile a tutti i contratti nei quali una delle parti si impegni a trasferire il diritto di proprietà su un bene, stante la comune esigenza di offrire in siffatte ipotesi una tutela al compratore ignaro delle condizioni del bene: direzione verso cui contribuisce a spingere anche la Corte di cassazione nel momento in cui lega la garanzia per vizi all’effetto traslativo del bene e non all’inadempimento di un’obbligazione in senso stretto<sup>105</sup>, così evitando di porre la relativa norma in rapporto di eccezionalità rispetto a una lettura soggettiva dell’art. 1218 c.c.<sup>106</sup>.

## 9. Sull’applicazione della disciplina dei singoli tipi ai contratti misti.

Ricostruite le basi concettuali e tecniche dell’ipotesi ricostruttiva qui avanzata, resta da delinearne le implicazioni sul piano del metodo di selezione delle norme applicabili ai contratti misti o, come si è qui preferito, *as-*

<sup>104</sup> D’altra parte, la qualificazione di una norma come eccezionale o meno è un giudizio storicamente fondato, sempre dipendente dalle dinamiche evolutive del sistema con cui è confrontata. V. sul punto P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., Vol. I. *Metodi e tecniche*, 193.

<sup>105</sup> Cfr. Cass. civ., S.U., 3.5.2019, n. 11748, in *Giur. it.*, 2019, 1527 ss. con nota di R. CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*.

<sup>106</sup> Secondo alcuna dottrina la qualificazione in termini di eccezionalità della norma sulla garanzia per vizi si sarebbe potuta escludere anche qualora la stessa fosse stata inquadrata nella prospettiva dell’inadempimento in senso stretto, stante le numerose ipotesi in cui la responsabilità, anche da inadempimento, è regolata da criteri di natura oggettiva. In questa seconda prospettiva, si veda N. LIPARI, *Preliminare di vendita, vizi della cosa e tutela del promissario acquirente*, in *Giust. civ.*, 2, 1994, 512 ss., parte III, 587.



*semblati*, che fa da premessa, guidandola, alla costruzione del regolamento contrattuale mediante integrazione di cui all’art. 1374 c.c.

Il primo dato che si ritrae è che, seguendo l’impostazione delineata, la disciplina legale di tali contratti potrà essere determinata applicando sincronicamente una pluralità di regole afferenti a tipi contrattuali diversi. L’approdo potrebbe apparire, *prima facie*, assimilabile a quello della combinazione e finanche dell’integrazione: senonché, essendo diverso il fondamento su cui l’applicazione congiunta riposa, conseguentemente diversi sono gli esiti a cui il metodo qui proposto può condurre, specie sul fronte dell’individuazione e risoluzione dei possibili conflitti tra norme incompatibili.

Come sopra rilevato, la teoria della combinazione (come quelle dell’integrazione) postula l’applicazione simultanea di più discipline tipiche, in ragione della sussumibilità del singolo contratto entro le formule definitive di più schemi negoziali; salvo poi procedere ortopedicamente a dirimere i conflitti tra norme che, inevitabilmente, in tal modo si profilano. Diversamente, nella cornice qui descritta, l’applicazione al contratto tipologicamente combinato di regole appartenenti a tipi diversi dipenderà dall’aderenza, al concreto contratto combinato, delle ragioni che ispirano, giustificandole, le scelte di risoluzione dei conflitti tra le parti cristallizzate nelle singole norme prese in considerazione (secondo tecniche interpretative ben note all’ordinamento)<sup>107</sup>.

Orbene, il corollario che se ne deduce segna la distanza, sul piano teorico, tra i due metodi: il carattere composito della disciplina non emergerà, “a monte” del procedimento qualificatorio, in ragione del riscontro di un assetto contrattuale dal carattere tipologicamente misto; bensì, “a valle”, in ragione del riscontro della compatibilità con la fattispecie concreta di norme appartenenti a tipi contrattuali differenti.

Sul fronte più pratico, l’impostazione metodologica indicata induce a rivedere, delimitandone l’area di rilevanza, il problema dei conflitti tra più norme disciplinanti uno stesso aspetto del contratto<sup>108</sup>; problema nel quale –

<sup>107</sup> In questo senso muove una recente sentenza della Corte di cassazione (Cass. civ., sez. III, 14.4.2022, n. 12264, *cit.*), pronunciata in ordine all’applicabilità del diritto di recedere dal contratto di assicurazione, previsto dall’art. 177 cod. ass. in relazione al solo “ramo vita”, anche al contratto con cui l’assicuratore si è impegnato alla corresponsione, in favore dell’assicurato, di una somma di danaro in caso di infortunio mortale. La sentenza, aderendo a un orientamento reso in materia dalle Sezioni unite nei primi anni Duemila (Cass. civ., S.U., 10.4.2002, n. 5119, *cit.*), evidenzia come la questione non possa essere risolta mediante un’aprioristica e astratta riconduzione – effettuata per «assimilazione teorica» – del contratto di assicurazione contro gli infortuni (anche mortali) al tipo assicurazione contro i danni o assicurazione sulla vita, ma deve essere, per contro, esaminata muovendo dalla «valutazione della compatibilità, allo specifico fatto negoziale oggetto d’esame, della singola norma di volta in volta considerata», della quale «vanno indagate le ragioni giustificatrici». L’interprete dovrà pertanto «giungere alla più coerente e adeguata disciplina del singolo rapporto in ragione dello specifico assetto di interessi che le parti intesero realizzare attraverso la stipulazione della singola polizza considerata».

<sup>108</sup> Il legislatore contempla una tale ipotesi, pur senza enunciare un criterio risolutivo, all’art. 1570 c.c., laddove si afferma che alla somministrazione si applicano le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni, in quanto *compatibili con le disposizioni che precedono* (vale a dire, con le disposizioni che regolano il contratto



all’interno delle sedi giudiziarie – finisce per condensarsi, assumendo concreto rilievo pratico, buona parte del tema dei contratti misti<sup>109</sup>.

Seguendo l’approccio tradizionale, un conflitto tra norme può presentarsi ogniquale volta due o più disposizioni appartenenti a tipi differenti regolano – in modo diverso – uno stesso aspetto del contratto (ad es. la disciplina in tema di garanzia, i termini di prescrizione, il regime di responsabilità ecc.) ovvero qualora per uno dei tipi coinvolti sia prevista una regola “derogatoria” rispetto alla disciplina sui contratti in generale, come tale applicabile a quei tipi per il quale nulla sia previsto al riguardo.

Per contro, nel contesto dell’approccio qui assunto, tali ipotesi non implicano necessariamente l’esistenza di un conflitto tra norme. Invero, essendo il giudizio di compatibilità delle norme “tipiche” radicato sul piano – concreto – dello specifico rapporto contrattuale, è ben possibile che, vagliato l’assetto di interessi delle parti e considerate le circostanze fattuali da cui la questione sorge, solo una di esse risulti compatibile e, dunque, applicabile. Questa ipotesi può verificarsi, in primo luogo, allorché le norme in questione disciplinino aspetti relativi all’esecuzione delle singole prestazioni dedotte nel contratto (più spesso nell’ottica di risolvere situazioni patologiche), la cui attivazione dipende dal tipo di prestazione che, nel caso di specie, risulta non esattamente adempiuta. Si pensi al caso in cui una delle discipline contempli un particolare regime di responsabilità, associato a specifici limiti risarcitori (è il caso dell’art. 1696 c.c.), non contemplato per le altre prestazioni incluse nel contratto complesso; all’ipotesi in cui per i crediti relativi a una sola delle prestazioni sia previsto un termine differente da quello ordinario; o, ancora, all’eventualità che i modelli coinvolti contemplino due forme di garanzia distinte, per modalità e tempi di attivazione. In questi casi, il conflitto tra norme si rivelerà *apparente* nella misura in cui sia possibile riferire, sulla base delle circostanze del caso concreto, l’inadempimento (o la diversa fonte del credito) a una determinata fase di esecuzione del contratto, di modo che la finalità obiettiva della norma risulti in concreto idonea a regolare il caso di specie: secondo un metodo che, a ben guardare, emerge nelle pieghe di talune sentenze, svuotando di senso l’affermazione di principio – che in esse si reitera – per cui una norma non rientrante nella disciplina del contratto prevalente può applicarsi solo ove con quest’ultima compatibile<sup>110</sup>.

di somministrazione). Sebbene uguale sia la locuzione utilizzata dal legislatore, il giudizio di compatibilità ha qui natura differente rispetto a quello precedentemente analizzato: non si tratta di fissare il *criterio* di selezione delle norme applicabili, mediante un raffronto tra il fascio di regole del tipo e la fattispecie concreta, bensì di fissare il *limite* all’applicabilità, ad uno stesso contratto, di regole appartenenti a più tipi.

<sup>109</sup> Il rilievo, già desumibile in una prospettiva teorica (in modo esplicito, in questo senso, v. E. DEL PRATO, *op. cit.*, 87 ss.), è agevolmente riscontrabile sul piano empirico: passando in rassegna le pronunce nelle quali il tema del contratto misto – e quindi delle tecniche di individuazione della disciplina legale applicabile – viene in esponente, si constata come esse muovano tutte da una disputa tra le parti in ordine all’applicabilità al concreto contratto di una delle due (o in ipotesi più) norme, ciascuna appartenente a uno dei “tipi” richiamati dall’operazione, regolanti in modo differente uno stesso aspetto del contratto.

<sup>110</sup> Dà prova di un tale ragionamento, seppur a mo’ di *obiter dictum*, Cass. civ., sez. II, 22.6.2023, n. 17855, *cit.*, laddove, nell’avallare la soluzione della corte di merito che, al co-



Nel senso della natura meramente *apparente* del conflitto potrebbe del pari argomentarsi qualora le norme “concorrenti” recano una disciplina attinente al contratto nella sua globalità, di modo che – a prescindere dalle circostanze fattuali relative all’esecuzione del contratto – una sola delle norme possa disciplinare l’intero contratto. Si pensi all’ipotesi in cui una delle discipline coinvolte prescriva una forma a pena di nullità (o, come più spesso accade, che la disciplina generale prescriva una forma – direttamente o indirettamente – riferibile a un particolare modello di contratto)<sup>111</sup>, laddove per l’altra, o per le altre, nulla sia previsto. Per questi, e altri simili casi, la dottrina tende a riferire la necessità di radicare la soluzione del conflitto nel confronto della portata restrittiva, per l’autonomia contrattuale, di ciascuna delle norme coinvolte, per fare prevalere quella tra esse più rigorosa (salvo che il conflitto riguardi una norma cogente e una norma dispositiva, nel quale caso – si dirà – prevale la prima)<sup>112</sup>. Nell’esempio precedente, pertanto, prevarrà la forma prescritta a pena di invalidità. Tuttavia, il giudizio di compatibilità, per come qui prospettato, potrebbe essere di per sé sufficiente a imporre l’applicazione di una delle due norme, a discapito dell’altra. Invero, nel valutare l’aderenza della *ratio* di ciascuna norma al caso concreto (e non solo il rapporto tra norme astrattamente applicabili in base alla sussunzione), l’interprete constaterà che quella più rigorosa è la sola idonea ad esprimere la sua funzione in relazione alla fattispecie concreta, assicurando che l’autonomia privata non si ponga in contrasto con una norma posta nell’interesse generale (c.d. principio della simmetria delle forme); laddove l’altra risulta inadatta a disciplinare un contratto nel quale si pongano esigenze ed interessi che “eccedono” quelle in essa prese in considerazione dal legislatore.

La differenza – tra l’una e l’altra linea argomentativa – non è puramente teorica. La seconda consente in taluni casi di promuovere soluzioni maggiormente coerenti alla fattispecie che si offre al caso concreto, superando gli ostacoli che si presenterebbero in una prospettiva orientata a valutare il reciproco rapporto tra norme su un piano meramente astratto. Il riferimento è alle ipotesi in cui uno dei modelli coinvolti rechi una norma divergente rispetto a un principio generale in materia di contratti, ma gli elementi che la giustificano si estendono, in ragione della particolare combinazione negoziale, all’intero concreto contratto. Si pensi all’ipotesi in cui una parte detenga il bene altrui al fine di eseguire in favore dell’altra una serie di prestazioni per molte delle quali – quand’anche non per tutte – opererebbe il diritto di ritenzione privilegiata; ma la circostanza per cui il contratto, nella sua interezza, non è riconducibile ad alcuna di esse impedisce al creditore di ri-

---

spetto di un contratto misto di appalto e vendita aveva fatto applicazione della disciplina di quest’ultima, in quanto contratto prevalente, ha osservato che non occorre verificare la necessità di integrare la disciplina «perché i vizi di cui si controverteva concernevano non i lavori connessi alla fornitura [qui intesa come alla prestazione di *facere*], ma unicamente i beni venduti [...]».

<sup>111</sup> Il tema è trattato nel già citato lavoro di F. DI GIOVANNI su *Il tipo e la forma (Aspetti dell’interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*.

<sup>112</sup> In dottrina, con specifico riguardo ai contratti misti, si vedano in particolare A. CATAUDELLA, *op. cit.*, 148 ed E. DEL PRATO, *op. cit.*, 111.

tenere il bene, in caso di mancato pagamento dell’unitario corrispettivo. In questi casi, la valutazione della compatibilità della singola norma tipica alla fattispecie concreta potrebbe indurre l’interprete ad argomentare in favore dell’estensione della garanzia all’intera vicenda contrattuale, qualora i relativi presupposti persistano lungo tutta la catena funzionale dell’operazione<sup>113</sup>: così realizzando il bilanciamento degli interessi previsto dal legislatore, coerente e ragionevole rispetto al concreto rapporto contrattuale tra le parti, anziché annullarlo del tutto in nome della natura “eccezionale” della norma.

Se, infine, due norme risultano ugualmente compatibili con la fattispecie, perché, ad esempio, non è possibile determinare a quale segmento contrattuale si riferisca una determinata situazione patologica o, ancora, perché quest’ultima riguarda l’intera operazione contrattuale e non sia possibile individuare un principio normativo in grado di risolvere la questione (perché le norme presentano identica natura), l’interprete potrà allora affidarsi al segnale “residuale” – ricavabile mediante l’interpretazione del contratto – dello schema che risulta assumere «maggior rilievo in considerazione della finalità perseguita», per demandare alla disciplina del relativo tipo il compito di selezionare la regola da applicare al caso concreto; sempre che sia possibile argomentare, sulla base della *ratio* della norma offerta dalla disciplina dello schema prevalente, che detta regola sia più adeguata a risolvere il caso concreto rispetto a quella che discenderebbe dal sistema di norme sui contratti in generale.

Va da sé che il metodo qui delineato implica un’attività valutativa più complessa e articolata: epperò, essa appare più corretta, nella misura in cui, al fine di individuare, prima, e risolvere, poi, un conflitto tra due norme, assume come parametro di riferimento non già il metodo (di creazione giurisprudenziale e dottrinale) ritenuto dal giudicante più idoneo a selezionare la disciplina applicabile ai contratti misti, bensì l’assetto di interessi che le parti hanno inteso realizzare con il contratto in causa, secondo un percorso sol-

<sup>113</sup> È il caso del contratto di servizi logistici, che, in quanto tale, non è contemplato come ipotesi specifica ai fini della ritenzione privilegiata. L’istituto trova tuttavia applicazione, ex art. 2761 c.c., in favore del vettore per i crediti derivanti dal contratto di trasporto e per le spese di imposta anticipate, del depositario, del mandatario e dello spedizioniere, vale a dire, in relazione a buona parte delle prestazioni che compongono il contratto di servizi logistici (cfr., in tal senso, nella dottrina specialistica: G. SILINGARDI, *Profili giuridici del contratto di servizi di logistica*, in E. FANARA (a cura di), *Logistica informatica e trasporti*, Messina, 1997, 149 ss., spec. 167). Una valutazione della compatibilità della norma alla fattispecie concreta potrebbe dunque suggerire di estenderne la portata anche alle prestazioni del contratto di logistica, ove, nel singolo caso concreto, siano riscontrabili i presupposti applicativi e le ragioni giustificatrici per cui la ritenzione è prevista.

Per contro, la giurisprudenza (Trib. Napoli, 7.5.2021, n. 4347, *cit.*) ha escluso che il diritto di ritenzione privilegiata al contratto possa trovare applicazione al contratto di servizi di logistica, considerato che quest’ultimo — in virtù della teoria dell’assorbimento — deve essere disciplinato dalle regole in materia di appalto e che l’art. 2671 c.c. costituisce una norma eccezionale. L’orientamento è stato confermato in sede di appello da App. Napoli, sent. del 26.9.2023, n. 4057, *cit.*, nella quale si è affermato che le conclusioni cui è giunto il giudice di primo grado sono valide anche alla luce dell’introduzione dell’art. 1677 bis c.c., posto che con quest’ultima norma il contratto di logistica viene espressamente qualificato come sottotipo del contratto di appalto e perciò deve sottostare alle norme ad esso dedicate.



lecitato dall'interpretazione sistematica dei dati normativi forniti dalla disciplina contrattuale.





# Commenti



## NEUROMARKETING: UN'ASISTEMATICA DISCIPLINA ... OLTRE IL CONSENSO?

Di Emanuele Tuccari

| 511

**SOMMARIO:** 1. *Premessa.* - 2. *Il problema del neuromarketing.* - 3. *Le risposte in ordine sparso dell'ordinamento.* - 3.1. *Profilazione e trattamento dei dati biometrici: la disciplina del GDPR.* - 3.2. *Il rischio di un abuso del neuromarketing e la minaccia al libero arbitrio dell'individuo;* 3.2.1. *Una pratica commerciale sleale?* - 3.2.2. *Prime notazioni a partire dall'AI Act.* - 3.2.3. *Verso un coordinamento dell'assetto normativo eurounitario? Il caso del Digital Services Act.* - 4. *Considerazioni conclusive.*

*ABSTRACT.* Alle sfide (vecchie e nuove) poste dal neuromarketing il nostro ordinamento “multilivello”, in assenza di una specifica normativa, sembra ancor oggi rispondere in ordine sparso, suggerendo di ripercorrere l'evoluzione della normativa sulla profilazione, sul trattamento dei dati biometrici e sull'eventuale minaccia al libero arbitrio della persona (consumatore e non solo). Emerge così una sorta di “patchwork” di disposizioni di matrice eurounitaria che impone all'interprete un momento di riflessione per individuare delle linee evolutive e proporre delle prime (e necessariamente parziali) notazioni critiche.

*In the absence of specific legislation, our “multi-level” legal system still seems to respond to the (old and new) challenges posed by neuromarketing in a scattered way, which suggests that we should follow the evolution of legislation on profiling, on the processing of biometric data and on the possible threat to the free will of the individual (consumer or not). The result is a sort of “patchwork” of provisions in a European Union matrix that requires the interpreter to reflect for a moment in order to identify the lines of development and to propose initial (and necessarily partial) critical remarks.*



## 1. Premessa.

“Il marketing è dappertutto”<sup>1</sup>. Quest’*incipit* – ripreso da uno dei più diffusi manuali di *marketing* – sottolinea non soltanto l’assunzione di diversi caratteri delle (vecchie e nuove) forme di pubblicità commerciale rivolta ai consumatori, ma anche l’ampliamento dello spettro delle varie finalità perseguite, affiancandone, con il passare del tempo, di nuove a quelle, più tradizionali, di matrice prettamente commerciale. Il *marketing* costituisce, infatti, l’insieme di procedure e tecniche che sono studiate, elaborate, testate, messe in opera, controllate, adattate e modificate continuamente da precise funzioni interne alle organizzazioni che se ne avvalgono, o da società esterne alle quali queste funzioni sono affidate in tutto o in parte, al fine di creare le più varie forme di comunicazione rivolte a categorie di destinatari, per sollecitare precise risposte comportamentali.

Oggi chi fa *marketing* disegna pertanto le proprie strategie su stili di vita, abitudini e credenze (storiche, religiose, politiche) delle persone, in quanto indirettamente funzionali al comportamento che si vuole influenzare, alla risposta che si vuole ottenere: un imprenditore commerciale mira a finalizzare un acquisto, un candidato politico desidera conseguire un voto, una chiesa aspira ad acquisire un nuovo membro nella propria comunità, etc. Ciascuno – tramite un’attività (più o meno complessa) di *marketing* – ricerca pertanto l’adesione a una determinata causa per ottenere uno specifico risultato<sup>2</sup>.

Così – com’è stato, ormai da più parti, rilevato – il *marketing* presuppone, più generalmente, la preparazione del terreno affinché le successive sollecitazioni comportamentali abbiano successo. L’attività svolta dai *marketer* sulle credenze, sugli stili e sui comportamenti di vita delle persone è praticata in quanto ritenuta strategica, prodromica e strumentale rispetto all’influenza sulle specifiche risposte che si intendono ottenere. Nell’era dell’informazione digitale e dei *social media*, i *marketer* devono comprendere i comportamenti e alimentare lo stimolo all’*engagement* delle persone, facendosi trovare, all’esito di un’operosa e paziente attesa, pronti a cogliere tutte le opportunità messe a disposizione da un determinato mercato<sup>3</sup>.

\* Il lavoro costituisce una rielaborazione di riflessioni svolte in occasione di diversi seminari di studio. Da ultimo, si ringrazia, per l’invito e per il confronto, la professoressa Bianca Gardella Tedeschi e tutti i partecipanti all’incontro “Pluralità del consenso” (Novara, 28 maggio 2024), laddove si è cercato di svolgere, per l’appunto, delle prime considerazioni su “Consenso e *neuromarketing*”.

<sup>1</sup> PH. KOTLER, K. L. KELLER, A. CHERNEV, F. ANCARANI, M. COSTABILE, *Marketing management*, 16<sup>a</sup> ed., Milano, Pearson, 2022, 2.

<sup>2</sup> Cfr., per tutti, PH. KOTLER, *Marketing 4.0. Dal tradizionale al digitale*, Milano, 2017, 7 ss.; PH. KOTLER, S. HOLLENSSEN, M.O. OPRESNIK, *Social media marketing. Marketer nella rivoluzione digitale*, Milano, 2019, XVI ss., 2 ss.

<sup>3</sup> Tali profili sono già sottolineati nella panoramica sull’evoluzione del *marketing* (con una particolare attenzione ai possibili riflessi giuridici) di S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Pers. merc.*, 2022, spec. 358; ID., *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Pers. merc.*, 2022, 532-533. Nella letteratura di settore, invece, v. PH. KOTLER, K. L. KELLER, A. CHERNEV, F. ANCARANI, M. COSTABILE, *op. cit.*, 8 ss.



La presente riflessione non ambisce certamente ad affrontare in modo esauriente le molteplici problematiche sollevate dall'articolata (e già molto, forse perfino troppo, complessa) disciplina del polimorfo fenomeno del *marketing*, ma, più modestamente, mira ad evidenziare come l'evoluzione delle nuove tecnologie rilanci sfide classiche affiancandone di ulteriori – di carattere non soltanto economico, ma anche giuridico – a seguito della diffusione del c.d. “neuromarketing”. S'intende pertanto soffermarsi sull'esigenza di un dialogo, divenuto improcrastinabile, fra neuroscienze, diritto ed economia per analizzare un fenomeno in espansione che dev'essere, per quanto possibile, governato con attenzione storica e prospettica.

## 2. Il problema del *neuromarketing*

Non è possibile neanche cominciare a riflettere sulla possibile disciplina del c.d. “neuromarketing” senza avere prima delineato, seppure sinteticamente, le fondamentali caratteristiche del fenomeno.

Il c.d. “neuromarketing” fa ricorso alle neuroscienze per applicazioni di *marketing*, offrendo così la possibilità di osservare direttamente pensieri, impressioni ed emozioni dei consumatori<sup>4</sup>. Secondo la *Neuromarketing Science and Business Association* (NMSBA, cioè la più famosa associazione internazionale di operatori), “Neuromarketing uses neuroscience to reveal subconscious consumer decision-making processes. Neuromarketers study brain- and biometric responses, as well as behavior, to understand and shape how consumers feel, think, and act”<sup>5</sup>. Il *neuromarketing* costituisce pertanto “the application of measurement of physiological and neural signals in the field of marketing and it aims to understand unconscious reactions to marketing stimuli in order to provide insights into consumers’ decision-making processes and to better predict purchasing behaviour”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Cfr., per tutti, Z. SETHNA, J. BLYTHE, *Consumer behaviour*, 4<sup>a</sup> ed., Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, Melbourne, SAGE, 2019, 25-26.

<sup>5</sup> La definizione è tratta direttamente dal sito della *Neuromarketing Science and Business Association*: <https://www.nmsba.com/neuromarketing/what-isneuromarketing>.

<sup>6</sup> Questa la definizione contenuta nel recente studio della Commissione Europea, *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, 2023, 7 (reperibile online all'indirizzo: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/43754ac8-26aa-11ee-a2d3-01aa75ed71a1/language-en>). Nello stesso senso, v. T. L. TUTEN, *Principles of Marketing for a Digital Age*, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, Melbourne, SAGE, 2020, 140-141; M. NILASHI, S. SAMAD, N. AHMADI, A. AHANI, R. A. ABUMALLOH, S. ASADI, R. ABDULLAH, O. IBRAHIM, E. YADEGARIDEHKORDI, *Neuromarketing: a review of research and implications for marketing*, in *Journal of Soft Computing and Decision Support Systems*, 2020, 23 ss.; E. BAKARDJIEVA, A. J. KIMMEL, *Neuromarketing research practices: attitudes, ethics, and behavioral intentions*, in *Ethics & Behavior*, 2017, 179 ss.; C.M.L. CRUZ, J.F.D. MEDEIROS, L.C.R. HERMES, A. MARCON, É. MARCON, *Neuromarketing and the advances in the consumer behaviour studies: a systematic review of the literature*, in *International Journal of Business and Globalisation*, 2016, 330 ss.; C. MORIN, *Neuromarketing: The New Science of Consumer Behavior*, in *Society*, 2011, 131 ss.; N. LEE, A.J. BRODERICK, L. CHAMBERLAIN, *What is 'neuromarketing'? A discussion and agenda for future research*, in *International journal of psychophysiology*, 2007, 199 ss.

Nell'ambito del *neuromarketing* – acquisiti almeno in parte, e prontamente riadattati soprattutto a beneficio dell'interesse dei grandi operatori economici digitali, gli approdi della c.d. “behavioral Law & Economics” (relativi, cioè, allo studio dei fattori psicologici, cognitivi, emotivi, culturali e sociali coinvolti nelle decisioni degli individui o delle istituzioni nonché di come queste decisioni finiscano per discostarsi, in realtà, da quelle implicite nella teoria economica classica e in quella giuseconomica)<sup>7</sup> – si ricorre pertanto a tecniche rivolte a compiere misurazioni fisiologiche. Si pensi, per esempio, all'elettroencefalogramma (*electroencephalography*, EEG), per misurare l'attività elettrica cerebrale, all'*eye-tracking*, per misurare i movimenti degli occhi e lo sguardo, alla risonanza magnetica funzionale (*functional magnetic resonance imaging*, fMRI), per rilevare quali aree del cervello si attivano durante l'esecuzione di determinati compiti, alla valutazione della risposta galvanica della pelle (*galvanic skin response*, GSR), per misurare le variazioni nelle caratteristiche elettriche della pelle in risposta ai cambiamenti degli stati emotivi, alle misure implicite (“implicit measures”), che misurano i tempi di risposta impiegati dal cervello per pensare, e, più genericamente, alla biometria, per studiare le risposte emotive e fisiche non intenzionali delle persone a sollecitazioni esterne (come la sudorazione, la respirazione, il battito cardiaco), nonché ai diversi altri sistemi di intelligenza artificiale per costruire, anche sulla base dei dati tratti dalle tecniche di cui sopra, modelli di simulazione e predittivi sulle risposte delle persone al *marketing*, ai prodotti, ai marchi e alle esperienze di acquisto.

Non appare più possibile pertanto trascurare la sempre più diffusa prassi e l'ormai sterminata letteratura specialistica – riconducibile, in particolare

<sup>7</sup> Il padre dell'economia comportamentale moderna è solitamente considerato lo psicologo israelo-statunitense Daniel Kahneman (recentemente scomparso). Nel 2002 ha ricevuto il premio Nobel per l'economia, per aver dimostrato, attraverso i suoi studi (condotti spesso con Amos Tversky), che le persone non prendono decisioni solo seguendo i propri interessi personali, ma che, invece, agiscono anche senza seguire criteri logici, saltando velocemente a conclusioni sbagliate e arrivando persino a pensare che eventi poco plausibili abbiano probabilità concrete di verificarsi. Cfr., *ex multis*, A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, 1124; D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, «Prospect Theory»: *An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, 1979, 263 ss.; D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin Books, 2011 (trad. it., *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012). Nel corso del tempo, l'economia comportamentale è stata declinata, con grande successo, anche a decisioni microeconomiche e alle politiche pubbliche (v. R. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008, trad. it., *La spinta gentile. La nuova nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009; Richard Thaler è stato, a sua volta, premio Nobel per l'economia nel 2017). Per ulteriori approfondimenti, cfr. C.R. SUNSTEIN, *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario*, Milano, 2015; C.R. SUNSTEIN, *Behavioral Law & Economics*, Cambridge, (rist.) 2007; C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 1998, 50, 1471 ss. In Italia, v. M. MOTTERLINI, *Economia emotiva*, Milano, 2008; ID., *Trappole mentali*, Milano, 2010. Nell'ambito della letteratura giuridica, si è soffermato sulla c.d. “behavioral Law & Economics” V. ROPPO (“Behavioral Law and Economics”, *regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, pp. 167 ss.) e, più di recente, per affrontare specificamente le problematiche poste dal *neuromarketing*, E. M. INCUTTI, *Sistemi di riconoscimento delle emozioni e ruolo dell'autonomia privata: linee evolutive di un umanesimo digitale*, in *Giust. civ.*, 2022, 520 ss.

(ma non solo), alle neuroscienze, alla psicologia, alle scienze aziendalistiche ed informatiche<sup>8</sup> – che evidenziano la vitalità del *neuromarketing*, l'enorme valore economico degli investimenti in questo campo e, quindi, l'impatto significativo che tale realtà è destinata a produrre sulle vite delle persone negli anni a venire. Un ambito considerato relativamente nuovo fino a poco tempo fa, principalmente a causa delle barriere tecnologiche, della possibilità di trasformare i risultati delle neuroscienze in *insight* commerciali utili e degli alti costi di raccolta dei dati. L'evoluzione tecnologica costante sta rendendo però velocemente il *neuromarketing* uno strumento diffuso per il *customer insight*: una prospettiva non sempre facile da comprendere, ma soprattutto difficile da governare giuridicamente. Il *neuromarketing* risulta, infatti, un fenomeno tanto, per alcuni aspetti, affascinante quanto, per altri, inquietante, ponendo problemi e sfide per l'etica e per il diritto riconducibili a vecchi e nuovi rischi, derivanti da pratiche potenzialmente sempre più profittevoli per le aziende e pericolose per gli utenti<sup>9</sup>. Secondo la stessa Commissione europea, infatti, “the rapid development of research methodologies and tools that can be used to record, understand and potentially alter human decision-making raises important ethical challenges”<sup>10</sup>. Il ricorso ai suddetti strumenti di *neuromarketing* – fermo restando il ruolo (da sempre) centrale svolto dallo sviluppo tecnologico nel perseguimento d'interessi commerciali – non può che sollevare problematiche, a dir poco, rilevanti per il giurista, chiamato a comprendere ammissibilità, limiti e possibile disciplina di pratiche così invasive (giacché caratterizzate dall'osservazione diretta del funzionamento del corpo umano) e potenzialmente pericolose (poiché rivolte a decifrare ed influenzare, ove non addirittura manipolare, volontà e comportamento delle persone).

### 3. Le risposte in ordine sparso dell'ordinamento

Alle sfide (vecchie e nuove) poste dal *neuromarketing* l'ordinamento “multilivello” (italiano ed eurolunitario), in assenza di una specifica normativa, sembra ancor oggi rispondere in ordine sparso, suggerendo di ripercorrere l'evoluzione della normativa sulla profilazione e sul trattamento dei dati biometrici (§ 3.1.) e sull'eventuale minaccia al libero arbitrio della persona (consumatore e non solo) (§§ 3.2. ss.).

<sup>8</sup> Il *neuromarketing* viene considerato pertanto come un “growing research field”, con una “multidisciplinary nature that integrates the approaches of neuroscience, psychology, and marketing, but also behavioural economics, decision-making theories, and computational analysis” (EUROPEAN COMMISSION, *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, cit., 7-8). Nello stesso senso, v. C.M.L. CRUZ, J.F.D. MEDEIROS, L.C.R. HERMES, A. MARCON, É. MARCON, *op. cit.*, 330 ss.

<sup>9</sup> Per un'analisi critica, di stampo prevalentemente sociologico, con riferimento alle sempre più diffuse forme di condizionamento fortemente invasive, sebbene silenziose, compiute a beneficio degli interessi commerciali degli operatori del settore, v., per tutti, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, 269 ss., 297 ss.

<sup>10</sup> EUROPEAN COMMISSION, *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, cit., 9.

### 3.1. Profilazione e trattamento dei dati biometrici: la disciplina del GDPR

Già dalla definizione stessa di “neuromarketing” emerge l’esigenza di riflettere sul fenomeno (ormai piuttosto noto nel contesto digitale) della profilazione (ovverosia, secondo l’art. 4, n. 4, del GDPR, di “qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell’utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l’affidabilità, il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica”). Tale fenomeno – preso in esame anche nei considerando 24, 60, 63, 70, 71, 72, 73 e 91 nonché negli artt. 13 par. 2, lett. f), 14, par. 2, lett. g), 15, par. 1, lett. h), 21, 22, 35, par. 3, lett. a), 47, par. 2, lett. e), 70, par. 1, lett. f) del GDPR – si caratterizza, infatti, per un’articolata disciplina a tutela dell’interessato (a partire dall’esigenza di un’adeguata informazione con riferimento al fatto che i suoi dati verranno trattati a fini di attività promozionale e commerciale e che i suoi dati potranno essere comunicati a terzi, per poi passare al riconoscimento di un ampio diritto di opposizione e alla configurazione di una serie di rilevanti misure e divieti)<sup>11</sup>. Si tratta di prender in considerazione soprattutto (ma, come si è detto, non solo) l’art. 22 GDPR (dedicato al “Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione”), laddove si delinea un divieto generale di decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, capaci di produrre effetti giuridici significativi sulla persona (art. 22, par. 1, GDPR). Tale divieto, però, non si applica allorché la decisione basata esclusivamente su di un trattamento automatizzato (compresa, appunto, la profilazione) è significativa a livello personale a) sia necessaria per la conclusione o per l’esecuzione di un contratto tra l’interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell’interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell’interessato (art. 22, par. 2, GDPR). Nelle eccezioni di cui all’art. 22, par. 2, *sub a)* e *c)* non rientra (e il tema risulta potenzialmente decisivo ai fini della presente ricostruzione) *il processo decisionale interamente automatizzato e basato su categorie particolari di dati personali*, il quale non è

<sup>11</sup> Secondo B. PARENZO (*Profilazione e discriminazione. Dal GDPR alla Proposta di Regolamento sull’IA*, in *Tecnologie e diritto*, 2023, 105 ss., spec. 119), “la prospettiva adottata dalla disciplina eurounitaria è una prospettiva che guarda più all’attività di profilazione e agli obblighi che il titolare deve rispettare nello svolgimento della medesima che al profilo e alle problematiche conseguenze che dalla sua applicazione possono derivare alla persona”.

ammesso salvo che ricorra *l'esplicito consenso dell'interessato* o *l'interesse pubblico al trattamento* e che siano comunque in vigore  *misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato* (art. 22, par. 4, GDPR). Risulta difficile, in un contesto del genere, non notare la centralità riservata, ancora una volta, al *consenso* (esplicito) dell'interessato<sup>12</sup>.

A ciò si aggiunge, nel caso di specie, la necessità di sviluppare una riflessione rivolta proprio al trattamento di categorie particolari di dati e, in particolare, di “dati biometrici”. Questi, come noto, sono “i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici” (art. 4, n. 14, GDPR)<sup>13</sup>.

Mentre la definizione di dati biometrici risulta oggi piuttosto consolidata, le maggiori problematiche (interpretative e applicative) sembrano riguardare, invece, la disciplina relativa al trattamento dei dati biometrici, a cominciare proprio da quella dettata dal Regolamento UE 679/2016.

Si tratta di prender in considerazione le tutele specificamente previste con riferimento al trattamento delle categorie particolari di dati, cui si ascrivono, fra gli altri, i suddetti dati biometrici<sup>14</sup>.

Non è possibile, ancor una volta, trascurare la centralità del consenso dell'interessato: è lo stesso art. 9 del GDPR, infatti, a sottolineare – dopo aver imposto un divieto generale relativo al trattamento (delle categorie particolari di dati e) dei dati biometrici intesi ad identificare in modo univoco una persona fisica (par. 1) – la liceità del trattamento di tali dati personali se l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito per una o più finalità specifiche (par. 2, lett. a))<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Per una panoramica sull'art. 22 GDPR, v. per tutti, D. IMBRUGLIA, *Il diritto per l'intelligenza artificiale*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato delle nuove tecnologie*, a cura di G. MAGRI, S. MARTINELLI, S. THOBANI, Torino, 2022, 225 ss., spec. 247 ss. Quest'Autore ha poi sviluppato un'interessante visione critica dell'odierna disciplina della decisione automatizzata rilevante per la persona (compatibile, almeno in parte, con i rilievi critici qui conclusivamente proposti) in ID., *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell'interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 921 ss.

<sup>13</sup> Da ultimo, la definizione è stata peraltro ripresa dall'art. 3, n. 34, dell'AI Act (“biometric data” means personal data resulting from specific technical processing relating to the physical, physiological or behavioural characteristics of a natural person, such as facial images or dactyloscopic data”).

<sup>14</sup> Cfr., *ex multis*, C. JASSERAND, *Legal Nature of Biometric Data: From 'Generic' Personal Data to Sensitive Data*, in *European Data Protection Law Review*, 2016, 297 ss.; E. J. KINDT, *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis*, Berlin, Springer, 2013, 12 ss.

<sup>15</sup> Come noto, sono previste solo alcune tassative eccezioni al divieto generale di trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché di trattare dati genetici, *dati biometrici* intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona (art. 9, § 1, GDPR): “a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1; b) il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trat-

Ne deriva l'ennesima occasione di riflessione – da inserirsi in un recente, ma già piuttosto ampio, dibattito dottrinale – sulla natura stessa del consenso dell'interessato<sup>16</sup>, stavolta più specificamente declinato nell'articolata prospettiva del trattamento dei dati biometrici funzionali allo svolgimento di finalità di *marketing* nell'odierno contesto digitale.

Alla tradizionale visione del consenso “autorizzatorio” (formulata in origine specie a partire dalla lettura che, facendo leva sull'indisponibilità dei diritti della personalità, considera il consenso come lo strumento funzionale a rendere lecita un'attività, quale il trattamento dei dati, altrimenti illecita) sembra così lentamente affiancarsi una diversa visione (più negoziale) del consenso dell'interessato, che, impegnando quest'ultimo nei confronti del titolare, può essere anch'essa (forse perfino più facilmente) connessa, specie

tamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; c) il trattamento è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso; d) il trattamento è effettuato, nell'ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegue finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali, a condizione che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo delle sue finalità e che i dati personali non siano comunicati all'esterno senza il consenso dell'interessato; e) il trattamento riguarda dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato; f) il trattamento è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali; g) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; h) il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3; i) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale; j) il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato” (art. 9, § 2, GDPR).

Il trattamento in oggetto – con finalità di *neuromarketing* – non sembra poter rientrare pertanto in nessuna delle suddette eccezioni, se non in astratto *sub* art. 9, § 2, lett. a), in presenza di un esplicito consenso dell'interessato al trattamento di tali categorie particolari di dati personali per una o più finalità specifiche.

<sup>16</sup> Per una panoramica sull'argomento, v. S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 5 ss.; e, più di recente, C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 74 ss.; S. THOBANI, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato delle nuove tecnologie*, cit., 133 ss.

con riferimento alle categorie particolari di dati, alla specifica finalità perseguita (proprio ai sensi del suddetto art. 9, § 2, lett. a), GDPR)<sup>17</sup>.

Tuttavia, le problematiche relative al trattamento dei dati biometrici non si esauriscono con il (pur molto importante) dibattito sul consenso come condizione di liceità del trattamento (da coordinare peraltro, come si è detto, con le specifiche finalità perseguite, nel caso di specie, rappresentate dal *neuromarketing*)<sup>18</sup>.

Già ai sensi dello stesso art. 9 (stavolta par. 4) del GDPR, infatti, “gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute”. In Italia, l’art. 2, c. 1, lett. f), del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, ha disposto pertanto l’introduzione dell’art. 2-*septies* (rubricato “Misure di garanzia per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute”) nel c.d. “codice della privacy”. Alla luce dell’art. 2-*septies*, spetta al Garante per la protezione dei dati personali fissare ogni due anni, con un proprio provvedimento, le misure di garanzia (e le relative misure di sicurezza, ivi comprese quelle tecniche di cifratura e di pseudonomizzazione, le misure di minimizzazione, le specifiche modalità per l’accesso selettivo ai dati e per rendere le informazioni agli interessati, nonché le eventuali altre misure necessarie a garantire i diritti degli interessati) per il trattamento dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute. L’Autorità stessa vigila poi con attenzione sull’applicazione della normativa posta a protezione dei dati genetici, biometrici e relativi alla salute, sanzionando, se del caso, l’eventuale trattamento illecito<sup>19</sup>. E non è tutto.

In particolare, il titolare del trattamento – consultandosi con il responsabile della protezione dei dati (qualora, come sistematicamente avviene in casi del genere, ne sia stato designato uno *ex art. 37 GDPR*) – dev’effettuare, infatti, una *valutazione d’impatto* sulla protezione dei dati ai sensi

<sup>17</sup> Qui non è possibile richiamare per intero una letteratura divenuta, con il passare del tempo, praticamente sterminata. Senza nessuna pretesa di completezza, fra i sostenitori della natura autorizzativa del consenso, ci si limita pertanto a richiamare D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339; A. FICI, E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in AA.VV., *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, a cura di R. PARDOLESI, Milano, 2003, 469 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il potere di revoca*, in AA.VV., *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. PANETTA, I, Milano, 2006, 993 ss., spec. 1026-1027. Per una posizione più favorevole alla natura “negoziale” del consenso, v. G. VERSACI, *Consenso al trattamento dei dati personali e dark patterns tra opzionalità e condizionalità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1130 ss.; ID., *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, 61 ss., 137 ss., 168 ss.; e, con specifica attenzione al valore negoziale del rilascio di dati personali nell’ambito di una specifica operazione di consumo, vale a dire il contratto per la fornitura di contenuti o servizi digitali (v. direttiva 2019/770/UE), ID., *Il valore negoziale dei dati personali del consumatore: spigolature sul recepimento della Direttiva 2019/770/UE in una prospettiva comparata*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, 207 ss. Sul punto, per una recente panoramica sulle diverse posizioni dottrinali, con un’apparente preferenza per l’approccio più negoziale, cfr. V. BACHELET, *Il consenso oltre il consenso*, Pisa, 2024, 76 ss.

<sup>18</sup> Sul punto, v., *infra*, §§ 3.2. ss.

<sup>19</sup> Un esempio recente è dato dal Provvedimento del 22 febbraio 2024, n. 9995680 (consultabile *online* sul sito ufficiale del Garante per la Protezione dei Dati Personali: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9995680>).

dell'articolo 35 del GDPR (e delle «Linee guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il trattamento “possa presentare un rischio elevato” ai fini del regolamento (UE) 2016/679»)<sup>20</sup>.

Inoltre, il titolare o il responsabile del trattamento – ed eventualmente il loro rappresentante – devono predisporre e tenere un registro delle attività di trattamento svolte sotto la responsabilità del titolare e, dietro richiesta, metterlo a disposizione dell'autorità di controllo (art. 30 del GDPR).

Infine, il titolare è chiaramente tenuto, specie nell'ottica del trattamento di dati biometrici, anche alla consegna di un'informativa specifica funzionale all'eventuale rilascio proprio del consenso dell'interessato (art. 13 del GDPR).

La disciplina del GDPR sulla profilazione e sul trattamento dei dati biometrici delinea pertanto un panorama ancor oggi caratterizzato – oltre che da una serie di particolari tutele nonché misure di garanzia e di sicurezza – dalla centralità del ruolo del consenso dell'interessato, affiancato, però, dall'attenzione rivolta alle specifiche finalità. Non possiamo pertanto che proseguire nell'analisi guardando ai profili regolatori relativi ai casi dove il trattamento dei dati biometrici risulta specificamente funzionale al perseguimento di finalità di *marketing* (come avviene, per l'appunto, nell'ambito del *neuromarketing*)<sup>21</sup>.

### 3.2. Il rischio di un abuso del neuromarketing e la minaccia al libero arbitrio dell'individuo

Se già la disciplina del GDPR sul trattamento dei dati biometrici non costituisce, come si è visto, un argomento privo di criticità, è però *l'individuazione dell'esatto momento in cui l'attività di persuasione – accettabile – diviene una manipolazione – inaccettabile – della volontà dell'individuo* a rappresentare senza dubbio l'aspetto maggiormente problematico del *neuromarketing*<sup>22</sup>. I rischi maggiori sono, infatti, “quelli della

<sup>20</sup> Le «Linee guida in materia di valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e determinazione della possibilità che il trattamento “possa presentare un rischio elevato” ai fini del regolamento (UE) 2016/679» (adottate il 4 aprile 2017, poi modificate e riadottate, da ultimo, il 4 ottobre 2017) contribuiscono ad integrare la disciplina sulla valutazione d'impatto contenuta nel GDPR (e sono facilmente consultabili *online*: [ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc\\_id=47711](http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=47711)).

<sup>21</sup> Ci si muove così nel solco di chi, sviluppando la propria riflessione a partire dal ruolo del consenso nel trattamento dei dati, ha scelto però di sottolineare poi l'esigenza di soffermarsi anche sulla specifica finalità di *marketing*. Cfr., per tutti, S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 536 ss.

<sup>22</sup> Lo sottolinea la stessa Commissione europea: “From a policy perspective, understanding the exact point where *acceptable persuasion* becomes *unacceptable manipulation* is one of the crucial issues for the regulation of marketing and commercial practices, especially in the digital environment” (EUROPEAN COMMISSION, *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, cit., 27). Nello stesso senso, v., *ex multis*, B. PARENZO, *Sull'importanza del dire le cose come stanno, ovvero, sul perché della necessità di riconoscere la natura patrimoniale dei dati personali e l'esistenza di uno scambio sotteso ai c.d. servizi digitali “gratuiti”*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, 1480 ss. Si tratta, in verità, di una sfida

distorsione comportamentale e della discriminazione: le persone il cui comportamento viene, non semplicemente influenzato, bensì, distorto ossia manipolato, attraverso una comunicazione personalizzata che fa leva su loro specifiche e ben studiate caratteristiche e vulnerabilità decisionali e comportamentali, rischiano tipicamente di diventare persone diverse da quelle che sarebbero diventate se non fossero state fatte bersaglio di quella comunicazione”<sup>23</sup>. E ciò trova potenzialmente riscontri tanto nell’ambito della disciplina – ormai classica e, per alcuni profili, ancora “speciale” – del diritto dei consumi (§ 3.2.1.) quanto nell’odierno contesto normativo – in espansione e sempre più “generale” – del mondo digitale (§§ 3.2.2. e 3.2.3.).

### 3.2.1. Una pratica commerciale sleale?

Come noto, la differenza tra *influenza comportamentale* (ammessa, in linea di principio, laddove esercitata in conformità alla “diligenza professionale”) e *distorsione comportamentale* (vietata, laddove conseguenza di pratiche contrarie alla “diligenza professionale”) è stata normativamente tracciata, per la prima volta, con il divieto delle pratiche commerciali sleali, dalla direttiva 2005/29/CE<sup>24</sup>. Qui si sancisce, infatti, un articolato divieto generale delle pratiche commerciali distorsive del comportamento economico dei consumatori (art. 5, dir. 2005/29/CE).

Questa previsione pone diverse problematiche con riferimento specifico al *neuromarketing*.

Ad emergere, fin da subito, è l’impossibilità di trovar un’univoca risposta alla domanda circa l’ammissibilità o meno di tutte le pratiche di *neuromarketing*. Quando, in altri termini, si assiste ad un uso improprio di tali tecniche? La valutazione dovrà essere fatta necessariamente nel merito, cercando d’intuire quando uno specifico strumento o, meglio ancora, un prodotto in una determinata circostanza finisce per spingersi oltre il confine della distorsione comportamentale. Anche per agevolare probabilmente tale valutazione è la stessa direttiva 2005/29/CE a prevedere, oltre al divieto di carattere generale, un elenco di quelle pratiche commerciali che sono considerate in ogni caso sleali (v. allegato I; peraltro, detto elenco si applica in tutti gli Stati membri e può essere modificato ed integrato solo mediante revisione della direttiva). Nella maggior parte dei casi, spetterà però proprio all’interprete valutare – alla luce dell’eventuale contrarietà della pratica alla diligenza professionale e della sua idoneità ad alterare in misura apprezzabi-

---

regolatoria “classica” posta anche dalle pratiche tradizionali di *marketing*: l’avvento delle nuove tecnologie dell’era digitale sembra limitarsi, da questo punto di vista, soltanto a rendere più complesso l’individuazione di un confine già di per sé difficile da tracciare.

<sup>23</sup> S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 534.

<sup>24</sup> Per una riflessione che suggerisce di guardare la disciplina della protezione dei dati sempre con attenzione alla prospettiva consumeristica, v. CH. AUBERT-HASSOUNI, J. CLOAREC, *Privacy Regulation in the Age of Artificial Intelligence*, in *The SAGE Handbook of Digital Marketing*, A. Hanlon, T. L. Tuten eds., Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, Melbourne, SAGE, 2022, 544 ss.

le il comportamento di un “consumatore medio” (?)<sup>25</sup> – se nel caso di specie si rientri o meno nell’ambito di applicazione del divieto sancito all’art. 5 della direttiva 2005/29/CE. Si tratta di una valutazione tutt’altro che semplice: non è detto, per esempio, che il soggetto che commercializza un determinato prodotto – che si avvale di tecniche di *neuromarketing* – sia effettivamente consapevole delle caratteristiche intrinseche del bene, rivelatesi poi più o meno distorsive del comportamento del consumatore (da cui l’ulteriore criticità relativa ad un’eventuale indagine supplementare sull’intera *supply chain*).

A ciò si aggiungono le perplessità riguardanti l’ambito di applicazione della direttiva. Anche se coordinata magari con importanti strumenti processuali di tutela collettiva, messi a disposizione tanto dal legislatore nazionale quanto da quello eurounitario<sup>26</sup>, la direttiva 2005/29/CE può assicurar

<sup>25</sup> Come noto, il riferimento al “consumatore medio” si ritrova non soltanto all’art. 5, ma anche al Considerando 18 della medesima direttiva 2005/29/CE (“[...] la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l’interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali. Ove una pratica commerciale sia specificatamente diretta ad un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, è auspicabile che l’impatto della pratica commerciale venga valutato nell’ottica del membro medio di quel gruppo. È quindi opportuno includere nell’elenco di pratiche considerate in ogni caso sleali una disposizione che, senza imporre uno specifico divieto alla pubblicità destinata ai bambini, tuteli questi ultimi da esortazioni dirette all’acquisto. La nozione di consumatore medio non è statistica. Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie”). Notazioni critiche, specificamente rivolte all’eventuale declinazione della nozione di “consumatore medio” nell’ambito del *neuromarketing*, sono rinvenibili in A. PANICHELLA, *La tutela del consumatore alla sfida del neuromarketing*, in *federalismi.it*, 2024, 6, 209 ss., spec. 215-216. Solleva perplessità sull’evanescente figura del consumatore *europeo* medio, in una prospettiva più generale, anche G. GUZZARDI, *Libertà d’impresa e tutela del consumatore nel sistema comunitario di protezione delle indicazioni geografiche. Riflessioni a margine del caso Morbier*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 1189 ss., spec. 1208 ss. Nuovi ed ulteriori spunti di riflessione sembrano forniti tanto dalla più recente giurisprudenza amministrativa nazionale (Cons. Stato, ord., 10 ottobre 2022, n. 8650), che ha rimesso la questione circa la corretta interpretazione della nozione di “consumatore medio” alla Corte di Giustizia, quanto dalla recente normativa eurounitaria (si pensi, per esempio, alla recente “Green Claims Directive”). Sul punto, oltre alle Conclusioni dell’Avvocato Generale Nicholas Emiliou (presentate il 25 aprile 2024 e reperibili *online* su sito della Corte di Giustizia dell’Unione Europea:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=285202&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1796129>, spec. punto 100, n. 1), v., in letteratura, C. BONA, N. BONINI, *Tutela del consumatore e nuovi paradigmi scientifici: scienze cognitive e neuroscienze varcano la soglia di palazzo Spada*, in *Il Foro it.*, 2022, III, 542; F. TRUBIANI, *Le incerte sorti del “consumatore medio” tra condizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza*, in *Accademia*, 2023, 101; E. BACCIARDI, *Lo standard del consumatore medio tra homo oeconomicus e homo heuristicus*, in *Accademia*, 2023, 77; A. MAGLIARI, *Consumatore medio, razionalità limitata e regolazione del mercato*, in *Riv. reg. merc.*, 2023, n. 2, 374 ss.

<sup>26</sup> Il riferimento è rivolto alle recenti normative nazionali ed eurounitarie di tutela collettiva dirette ad introdurre la c.d. “class action” e la c.d. “azione rappresentativa”. In Italia, il consumatore leso da una pratica scorretta ha a sua disposizione lo strumento dell’azione di

classe, disciplinata dagli artt. 840-*bis* ss. c.p.c. In origine, l'azione di classe era disciplinata dall'art. 140-*bis* cod. cons. ed era esperibile *soltanto* dai consumatori (singoli, ovvero dalle associazioni di consumatori), in casi individuati dal medesimo articolo, tra i quali figurava il risarcimento del danno derivante dalle pratiche commerciali scorrette. La l. 12 aprile 2019, n. 31 ne ha poi trasfuso la disciplina – con significative modifiche – nel codice di procedura civile agli artt. 840-*bis* ss., estendendo la legittimazione attiva anche a soggetti che non rientrino nella categoria dei consumatori. All'art. 840-*bis* c.p.c. si prevede, infatti, che: «i diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo. A tal fine un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'autore della condotta lesiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni». Quest'azione consente di alleggerire la difficoltà di soddisfare l'onere della prova in capo ai soggetti che rimangano vittime di una pratica commerciale scorretta posta in essere da una stessa impresa. L'azione di classe permette poi al soggetto acquirente di un dispositivo relativamente poco costoso di trovare comunque tutela mediante l'adesione all'azione intentata da altri o da una associazione di categoria. Infine, il minor tasso di 'immobilismo' dell'acquirente potrebbe produrre un ulteriore effetto positivo sulle imprese responsabili giacché consapevoli di poter essere, sempre più spesso, chiamate a risarcire i danni. Sulla nuova azione di classe, si vedano, per tutti, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 714 ss.; I. PAGNI, *La class action riformata – L'azione inibitoria collettiva*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss. Per una panoramica più ampia, v. AA.VV., *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di B. SASSANI, Pisa, 2019, 1 ss.; S. BRAZZINI, P. P. MUIÀ, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Torino, 2019, spec. 63 ss. A proposito dei nuovi procedimenti collettivi nel codice di procedura civile, v. A. CARRATTA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.; D. AMADEI, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1049 ss.; A. TEDOLDI, G.M. SACCHETTO, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840-sexiesdecies c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 230 ss. e, per uno studio monografico, N. RUMINE, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Pisa, 2022, 17 ss.

A partire dal 25 giugno 2023, la protezione del consumatore è garantita pure mediante la nuova c.d. "azione rappresentativa". Si tratta di un rimedio, delineato dalla direttiva 2020/1828/UE, con il fine di tutelare gli interessi collettivi dei consumatori in caso di violazione di alcune normative europee (tra le quali, ancora una volta, spicca la direttiva 2005/29/CE). Anche in questo caso non si intende approfondire la disciplina di tale strumento, ma soltanto evidenziarne le caratteristiche fondamentali (delineate dagli artt. 140-*ter* ss. del rinnovato codice del consumo). *In primis*, siffatta azione non è esperibile dal singolo consumatore, bensì soltanto dagli enti legittimati (v. art. 140-*quater* cod. cons.). Questi organismi, ai sensi dell'art. 140-*septies*, hanno la facoltà di agire anche in assenza di un mandato del singolo, allo scopo di ottenere provvedimenti inibitori (art. 140-*octies* cod. cons.), ovvero compensativi (art. 140-*novies* cod. cons.). Per quanto compatibile, la disciplina processuale cui tale strumento è sottoposto è quella di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., contribuendo, a livello sistematico, a ridurre la diffusione di pratiche commerciali scorrette. Di recente, sulla portata della nuova Dir. 2020/1828/UE (e sui rapporti con la disciplina dell'azione di classe), cfr., *ex multis*, G. DE CRISTOFARO, *Le 'azioni rappresentative' di cui agli artt. 140-ter ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840-bis ss. c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 1 ss.; ID., *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1010 ss., spec. 1033-1034; ID., *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, spec. 44-45; E. CAMILLERI, *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti dall'arrêt Rep-*



un'efficace tutela soltanto dei consumatori, trovando applicazione nei rapporti cc.dd. *business-to-consumer* (o, più sinteticamente, *b2c*). E nei casi in cui la commercializzazione di prodotti, che si avvale di strumenti e tecniche di *neuromarketing*, non coinvolge consumatori (si pensi, per esempio, ai fenomeni riconducibili all'applicazione di tali tecniche nell'ambito *business-to-business*, lavorativo o politico)? Sarà necessario, se del caso, guardar altrove.

Infine, non mancano, specie per il civilista, le criticità sul fronte rimediabile. L'eventuale assoggettamento alla normativa eurounitaria in materia di pratiche commerciali sleali tra professionisti e consumatori – ossia al divieto generale previsto dall'art. 5 della direttiva 2005/29/CE e alle correlate sanzioni previste dalla direttiva (UE) 2019/2161 (c.d. “omnibus”) per integrare sul punto la disciplina della predetta direttiva 2005/29/CE – non appare di certo come la panacea di tutti i mali. Con riferimento agli strumenti rimediabili privatistici (che chiaramente non esauriscono le misure contenute nella normativa, come dimostra la presenza anche di rilevanti previsioni di carattere pubblicistico), assume un ruolo centrale il nuovo art. 11-*bis* direttiva 2005/29/CE: «[i] consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a *rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti*»<sup>27</sup>.

Purtroppo, l'ampia formulazione della norma con margini così significativi di discrezionalità (da esercitarsi in sede di recepimento da parte dei singoli legislatori nazionali) non sembra lasciare molte speranze circa l'applicazione di regole uniformi nel prossimo futuro. Nell'ordinamento italiano (che, seppure tardivamente, ha recepito la direttiva 2019/2161/UE, con il decreto legislativo 7 marzo 2023, n. 26), la via intrapresa – a fronte dell'ampio margine discrezionale lasciato dalla formulazione dell'art. 11-*bis* – risulta, per usare un eufemismo, “minimalista”, limitandosi sostanzialmente a riportare, nell'ambito del nuovo art. 27, c. 15-*bis* del codice del consumo, le stesse parole dell'art. 11-*bis* della direttiva 2005/29/CE senza sciogliere nessuno dei nodi gordiani relativi ai presupposti e ai reciproci rapporti

---

sol, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 437 ss.; ID., *La dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il “sistema delle prove”. La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1052 ss., spec. 1058 ss.; L. BUGATTI, *The Directive (EU) 2020/1828 and the Consumer Representative Actions in Italy: A Step Back or Forward?*, in *European Journal of Consumer Law*, 2024, 289 ss.; M. LORENZOTTI, *Azione di classe e diritti individuali omogenei: opportunità o limite?*, in *Contr. impr.*, 2022, 682 ss.; F. AULETTA, *L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1670 ss. Per alcune notazioni sintetiche sull'importante ruolo dell'azione di classe e dell'azione rappresentativa a tutela del consumatore nell'ipotesi di pratiche commerciali scorrette, cfr., di recente, M. D'ONOFRIO, *Il difetto di durabilità del bene*, Napoli, 2023, 133 ss.

<sup>27</sup> Infine, ai sensi dell'art. 11-*bis*, par. 2, della direttiva 2005/29/CE, “detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale”.

dei diversi rimedi prospettati dall'originaria formulazione eurounitaria ("I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori")<sup>28</sup>.

Dall'analisi dell'odierna normativa (eurounitaria e nazionale) sulle pratiche commerciali sleali<sup>29</sup> emergono pertanto una serie d'indicazioni utili per delineare la disciplina del *neuromarketing*, ma, al contempo, diverse criticità riguardanti principalmente l'individuazione dell'inaccettabile distorsione del comportamento dell'individuo, l'ambito applicativo limitato ai rapporti con i consumatori e le caratteristiche specifiche (che difficilmente saranno uniformi a livello eurounitario) dei rimedi privatistici.

### 3.2.2. Prime notazioni a partire dall'*AI Act*

<sup>28</sup> Quest'avviso è sostanzialmente condiviso in letteratura. Cfr., *ex multis*, G. DE CRISTOFARO, "Rimedi" privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE (comma 15-bis, art. 27 c.cons.), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 456 ("La formulazione testuale della disposizione interna si sostanzia infatti in una malriuscita e sbiadita fotocopia della disposizione europea, della quale conserva la laconicità, la genericità e l'ambiguità, omettendo completamente di affrontare tutte le questioni che – espressamente o anche solo implicitamente – la direttiva UE incaricava i legislatori dei Paesi membri di affrontare ex professo attraverso apposite disposizioni interne di recepimento"). Nello stesso senso, v. A. PURPURA, Private enforcement delle pratiche commerciali scorrette: il nuovo comma 15-bis dell'art. 27 c.cons., in *Eur. dir. priv.*, 2023, 815 ss., spec. 816, 828 ss.

<sup>29</sup> Sulle pratiche commerciali "sleali" (definite poi, all'esito del recepimento nell'ambito dell'ordinamento italiano, "scorrette" nel codice del consumo), cfr., per tutti, G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir., Ann.*, V, Milano, 2012, 1079 ss., spec. 1086. Secondo l'Autore, "non è chiaro per quale ragione il legislatore abbia preferito l'aggettivo «scorrette» all'aggettivo «sleali», che compariva invece nella versione italiana del testo della direttiva. È possibile che tale opzione sia stata ispirata dall'intento di evidenziare anche a livello lessicale la diversità di *ratio*, obiettivi di tutela e ambito di applicazione delle nuove disposizioni attuative della direttiva, rispetto alla disciplina generale della concorrenza sleale contenuta negli art. 2598 ss. c.c. Non si può dire tuttavia che la scelta sia caduta sul termine più idoneo ad assicurarne la piena realizzazione. Non soltanto perché, a norma dell'art. 2598 n. 3 c.c., compie atti di concorrenza «sleale» chiunque si avvalga di mezzi non conformi ai principi della «correttezza» professionale e idonei a danneggiare l'altrui azienda, ma anche e soprattutto perché, all'interno del codice del consumo, i termini «lealtà» e «correttezza» vengono utilizzati entrambi – ora isolatamente (art. 52 comma 2 c. cons.: lealtà; art. 18 lett. d e art. 67-*quater* comma 2 c. cons.: correttezza), ora congiuntamente (art. 1 lett. c-*bis* e art. 39 c. cons.) – sempre in combinazione con la nozione di «buona fede» (oggettiva), senza che appaia possibile e ragionevole attribuire all'uno un significato e una portata non pienamente corrispondenti a quelli propri dell'atto. Anche in considerazione di ciò, *deve escludersi che la scelta di ricorrere all'aggettivo «scorrette» anziché all'aggettivo «sleali» possa avere ripercussioni di sorta*, sia ai fini della ricostruzione e dell'inquadramento sistematico del nuovo *corpus* normativo, sia ai fini dell'interpretazione delle singole disposizioni che lo compongono" (corsivo aggiunto).



Alla normativa delle pratiche commerciali scorrette sembra essersi poi recentemente affiancata una nuova disciplina. Si tratta del Regolamento 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) n. 2019/2144 e le direttive (UE) 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828. Quest'ultimo Regolamento (c.d. "Artificial Intelligence Act" o, più sinteticamente, "AI Act")<sup>30</sup> – approvato il 13 marzo 2024, poi emendato il 19 aprile e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 12 luglio 2024, ma destinato a divenire applicabile, per la maggior parte delle sue disposizioni, soltanto a due anni dalla sua entrata in vigore (cioè il 2 agosto 2026), fatta eccezione per le applicazioni vietate, rispetto alle quali risulterà applicabile già sei mesi dopo (cioè il 2 febbraio 2025)<sup>31</sup> – mira, nel suo complesso, "to improve the functioning of the internal market and promote the uptake of human-centric and trustworthy artificial intelligence (AI), while ensuring a high level of protection of health, safety, fundamental rights enshrined in the Charter, including democracy, the rule of law and environmental protection, against the harmful effects of AI systems in the Union and to support innovation" (art. 1).

La nuova normativa – frutto di un susseguirsi di confronti serrati (e di differenti versioni testuali) – suggerisce una serie d'interessanti (e ulteriori) spunti di riflessione – in un rapporto ancora da decifrare anche con il GDPR – sulla disciplina del *neuromarketing*<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> L'AI Act non è però l'unico testo normativo rilevante in materia. In particolare, il 17 maggio 2024 è stata adottata dal Consiglio d'Europa la "Convenzione quadro su intelligenza artificiale e diritti umani, democrazia e stato di diritto" (il primo trattato internazionale sull'argomento; oggi facilmente reperibile sul sito ufficiale del Consiglio d'Europa: <https://rm.coe.int/0900001680afb122>). Al contempo, il Governo italiano ha predisposto (e avviato l'iter parlamentare di) un disegno di legge su "Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale" n. 1146 (la cui versione più recente, dell'11 giugno 2024, è attualmente reperibile online sul sito della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica; v. [https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/ID0010.pdf?\\_1719738400371](https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/ID0010.pdf?_1719738400371); <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/58262.htm>).

<sup>31</sup> In particolare, l'art. 113 dell'AI Act recita così: "This Regulation shall enter into force on the twentieth day following that of its publication in the *Official Journal of the European Union*. It shall apply from 2 August 2026. However: (a) Chapters I and II shall apply from 2 February 2025; (b) Chapter III Section 4, Chapter V, Chapter VII and Chapter XII and Article 78 shall apply from 2 August 2025, with the exception of Article 101; (c) Article 6 (1) and the corresponding obligations in this Regulation shall apply from 2 August 2027".

<sup>32</sup> Secondo B. PARENZO (*Profilazione e discriminazione. Dal GDPR alla Proposta di Regolamento sull'IA*, cit., 126), per esempio, "la recente proposta di Regolamento sull'IA [...] costituisce al tempo stesso una «seconda stagione» e uno «spin off» del GDPR. Essa, infatti, ne rappresenta in primo luogo l'ideale prosecuzione – ecco perché «seconda stagione» – nella misura in cui, come subito si cercherà di mettere in evidenza, va a colmare le lacune relative alle rilevate questioni e criticità che non riuscivano a trovare risposta nella disciplina sui dati personali; ad un tempo – ed ecco perché «spin off» –, tale risultato viene raggiunto elevando a «protagonista» oggetto di regolamentazione quello che nella «prima stagione» era un mero «supporting character», un «personaggio», per così dire, che, pur senza dubbio presente nella «sceneggiatura», non veniva tuttavia direttamente considerato sul piano regolatorio: l'IA compare certo nel GDPR (sotto le sembianze del termine «automatizzato» riferito al trattamento dei dati personali), ma il focus del Regolamento è evidente-

Nell’ottica (non sempre chiara) di disciplinare l’immissione sul mercato, la messa in servizio o l’uso di “sistemi di intelligenza artificiale”<sup>33</sup>, l’*AI Act* delinea un’articolata disciplina della materia incentrata su un approccio orizzontale c.d. “risk-based”: più alto è il coefficiente di rischio legato all’utilizzo di un determinato sistema, più severa ne risulterà la regolamentazione<sup>34</sup>.

Non c’è dubbio che la disciplina del trattamento dei dati biometrici (specie su larga scala) abbia rappresentato – come testimoniato dai numerosi Considerando dedicati all’argomento (v., fra i tanti, i nn. 14, 15, 16, 17, 18, 29, 30) nonché dalle diverse versioni testuali emerse nel c.d. “trilogo” tra Parlamento Europeo, Commissione e Consiglio<sup>35</sup> – uno dei profili più discussi nell’ambito dell’elaborazione e poi della formulazione definitiva dell’*AI Act*. Tuttavia – fermo restando la particolare delicatezza (già evidenziata dall’analisi del GDPR) dell’oggetto del trattamento (rappresentato dai dati biometrici) – risulta adesso fondamentale, ai fini della presente riflessione, prender in considerazione l’approccio regolatorio eurounitario nei confronti dei “sistemi di riconoscimento delle emozioni” (cioè, ai sensi dell’art. 3, n. 39 dell’*AI Act*, sistemi di IA finalizzati all’identificazione o all’inferenza di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici) così da perseguire specificamente finalità di *marketing*.

Il c.d. “neuromarketing”, infatti, pone certamente al giurista sfide “nuove” assieme, però, a sfide ormai divenute “classiche”. Il *neuromarketing* consente, infatti, di muoversi all’esito di un’analisi più precisa: il *marketer* rischia sicuramente di più trattando dati biometrici, ma può contare, per al-

---

mente tutto incentrato sui dati e sui soggetti del trattamento, nonché, come già messo in rilievo, sulla attività di trattamento, ma non invece sugli «strumenti», gli algoritmi di IA, per il cui tramite i dati vengono trattati”. Nell’ottica di regolare un fenomeno sempre più complesso (su cui, v., per tutti, le interessanti riflessioni di N. CRISTIANINI, *La scorciatoia*, Bologna, 2023, 7 ss.; ID., *Machina sapiens*, Bologna, 2024, 7 ss.) suggerisce di valorizzare, oltre alla disciplina del GDPR, le più recenti normative eurounitarie del *Digital Services Act* e dell’*AI Act* anche L. SPOSINI, *Neuromarketing and Eye-Tracking Technologies Under the European Framework: Towards the GDPR and Beyond*, in *Journal of Consumer Policy*, 2024 (pubblicato in *open access* il 26 gennaio 2024 e reperibile online: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-023-09559-2#article-info>).

Per un’impostazione attenta ai diversi testi normativi eurounitari, letti anche alla luce di una prospettiva interdisciplinare, v. S. FASSIAUX, *Preserving Consumer Autonomy through European Union Regulation of Artificial Intelligence: A Long-Term Approach*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2023, 1 ss.

<sup>33</sup> Secondo l’ultima definizione, cristallizzata nell’odierno art. 3, n. 1 dell’*AI Act*, “‘AI system’ means a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness 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”.

Per una panoramica complessiva su cattive e buone pratiche dell’IA, invece, v., per tutti, L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale*, Milano, 2022, 177 ss.

<sup>34</sup> Per alcuni spunti critici, anche a partire dall’adozione dell’approccio c.d. “risk based”, v., *ex multis*, G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, 114-115; E. M. INCUTTI, *op. cit.*, 535 ss.

<sup>35</sup> Le diverse versioni del testo dell’*AI Act* (assieme a molti altri documenti di grande interesse ai fini dell’analisi e dell’interpretazione dell’intervento normativo eurounitario) sono facilmente reperibili online al sito: <https://artificialintelligenceact.eu/>

tro verso, su strumenti tecnologici sempre più avanzati e soprattutto su un'evidenza scientifica che gli consente d'influenzare più incisivamente la volontà del singolo individuo. Ai nuovi rischi e strumenti del *neuromarketing* si affiancano così le questioni classiche legate alla finalità stessa del trattamento circa l'opportuno discrimine da individuare fra l'attività di persuasione accettabile e quella di distorsione inaccettabile per l'ordinamento. È pertanto nella duplice prospettiva delle sfide nuove e classiche poste dal *neuromarketing* che meritano di essere prese in considerazione le recenti previsioni dell'AI Act.

A cominciare – com'è già stato sottolineato anche con riferimento alle precedenti versioni dell'AI Act<sup>36</sup> – dall'art. 5 (rubricato “Prohibited AI Practices”). Qui non è dato riscontrare nessun riferimento specifico alla finalità di *marketing* (né tanto meno di *neuromarketing*), ma diversi spunti di riflessione emergono lo stesso dall'odierna formulazione perlomeno delle lett. a), b) e f) delle pratiche vietate ai sensi dell'art. 5 dell'AI Act.

Innanzitutto, ai sensi della lett. a), si vieta “*the placing on the market, the putting into service or the use of an AI system that deploys subliminal techniques beyond a person’s consciousness or purposefully manipulative or deceptive techniques, with the objective, or the effect of materially distorting the behaviour of a person or a group of persons by appreciably impairing their ability to make an informed decision, thereby causing them to take a decision that they would not have otherwise taken in a manner that causes or is reasonably likely to cause that person, another person or group of persons significant harm*”. Ne deriva un divieto che, pur non richiamando espressamente la finalità di *marketing*, sembra farvi (almeno implicitamente) riferimento. Qui – lungi dallo sviluppare un'analisi approfondita della previsione, che sicuramente imporrà un confronto serio fra teorici e pratici negli anni a venire – non è possibile trascurare del tutto la struttura stessa del divieto. Si delineano, infatti, delle condotte vietate (l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di intelligenza artificiale che utilizzi tecniche subliminali al di là della coscienza di una persona o tecniche manipolative o ingannevoli)<sup>37</sup>, caratterizzate dall'obiettivo, o anche solo dall'effetto, di *distorcere* (come si è già visto, in altro contesto, con riferimento alle pratiche commerciali sleali) il comportamento di una persona o di un gruppo di persone. Tale manipolazione della volontà – per essere vietata – dev'essere poi in grado di causare un *danno significativo* a quella persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone.

Alla (complessa) categoria delle persone o dei gruppi di persone *vulnerabili* è poi specificamente dedicata la previsione di cui alla lett. b)<sup>38</sup>, che,

<sup>36</sup> Per un'analisi complessiva della disciplina del *neuromarketing* nell'ambito delle precedenti proposte dell'AI Act, v. S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, cit., 346 ss.; E. M. INCUTTI, *op. cit.*, 527 ss.; L. SPOSINI, *op. cit.*

<sup>37</sup> Non è chiaro, per esempio, il significato che si vuole attribuire all'avverbio “purposefully” (volutamente). Quest'ultimo risulta giustapposto, almeno in apparenza, alle tecniche manipolative o ingannevoli, ma logicamente dovrebbe forse esser accostato alla condotta dell'agente.

<sup>38</sup> Alla vulnerabilità è giustamente dedicata un'ampia attenzione nell'ambito dell'AI Act (che, però, non ne fornisce una definizione chiara). Tale profilo assume un rilievo partico-



richiamando per il resto sostanzialmente la struttura della lett. a), vieta “*the placing on the market, the putting into service or the use of an AI system that exploits any of the vulnerabilities of a natural person or a specific group of persons due to their age, disability or a specific social or economic situation, with the objective, or the effect, of materially distorting the behaviour of that person or a person belonging to that group in a manner that causes or is reasonably likely to cause that person or another person significant harm*”.

Nell’ottica della presente riflessione – oltre alla lett. c) dell’art. 5 dell’AI Act (dedicata a vietare pratiche di c.d. “social scoring”)<sup>39</sup> – può risultare interessante richiamare anche la lett. f), laddove si vieta “*the placing on the market, the putting into service for this specific purpose, or the use of AI systems to infer emotions of a natural person in the areas of workplace and education institutions, except where the use of the AI system is intended to be put in place or into the market for medical or safety reasons*”. Si tratta – fermo restando l’attuale formulazione (stilisticamente migliorabile) – di un divieto rivolto al riconoscimento (e al possibile conseguente sfruttamento) delle emozioni delle persone nell’ambiente lavorativo e formativo, fatta eccezione per il ricorso a sistemi d’intelligenza artificiale sviluppati per essere collocati sul mercato per scopi relativi alla tutela della salute o della sicurezza<sup>40</sup>.

larmente significativo nell’analisi delle possibili conseguenze pregiudizievoli del *neuromarketing*. Lo rilevano – oltre alla stessa Commissione europea (*State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, cit., spec. 18 ss., 26) – A. AL ABBAS, W. CHEN, M. SABERI, *The Impact of Neuromarketing Advertising on Children: Intended and Unintended Effects*, in *KnE Social Sciences*, 2019, 1 ss. Per alcuni interessanti spunti sulla disciplina dei soggetti vulnerabili, v. B. GARDELLA TEDESCHI, *L’indagine giuridica*, in V. CAPELLATO, B. GARDELLA TEDESCHI, E. MERCURI, *Anziani. Diritti, bisogni, prospettive. Un’indagine sociologica e giuridica*, Bologna, 2021, 181 ss., spec. 192, 206 ss.; P. BALDASSARRE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021, 1 ss.; M. G., BERNARDINI, *Il soggetto vulnerabile. Status e prospettive di una categoria (giuridicamente) controversa*, in *Riv. fil. dir.*, 2017, 365 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, 549 ss., 587 ss.; R. INCARDONA, C. PONCIBÒ, *The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution*, in *Journal of Consumer Policy Issue*, 2007, 21 ss.; e, nella letteratura straniera, v. M. FINEMAN, «Elderly» as vulnerable: Rethinking the nature of individual and societal responsibility, in *Elder Law Journal*, 2012, 20, pp. 71 ss.; T. MATSSON, M. KATZIN, *Vulnerability and ageing*, in A. NUMHAUSER-HENNING (ed.), *Elder Law. Evolving European Perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), Northampton (MA), 2017, 113 ss.

<sup>39</sup> Il testo definitivo dell’art. 5, lett. c), dell’AI Act, infatti, vieta “*the placing on the market, the putting into service or the use of AI systems for the evaluation or classification of natural persons or groups of persons over a certain period of time based on their social behaviour or known, inferred or predicted personal or personality characteristics, with the social score leading to either or both of the following: (i) detrimental or unfavourable treatment of certain natural persons or groups of persons in social contexts that are unrelated to the contexts in which the data was originally generated or collected; (ii) detrimental or unfavourable treatment of certain natural persons or groups of persons that is unjustified or disproportionate to their social behaviour or its gravity*”.

<sup>40</sup> Sembra così trovar accoglimento nel testo normativo il parere congiunto del Comitato europeo per la protezione dei dati e del Garante europeo per la protezione dei dati (EDPB-GEPD) n. 5/2021 del 18 giugno 2021 sulla proposta di *Artificial Intelligence Act*, secondo cui “l’utilizzo dell’IA per dedurre le emozioni di una persona fisica sia assolutamente inop-

Nell'art. 5 dell'AI Act se, per un verso, manca ancora un riferimento specifico alla finalità-tabù di *marketing*<sup>41</sup>, per un altro, sono vietate ormai (anche espressamente) condotte basate sul riconoscimento delle emozioni ben al di fuori del “classico” rapporto consumeristico<sup>42</sup>.

Altre notazioni interessanti sulla disciplina del *neuromarketing* sembrano poter provenire poi dall'analisi della regolamentazione – contenuta sempre nell'AI Act (v. art. 6 ss. e Chapter III) – dei sistemi d'intelligenza artificiale ad alto rischio. Questi, prima di essere introdotti o utilizzati nell'UE, sono sottoposti dall'AI Act a rigorosi controlli con la previsione di una serie di requisiti e obblighi (cui sono assoggettati non soltanto i fornitori dei sistemi di IA, ma anche gli altri attori lungo la catena del valore dell'IA, come, per esempio, importatori, distributori e rappresentanti autorizzati). Alla luce del potenziale alto rischio associato a tali applicazioni, gli obblighi imposti sono significativi ed includono l'adozione di sistemi di gestione dei rischi, il rispetto di requisiti relativi alla (necessariamente elevata) qualità dei *dataset* utilizzati nonché all'adozione della documentazione tecnica e alla conservazione delle registrazioni, alla trasparenza e alla fornitura di informazioni agli utenti. L'AI Act prescrive poi l'adozione di adeguati livelli di accuratezza, robustezza e cybersicurezza, richiedendo che gli operatori effettuino anche una valutazione dell'impatto sui diritti fondamentali prima che i sistemi di IA ad alto rischio siano immessi sul mercato.

Nell'ambito dei sistemi d'IA ad alto rischio viene fatta rientrare una vasta gamma di dispositivi (v. spec. Allegato III). Innanzitutto, un ruolo centrale è riconosciuto – come sistemi d'IA ad alto rischio – agli strumenti di identificazione biometrica, categorizzazione e riconoscimento delle emozioni (Allegato III, punto 1)<sup>43</sup>. Non solo. Un interessante riferimento, seppur implicito, riguarda pure il c.d. “marketing politico”, che sembra fare capolino, laddove si considerano ad alto rischio (Allegato III, punto 8, lett. b)) “*AI systems intended to be used for influencing the outcome of an election or referendum or the voting behaviour of natural persons in the exercise of their vote in elections or referenda*”.

---

portuno e dovrebbe essere vietato, ad eccezione di taluni casi d'uso ben specificati, ossia per finalità sanitarie o di ricerca (ad esempio pazienti per i quali il riconoscimento delle emozioni è rilevante), sempre applicando idonee tutele e, naturalmente, nel rispetto di tutte le altre condizioni e restrizioni relative alla protezione dei dati, compresa la limitazione delle finalità” (il documento è consultabile per intero al seguente indirizzo: [https://www.edpb.europa.eu/system/files/2021-10/edpb-edps\\_joint\\_opinion\\_ai\\_regulation\\_it.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2021-10/edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_it.pdf); v. spec. p. 14, punto 35).

<sup>41</sup> Il “tabù del marketing” nella disciplina dell'AI Act è stato sottolineato in modo critico da S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, cit., 356 ss.

<sup>42</sup> V., *supra*, § 3.2.1.

<sup>43</sup> Ciò non toglie che, secondo diversi osservatori, tale disciplina risulti lo stesso troppo lasista nei confronti delle multinazionali del settore tecnologico. Per alcune primissime voci critiche (non più sulla Proposta di AI Act, ma direttamente) con riferimento al testo definitivo dell'AI Act (e a come si sarebbe potuto fare di più nell'ottica di una tutela dei dati biometrici delle persone), cfr. <https://www.accessnow.org/press-release/ai-act-failure-for-human-rights-victory-for-industry-and-law-enforcement/>; <https://reclaimyourface.eu/eu-ai-act-will-fail-commitment-to-ban-biometric-mass-surveillance/>.

Emergono così – pur in assenza di una disciplina organica – diversi indici normativi che, seppur in ordine sparso, cominciano a delineare una regolamentazione del *neuromarketing*. Il ricorso a tali strumenti e tecniche – sebbene all’esito di una formulazione legislativa talvolta, ancor oggi, poco chiara – sembra complessivamente ammesso, ma circondato da rilevanti cautele. L’attuale AI Act delinea così una disciplina che, pur non regolando sistematicamente il *neuromarketing*, risulta consapevole delle complesse problematiche sottese<sup>44</sup>, consentendo, ad una prima lettura, il ricorso circostanziato a tali strumenti purché non produttivi di un’inaccettabile distorsione della volontà di una persona (o di un gruppo di persone), specie se vulnerabile, in un modo che le causa o è probabile che le causi un danno significativo. Tali previsioni risultano, infine, presidiate da rilevanti sanzioni pubblicistiche (v. artt. 99 ss. AI Act), cui sembrano doversi affiancare, seppur implicitamente, rimedi contrattuali e obbligatori (rimessi, però, ai futuri interventi normativi di livello eurounitario e soprattutto alle diverse disposizioni legislative nazionali) ancor oggi poco chiari<sup>45</sup>.

### 3.2.3. Verso un coordinamento dell’assetto normativo eurounitario? Il caso del *Digital Services Act*

Anche tralasciando le possibili criticità relative al contemperamento della nuova normativa con la disciplina specifica (approvata pressoché contestualmente) sulla pubblicità politica – laddove sembra di riscontrare un assoluto divieto di ricorso a tecniche di *targeting* (e, di conseguenza,

<sup>44</sup> L’esistenza (ed il tono complessivo) dello stesso documento della Commissione UE (*State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, cit.), già più volte richiamato, conferma la preoccupata consapevolezza delle stesse istituzioni europee nei confronti dei diversi profili problematici del *neuromarketing*.

<sup>45</sup> Non è possibile, al riguardo, evitare ogni riferimento alla Proposta di direttiva del 28 settembre 2022 – ancor oggi in via di definizione e chiamata ad adattare, fra l’altro, le regole della responsabilità civile all’intelligenza artificiale – nonché le numerose (e spesso diverse fra loro) normative nazionali su regole e rimedi risarcitori. Peraltro, G. FINOCCHIARO (*La regolazione dell’intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1097 ss.) sottolinea: “La trattazione del problema sostanziale più delicato, che consiste nella formulazione di un nuovo modello di responsabilità, è rinviata [...] La proposta di «direttiva relativa all’adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all’intelligenza artificiale» (AI Liability Directive) pubblicata il 28 settembre 2022 segue un approccio di armonizzazione minima, limitandosi ad armonizzare solo le norme in materia di responsabilità per colpa che disciplinano l’onere della prova a carico di coloro che chiedono il risarcimento del danno causato da sistemi di IA [...] nell’ambito dei problemi che richiedono soluzioni non meramente formali, e che devono essere affrontati con determinazione per completare la regolazione dell’intelligenza artificiale, certamente possono essere annoverati: la definizione di un nuovo e generale modello di responsabilità per i danni cagionati dalle applicazioni di intelligenza artificiale, che vada oltre l’approccio di armonizzazione minima della proposta di Regolamento e della proposta di Direttiva; l’elaborazione di nuove soluzioni giuridiche per consentire, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, il flusso di dati personali e non personali verso le applicazioni di intelligenza artificiale; l’individuazione di nuovi efficaci e rapidi strumenti di tutela contro la discriminazione”. Nello stesso senso, EAD., *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, 123 ss.

d'influenza) che implicano il trattamento di categorie particolari di dati<sup>46</sup> – l'articolazione complessiva dell'AI Act sembra però sollevare delle problematiche non irrilevanti di coordinamento soprattutto con riferimento al divieto generale tratteggiato nel c.d. "Digital Services Act" (Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC).

Quest'ulteriore testo normativo eurounitario è rivolto notoriamente a contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi inter-

<sup>46</sup> Nell'ambito della nuova normativa ("Regulation of the European Parliament and of the Council on the transparency and targeting of political advertising") sono fissate delle condizioni rigorose per consentire la pubblicità politica mirata *online*. I dati devono essere raccolti dall'interessato e possono essere utilizzati solo dopo che quest'ultimo ha dato un consenso esplicito e separato per il loro utilizzo ai fini di pubblicità politica. Le categorie particolari di dati personali – ai sensi degli artt. 9 e 10 del GDPR (si pensi, per esempio, oltre ai dati biometrici, a quelli che rivelano l'origine razziale o etnica o le opinioni politiche) – non possono essere utilizzate per la profilazione. Non è qui possibile riportare per intero la normativa (contenuta nel Chapter III, "Targeting and ad delivery of online political advertising"). Ci si limita pertanto, ai nostri fini, soltanto all'art. 18 (*Specific requirements related to targeting techniques and ad-delivery techniques in the context of online political advertising* – (1). Targeting techniques or ad-delivery techniques that involve the processing of personal data in the context of online political advertising shall be permitted only when the following conditions are fulfilled: (a) the controller collected the personal data from the data subject; (b) the data subject has provided explicit consent within the meaning of Regulations (EU) 2016/679 and (EU) 2018/1725 to the processing of personal data separately for the purpose of political advertising; and (c) *those techniques do not involve 'profiling' as defined in Article 4, point 4, of Regulation (EU) 2016/679 and in Article 3, point 5, of Regulation (EU) 2018/1725 using special categories of personal data referred to in Article 9(1) of Regulation (EU) 2016/679 and in Article 10(1) of Regulation (EU) 2018/1725.* (2). In the context of political advertising, targeting techniques or ad-delivery techniques that involve the processing of the personal data of a data subject that is known by the controller with reasonable certainty to be at least one year under the voting age established by national rules are prohibited. Compliance with the obligations set out in this paragraph shall not oblige the controller to process additional personal data in order to assess whether the data subject is one year under the voting age. (3). This Article shall not apply to communications of any political party, foundation, association or any other non-profit body, to their members and former members or to communications, such as newsletters, linked to their political activities, as long as those communications are solely based on subscription data and therefore strictly limited to their members, former members or subscribers and are based on personal data provided by them and do not involve processing of personal data to target or otherwise further select the recipients and the messages they receive. (4). For the purposes of implementing the requirements of Regulations (EU) 2016/679 and (EU) 2018/1725 on providing explicit consent, as well as on withdrawing it once given, controllers shall make sure that: (a) the data subject is not requested to consent if he or she has already indicated by automated means that he or she does not consent to data processing for political advertising purposes, unless the request is justified by a substantial change of circumstances; (b) the data subject who does not give his or her consent is to be offered an equivalent alternative for using the online service without receiving political advertising") e al Considerando 25 ("Commercial advertising and marketing practices can legitimately affect consumers' perceptions of products and services or their buying behaviour, including through brand differentiation based on company actions in the field of corporate social responsibility, delivering social impact, or any other types of purpose-driven engagement. This Regulation should apply to commercial advertising that is liable and designed to influence the outcome of an election or referendum, voting behaviour or a legislative or regulatory process").



mediari, stabilendo norme armonizzate per un ambiente *online* sicuro, prevedibile e affidabile, che faciliti l'innovazione e assicuri la tutela effettiva dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta (compreso il principio della protezione dei consumatori).

Il *Digital Services Act* – consapevole che le piattaforme *online*, in quanto ambienti particolarmente sensibili per inserzioni pubblicitarie basate su tecniche di *targeting* ottimizzate con riferimento ai destinatari del servizio per soddisfare i loro interessi e potenzialmente attirare le loro vulnerabilità, presentano un rischio più elevato (per i singoli come per la società nel suo complesso) con effetti negativi potenzialmente molto gravi (si pensi, per esempio, ai margini per eventuali campagne di disinformazione o discriminazione di determinati gruppi)<sup>47</sup> – si muove nella direzione di precludere ai fornitori delle piattaforme di presentare inserzioni pubblicitarie basate sulla profilazione realizzata trattando categorie particolari di dati personali (compresi chiaramente quelli biometrici). Ne deriva il perentorio divieto – scolpito (più che sancito) a chiare lettere all'art. 26 (dedicato alla “pubblicità sulle piattaforme online”)<sup>48</sup>, par. 3 – secondo cui “i fornitori di piattaforme online

<sup>47</sup> Tale consapevolezza del legislatore eurounitario emerge, in particolare, alla lettura del Considerando 69 del *Digital Services Act* (“Quando ai destinatari del servizio vengono presentate inserzioni pubblicitarie basate su tecniche di *targeting* ottimizzate per soddisfare i loro interessi e potenzialmente attirare le loro vulnerabilità, ciò può avere effetti negativi particolarmente gravi. In alcuni casi, le tecniche di manipolazione possono avere un impatto negativo su interi gruppi e amplificare i danni per la società, ad esempio contribuendo a campagne di disinformazione o discriminando determinati gruppi. Le piattaforme online sono ambienti particolarmente sensibili per tali pratiche e presentano un rischio per la società più elevato. Di conseguenza, i fornitori di piattaforme online non dovrebbero presentare inserzioni pubblicitarie basate sulla profilazione, come definite all'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679, utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, dello stesso regolamento, anche utilizzando categorie di profilazione basate su tali categorie speciali. Tale divieto lascia impregiudicati gli obblighi applicabili ai fornitori di piattaforme online o a qualsiasi altro fornitore di servizi o inserzionista coinvolti nella diffusione della pubblicità a norma del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali”). Per una panoramica generale, di carattere prevalentemente politologico, sul ruolo delle piattaforme *online* nell'odierno contesto economico, v., *ex multis*, N. SRNICEK, *Capitalismo digitale*, Roma, 2017, 9 ss., 37 ss., 77 ss.

<sup>48</sup> Nell'ambito del capo III, sezione 3, del DSA, gli artt. 25 e 26 tratteggiano degli obblighi aggiuntivi applicabili ai fornitori di piattaforme *online*. In particolare, l'art. 25 (relativo alla “progettazione e organizzazione delle interfacce *online*”) vieta i *dark patterns*, ossia quelle interfacce di siti *web* o *app* e percorsi di navigazione ingannevoli, oscuri, che mirano a ingannare o manipolare l'utente digitale fino a comprometterne in misura rilevante la capacità di prendere decisioni libere e informate e spingerlo così a eseguire azioni involontarie. Si possono configurare come *dark pattern* le progettazioni che presentano le scelte disponibili per l'utente in modo non neutrale tramite l'utilizzo di componenti visive o auditive oppure che rendono alcune scelte più difficili da compiere rispetto ad altre oppure, ancora, la presenza di impostazioni predefinite molto difficili da modificare. Tali modelli sono quindi costruiti appositamente per ingannare o manipolare i destinatari dei loro servizi o falsare o compromettere altrimenti la capacità dei destinatari dei loro servizi di prendere decisioni libere e informate e, pertanto, sono vietate dal *Digital Services Act* nella misura in cui non siano già contemplate dalla Direttiva 2005/29/CE e dal GDPR (v. art. 25, par. 2, DSA). È poi l'art. 26 DSA ad introdurre l'obbligo per le piattaforme digitali di presentare le pubblicità in modo chiaro, conciso e inequivocabile e di metter a disposizione dei destinatari del servizio una funzionalità che consente di dichiarare se i contenuti forniti siano o contengano comunicazioni commerciali (par. 1 e 2) nonché a sancire il divieto per i fornitori di piatta-

non possono presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione, quale definita all'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679, utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679”.

L'imposizione di un divieto del genere – a prescindere dall'effettiva capacità interdittiva delle condotte pregiudizievoli<sup>49</sup> – risulta sicuramente espressione di un'opzione legislativa di segno diverso dall'assetto più articolato (e frastagliato) complessivamente delineato dall'AI Act. Quest'apparente contraddizione sottolinea, in ogni caso, l'esigenza di un opportuno maggiore coordinamento – forse possibile a seguito di un ulteriore sforzo interpretativo<sup>50</sup> – fra le due normative così da poter pensare finalmente a delineare poi un vero e proprio sistema eurounitario della materia.

#### 4. Considerazioni conclusive

Secondo uno studio recente della Commissione europea, “the main problem is that the neuromarketing sector is very unregulated”<sup>51</sup>. Oggi, in realtà, sembra di esser in presenza, più che di un *deficit* assoluto di regolamentazione, di una sorta di “patchwork” di disposizioni di matrice eurounitaria che impone all'interprete un momento di riflessione.

Ormai consapevole delle numerose problematiche sottese al fenomeno, il legislatore eurounitario, infatti, sembra essersi mosso – soprattutto di recente – per assicurare una disciplina (almeno parziale) dei diversi profili del *neuromarketing*. Così alla normativa di protezione dei dati personali e, in particolare, dei dati biometrici non si è affiancata soltanto la disciplina delle pratiche commerciali sleali – applicabile, nonostante una serie di difficoltà interpretative, nei rapporti *b2c* – ma anche le numerose recenti previsioni – non sempre perfettamente coordinate fra loro – contenute soprattutto nell'*Artificial Intelligence Act* e nel *Digital Services Act*.

Dall'analisi condotta emerge una disciplina ancora frammentata ed in evoluzione costante come dimostrato dalla molteplicità dei testi normativi coinvolti nonché dal contenuto delle diverse disposizioni (e delle differenti versioni che hanno caratterizzato tali testi durante i vari passaggi dell'*iter*

---

forme *online* di ideare pubblicità comportamentale realizzata sulla base delle informazioni fornite dalle categorie particolari di dati personali (par. 3).

<sup>49</sup> Tale divieto rischia di risultare, al contempo, fin troppo *tranchant* (poiché apparentemente sempre applicabile ai fornitori di piattaforme *online* anche in assenza di un elemento soggettivo della loro condotta) e suscettibile di un'elusione relativamente semplice (avvalendosi magari dell'assenza di disciplina o della presenza di regole meno rigorose che caratterizzano ambiti diversi, ma comunque limitrofi, rispetto a quello disciplinato dal *Digital Services Act*).

<sup>50</sup> Si potrebbe forse avanzare una possibile lettura dell'art. 26, par. 3, del DSA come “speciale” rispetto alla disciplina dell'AI Act alla luce della suddetta particolare pericolosità di tali condotte in un ambiente (quello delle piattaforme *online*) considerato particolarmente sensibile nei confronti di tali pratiche, potendo comportare una maggiore rischiosità per l'intera società (si pensi, per esempio, ad eventuali campagne di disinformazione e/o di discriminazione di determinati gruppi; v., *supra*, nt. 47 e Considerando 69 del DSA).

<sup>51</sup> EUROPEAN COMMISSION, *State of the art of neuromarketing and its ethical implications*, cit., 26.

legislativo eurounitario). L'impressione è pertanto che la posizione dell'Unione europea – così come, a maggior ragione, della comunità internazionale<sup>52</sup> – sul *neuromarketing* sia ancor oggi in una fase di consolidamento<sup>53</sup>.

Il legislatore eurounitario si è preoccupato, infatti, di trovar un equilibrio fra le istanze di tutela delle persone e del mercato, confidando in un rinnovato “Brussels effect” (cioè nell’ormai noto processo di globalizzazione normativa unilaterale causato dall’Unione Europea che finisce per esternalizzare le sue regole al di fuori dei propri confini attraverso meccanismi di mercato)<sup>54</sup>, ma consapevole, al contempo, delle sfide regolatorie poste da altre normative (a partire, per esempio, da quelle statunitensi sull’intelligenza artificiale e sui dati biometrici, incentrate su un approccio più *business friendly*, al fine d’incentivare al massimo, senza rigide regolamentazioni, lo sviluppo dell’imprenditoria digitale e il mantenimento del suo primato tecnologico mondiale)<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> In assenza di un’esauritiva disciplina sovranazionale, l’attenzione degli studiosi e delle istituzioni è in aumento costante. Un interessante studio sull’etica delle neurotecnologie – facilmente reperibile *online* (assieme ad una serie d’importanti raccomandazioni e rapporti; v. <https://www.unesco.org/fr/ethics-neurotech>) – è stato, per esempio, recentemente condotto dall’UNESCO.

<sup>53</sup> Sembra militare in questo senso, per esempio, il rapporto della tavola rotonda del Consiglio d’Europa e dell’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico; v. S. O’ SULLIVAN, H. CHNEIWEISS, A. PIERUCCI, K. S. ROMMELFANGER, *Neurotechnologies and Human Rights: Do we need new rights?* (pubblicato nel dicembre 2022 e reperibile *online* sul sito ufficiale del Consiglio d’Europa: <https://rm.coe.int/rapporteur-report-neurotechnology-final-f-2768-3949-6710-1/1680a90ae1>). E, d’altronde, sembrano confermare questo dato anche il susseguirsi di nuovi testi normativi (nazionali e sovranazionali) dedicati, più genericamente, alla regolazione dell’intelligenza artificiale (v., *supra*, nt. 30). Non è questa la sede per evidenziare tutti gli spunti normativi che sembrano indirizzare l’interprete in tal senso. Ci si limita a rilevare, oltre alle notazioni sviluppate nel testo, l’evidente opzione di politica legislativa eurounitaria favorevole allo sviluppo dello strumento della c.d. “sandbox” (mutuando così in ambito regolatorio la “sabbiera”, cioè il recinto della sabbia destinato ai giochi dei bambini). Attraverso l’introduzione e lo sviluppo di tale strumento normativo si vuole configurare un ambiente delimitato dov’è possibile osservare, così da potere meglio comprendere e poi regolare, le conseguenze derivanti dall’evoluzione e dalla sperimentazione tecnologica in un determinato mercato. Quest’opzione, che merita ben altro genere di riflessione sistematica, è stata già adottata con riferimento alla disciplina delle nuove tecnologie in diversi ambiti: si pensi, per esempio, al settore finanziario (c.d. “FinTech”; v. decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze, 30 aprile 2021, n. 100, attuativo della delega prevista dal decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 giugno 2019, n. 58, nonché il Provvedimento della Banca d’Italia 3 novembre 2021) o, per l’appunto, alle cc.dd. “AI regulatory sandboxes” (di cui agli artt. 57 ss. dell’*AI Act*).

<sup>54</sup> Sul punto, cfr. A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, New York, Oxford University Press, 2020. Nella nostra letteratura, v., *ex multis*, G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, cit., 113 ss.; EAD., *La regolazione dell’intelligenza artificiale*, cit., 1089 ss.

<sup>55</sup> La richiamata disciplina statunitense, anch’essa frammentata, è contenuta in una pluralità di testi normativi, fra cui, per esempio, il “Blueprint for an AI Bill of rights” dell’ottobre del 2022 e l’“Executive Order on Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence”, n. 14110, firmato dal Presidente Biden il 30 ottobre 2023 (oltre ad una serie di normative dei singoli Stati; si pensi, per esempio, all’approvazione recente della legge del Colorado – House Bill 24-1058, *Concerning protecting the privacy of indivi-*

Nonostante le persistenti difficoltà ricostruttive di una disciplina ancor oggi poco sistematica, sembra possibile, all'esito dell'analisi finora condotta, rintracciare conclusivamente delle possibili linee evolutive dell'odierno sistema normativo.

Innanzitutto, l'*intentio legis* sembra orientata a disciplinare il fenomeno del *neuromarketing*, per un verso, prendendo in considerazione le sfide nuove legate a sistemi di IA finalizzati all'identificazione o all'inferenza di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici e, per un altro, fronteggiando le sfide classiche riconducibili all'individuazione complessa dei casi di manipolazione inaccettabile della volontà delle persone, o di gruppi di persone, specie se vulnerabili.

Inoltre, l'assetto normativo eurounitario presidia sempre le regole dei diversi profili del *neuromarketing* con una serie di diverse sanzioni e tutele. Queste sono state predisposte, dapprima, prevalentemente nel contesto dei contratti *b2c*, per essere, poi, ripensate in una serie sempre più ampia di rapporti fra privati. Non possono trascurarsi pertanto le problematiche (non ancora risolte) relative ai rimedi privatistici di diritto comune lasciati, ancor oggi, soprattutto alla disciplina nazionale. Innanzitutto, si pone il problema – in assenza di un'indicazione legislativa eurounitaria (fornita, seppure molto genericamente, nell'ambito dei contratti *b2c*) – dell'effettiva declinazione, in caso di pratiche di *neuromarketing* manipolative della volontà del soggetto, delle regole dell'invalidità: l'attuale configurazione degli strumenti a protezione della libertà contrattuale nonché dell'autodeterminazione del contraente fatica non poco ad assicurare certezza nella circolazione dei diritti e a rispondere, al contempo, alle nuove sfide poste dalla tecnologia dell'informazione alla nostra società, suggerendo un *surplus* di riflessione all'interprete, soprattutto con riferimento all'odierno contesto digitale e a determinate categorie di soggetti, sulla disciplina nazionale dei vizi del consenso<sup>56</sup> e delle nullità<sup>57</sup>. A ciò si aggiungono le problematiche relative al controverso rapporto fra regole di validità e di condotta<sup>58</sup>: ne deriva un (ormai ampio) dibattito, destinato a trovare nell'ambito della disciplina dei diversi profili del *neuromarketing* terreno fertile, con inevitabili conseguenze

---

*duals' biological data, and, in connection therewith, protecting the privacy of neural data and expanding the scope of the "Colorado Privacy Act" accordingly).*

<sup>56</sup> Per una rilettura critica della disciplina dei vizi del consenso, anche alla luce delle riforme intervenute in Francia e in Germania, cfr., per tutti, A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del Code civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Pers. merc.*, 2018, 88 ss. (pubblicato, con alcune modifiche, anche in *Giur. it.*, 2018, 1216 ss).

<sup>57</sup> Cfr. L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018, 128 ss., 181 ss., spec. 186-187.

<sup>58</sup> Sul punto, senza pretese di completezza, v., con accenti diversi e posizioni distinte, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, Milano, II ed., 2022, 1265 ss.; ID., « *Regole di validità* » e *principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 137 s., 248; A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019, 156 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 120 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 139 ss., 182 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, Napoli, 2013, 9 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599 e ss.; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 1 ss.

sul fronte dei possibili rimedi contrattuali e obbligatori (anche all’indomani della proposizione di azioni risarcitorie, come si è detto, individuali e non solo)<sup>59</sup>.

Infine, l’attuale panorama normativo delinea, sempre più spesso, un *enforcement* “misto”, poiché caratterizzato da tutele non soltanto di stampo *privatistico*, ma anche *pubblicistico*. Questa tendenza, ormai acclarata nel diritto dei consumi<sup>60</sup>, sembra potersi diffondere anche in altri ambiti dei rapporti fra privati (come si è visto, per esempio, all’esito dell’analisi, pur sintetica, condotta con riferimento all’AI Act)<sup>61</sup>.

Tali linee evolutive sottolineano la crescente difficoltà regolatoria derivante dall’esigenza di affrontare fenomeni molto complessi “in cui la tecnologia « incontra » la personalità dei singoli”<sup>62</sup>, coinvolgendo, però, sempre più spesso anche interessi collettivi (si pensi, oltre all’ambito consumeristico, a quello digitale, politico o lavoristico). Il c.d. “mito del consenso”, pur mantenendo ancor oggi, come si è visto, un ruolo centrale, merita allora di essere parzialmente ripensato poiché – in assenza di divieti maggiormente coordinati e previsioni legislative più chiare – “l’expression d’un consentement ne suffit pourtant pas à garantir sa liberté”<sup>63</sup>. (Ri)Emerge così l’esigenza di trovar un equilibrio normativo capace di affiancare efficacemente ai mezzi di gestione e reazione individuale strumenti di c.d. “controllo sociale”<sup>64</sup>.

Nell’ottica di riordinare le risposte fornite in ordine sparso dall’ordinamento eurounitario – apparentemente orientato nel senso di consentire la diffusione di strumenti di *neuromarketing*, circondandoli, come si è visto, di misure e cautele varie presidiate da sanzioni pubblicistiche e rimedi privatistici – sembra così destinato ad emergere nuovamente il ruolo del giurista, chiamato ad aiutare gli operatori del settore nel governare l’evoluzione del fenomeno anche nei rapporti fra privati. Al riguardo – secondo l’insegnamento, ancor oggi attuale, di Salvatore Pugliatti – si dovrà “sistemare tutta la legislazione [...] che è nata sotto il segno dei tempi nuovi”. Sarà possibile, a tal fine, seguire le più idonee direttive metodologiche ed i criteri d’indagine più appropriati, ma “a condizione di avere fede nella scienza e nei principi della logica”<sup>65</sup>.

<sup>59</sup> Cfr., *supra*, § 3.2.1, spec. nt. 26.

<sup>60</sup> Di recente, v. A. PURPURA, *op. cit.*, 815 ss.

<sup>61</sup> Cfr., *supra*, § 3.2.2.

<sup>62</sup> S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, 46.

<sup>63</sup> Così M. FABRE-MAGNAN, *L’institution de la liberté*, Paris, Presses Universitaires de France, II ed., 2023, 77 ss., spec. 86. Per una lettura condivisibilmente critica dell’odierno “mito del consenso”, seppure da una prospettiva diversa da quella di Muriel Fabre Magnan, si legga anche l’affascinante ricostruzione di L. NIVARRA, *Dalla « crisi » all’« eclissi »: ovvero, da un paradigma all’altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 801 ss., spec. 830-832.

<sup>64</sup> La formula è ripresa sempre da S. RODOTÀ, *op. cit.*, 46.

<sup>65</sup> S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, p. 214, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 2010, 817.



## NEUROMARKETING: UN INVENTARIO DI (SPUNTATI) DIVIETI CONTRO IL PERICOLO DI UNA SCELTA MANIPOLATA

Di Beniamino PARENZO

| 539

**SOMMARIO:** 1. *Definizione progressiva del problema: dal marketing al neuromarketing, passando per lo smantellamento dei postulati dell'economia neoclassica.* – 2. *Una inedita asimmetria informativa e l'evidente insufficienza della previsione di obblighi informativi.* – 3. *I divieti posti dal Digital Services Act.* – 4. *Il divieto di decisioni automatizzate di cui all'art. 22 GDPR.* – 5. *I divieti di cui al Regolamento sull'IA.* – 6. *Il divieto di pratiche commerciali scorrette.*

*ABSTRACT.* Capaci di disvelare e sfruttare, attraverso sofisticate tecnologie di IA, le individuali vulnerabilità del consumatore, le contemporanee pratiche di neuromarketing fanno emergere una inedita forma di asimmetria informativa. Rispetto a quest'ultima, si argomenta in primo luogo, il tradizionale rimedio informativo risulta del tutto inadeguato e inefficace. Di qui, si avverte l'esigenza della imposizione di un divieto tout court delle pratiche in esame, il quale, invero, già riesce ad essere rinvenuto in differenti plessi e luoghi normativi: segnatamente, nel Digital Services Act, nel GDPR, nell'Artificial Intelligence Act e nella disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette. Rispetto a ciascuno dei divieti rinvenibili nel sistema normativo eurounionale, tuttavia, si rilevano dei non secondari limiti e difficoltà applicative.

*Capable of revealing and exploiting, through sophisticated AI technologies, the individual vulnerabilities of the consumer, contemporary neuromarketing practices give rise to an unprecedented form of information asymmetry. With respect to this asymmetry, it is first argued, the traditional informational remedy is totally inadequate and ineffective. Hence, we advocate for the need of a strict prohibition, which, indeed, can already be found in different regulatory frameworks: namely, in the Digital Services Act, in the GDPR, in the Artificial Intelligence Act, and in the discipline of unfair commercial practices. With respect to each of the prohibitions prescribed by the European Union's regulatory system, however, significant flaws can be found.*



## 1. Definizione progressiva del problema: dal marketing al neuromarketing, passando per lo smantellamento dei postulati dell'economia neoclassica.

| 540

La pubblicità, è noto, non ha funzione esclusivamente informativa, giacché, oltre appunto ad *informare*, risponde altresì ad una finalità di *persuasione* di coloro ai quali è diretta.<sup>1</sup> Il che, da una prospettiva giuridica, deve pacificamente ritenersi affatto problematico, *di per sé*.

Talune criticità di non secondario momento, come si cercherà di dimostrare “per gradi”, si pongono, tuttavia, laddove su tale premessa si innestino, per così dire, due ulteriori fattori.

Il primo consiste nelle (relativamente) recenti scoperte nel campo della psicologia cognitiva e delle neuroscienze circa i meccanismi, appunto, cognitivi e neurobiologici sottesi ai processi decisionali degli individui. Scoperte le quali, applicate in campo economico, hanno indotto ad un deciso superamento dei tradizionali neoclassici postulati che vedevano come agente protagonista del mercato il c.d. “*homo oeconomicus*”, in favore di un nuovo modello di analisi, denominato “comportamentale”, in virtù del quale si giunge a riconoscere, e quindi a *portare a sistema*, che l'individuo che compie una scelta di mercato, lungi dall'operare in via immancabilmente razionale, secondo una rigorosa logica matematico-algebrica che lo dovrebbe condurre ad adottare la decisione che meglio possa dirsi corrispondere alla massimizzazione dei propri interessi, affatto diversamente, nella gran parte dei casi, agisce guidato da emozioni<sup>2</sup> e deviato da euristiche e pregiudizi (“*bias*”) cognitivi.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Paradigmatica in questo senso la definizione stessa di “*advertising*” quale «*mediated form of communication from an identifiable source, designed to persuade the receiver to take some action, now or in the future*»; così J.I. RICHARDS, C.M. CURRAN, *Oracles on “advertising”*: *searching for a definition*, in *Journal of Advertising*, 2002, 74.

<sup>2</sup> Come rilevano J.S. LERNER, Y. LI, P. VALDESOLO, K.S. KASSAM, *Emotion and Decision Making*, in *Annual Review of Psychology*, 2015, 801, «*Indeed, many psychological scientists now assume that emotions are, for better or worse, the dominant driver of most meaningful decisions in life. [...] Put succinctly, emotion and decision making go hand in hand*» (v. *ivi* per ampi riferimenti bibliografici). Una emblematica dimostrazione dell'assunto secondo il quale l'individuo, quando compie una scelta, agisce primariamente governato dagli stati emotivi piuttosto che dal puro calcolo matematico è offerta dal “gioco dell'ultimatum”. Si tratta di un esperimento condotto con due individui: «uno ottiene 100 dollari, che deve dividere tra sé e l'altro partecipante nel modo che preferisce. [...] L'altro giocatore può scegliere tra una di queste due azioni: accettare la divisione suggerita o rifiutarla. Se rifiuta la divisione, nessuno ottiene niente. [...] secondo le teorie economiche classiche la maggior parte della gente terrà per sé 99 dollari e offrirà 1 dollaro all'altro partecipante. Sempre secondo le teorie l'altro partecipante accetterà l'offerta. Una persona razionale a cui venga offerto un dollaro dirà sempre di sì. Che cosa gliene importa se l'altro giocatore ottiene 99 dollari? [...] nel mondo reale la maggior parte degli individui rifiuta le offerte troppo basse perché percepite come ‘ingiuste’. Preferiscono perdere un dollaro che sembrare stupidi. Poiché è così che il mondo reale funziona, pochi individui fanno offerte troppo basse»; così, Y.N. HARARI, *Homo deus. Breve storia del futuro*, Milano, 2017, 218.

<sup>3</sup> «*Much individual decision-making occurs subconsciously, passively and unreflectively rather than through active, conscious deliberation*»; così K. YEUNG, *Hypernudge: Big Data*



In sintesi estrema, il punto è - ed esattamente perciò poco sopra si usava l'espressione "portare a sistema" - che se l'individuo agisce in modo «prevedibilmente irrazionale»<sup>4</sup>, la conoscenza circa tali irrazionali, ma identificabili meccanismi decisionali può essere sfruttata per incanalare il suo comportamento e, quindi, la sua scelta in una determinata direzione invece che in un'altra.<sup>5</sup>

E tuttavia, pure alla luce di ciò, a buona ragione, invero, ancora si fatica ad esser colti da un senso di stupita riprovazione: a bene vedere, in effetti, le pratiche di cui si sta discorrendo sono ampiamente note e diffuse (nonché, affatto illecite). Si pensi, a titolo esemplificativo, ad una proposta contrattuale che, sfruttando il c.d. «*bias dello status quo*», ovvero la tendenza a non modificare la condizione in cui già ci si trova,<sup>6</sup> offra al consumatore un servizio gratuito per un periodo di prova e solo successivamente a pagamento. O, più banalmente, si pensi all'offerta di un prodotto ad € 299,90 invece che € 300: condizionato dal c.d. «*framing effect*»<sup>7</sup>, il destinatario dell'offerta sarà tendenzialmente indotto a ponderare la propria scelta inconsciamente avvicinando il prezzo alla cifra di € 200 invece che a quella di € 300.<sup>8</sup> Ancora, taluno, emotivamente influenzabile dal c.d. «*scarcity bias*»<sup>9</sup>, potrebbe essere indotto all'acquisto da un annuncio che paventa che il prodotto sta per terminare; qualcun altro, persuaso dalla bontà delle scelte della maggioranza (si tratta del *bias* delle «*endogenous preferences*»<sup>10</sup>), potrebbe essere più facilmente condizionato dal fatto che il prodotto pubblicizzato è "il più venduto".

---

as a mode of regulation by design, in *The social power of algorithms*, a cura di D. Beer, New York, Routledge, 2018, 120. La letteratura sul tema in parola è copiosa. Volendo limitarsi ad alcuni riferimenti, si rinvia a: A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 1981, 453 ss.; IID., *Judgment Under Uncertainty. Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; R.H. THALER, *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life*, Princeton, Princeton University Press, 1992; J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, in *New York University Law Review*, 1999, 632 ss.; IID., *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation*, in *Harvard Law Review*, 1999, 1420 ss.; O. BAR-GILL, *The Behavioral Economics of Consumer Contracts*, in *Minnesota Law Review*, 2008, 749 ss.; D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012; O. BAR-GILL, *Consumer Transactions*, in *The Oxford handbook of Behavioral Economics and the Law*, a cura di E. Zamir, D. Teichman, Oxford, Oxford University Press, 2014, 465 ss.; R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, Nudge. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2014.

<sup>4</sup> D. ARIELY, *Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, New York, Harper Collins, 2008.

<sup>5</sup> Si parla, in proposito, di «*market manipulation*»; cfr. specialmente J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem*, cit., 632 ss.; IID., *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence*, cit., 1420 ss.

<sup>6</sup> Cfr. R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 43 s.

<sup>7</sup> Cfr. K. YEUNG, *Nudge as Fudge*, in *The Modern Law Review*, 2012, 126.

<sup>8</sup> Distorsione cognitiva altresì definita come «*price blindness*»: cfr. J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence*, cit., 1441 s.

<sup>9</sup> Tra gli altri, v. L. MITTONE, L. SAVADORI, *The scarcity bias*, in *Applied Psychology*, 2009, 453 ss.

<sup>10</sup> Cfr. R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 61 ss.

Si ribadisce, (ancora, per il momento) nessuno scandalo.<sup>11</sup>

Dei fondati timori, però, si risvegliano senz'altro nel momento in cui, in tale ricostruito contesto, si insinua il “secondo fattore” di cui sopra si diceva: la possibilità, dischiusa dalle più recenti tecniche di Intelligenza Artificiale (in seguito, “IA”) di analisi delle massive quantità di dati rilasciate in rete dai consumatori digitali,<sup>12</sup> di disvelare gli specifici “punti deboli” di ciascuno di essi.<sup>13</sup>

In breve, nel contemporaneo mercato “*data-driven*”,<sup>14</sup> l'analisi dei dati condotta dall'IA consente un formidabile salto qualitativo delle (quasi grossolane, se si vuole) pratiche di “*nudging*” di cui si è detto subito sopra, poiché da uno “statico” e “generalizzato” sfruttamento di comunemente noti e condivisi *bias* operato nei confronti della indistinta massa dei consumatori, si apre la strada alla possibilità di individuare e, dinamicamente, in via automatizzata, sfruttare le singole “falle cognitive” che più sono capaci di influenzare la decisione di acquisto del singolo consumatore.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Peraltro, come pure rileva S. ORLANDO, *Pratiche commerciali aggressive*, in *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009, 82, la stessa «direttiva 2005/29/CE parte dalla considerazione delle pratiche commerciali di *marketing* e pubblicitarie diffuse nel mercato, e dall'osservazione che tali pratiche sono per loro natura dirette ad influenzare i comportamenti economici dei consumatori. Tanto è chiaramente espresso dal considerando n. 6 della direttiva [...]. Da questo considerandosi si capisce non solo che la direttiva 2005/29/CE non vieta molte pratiche pubblicitarie e di *marketing* che tendono o sono idonee ad incidere sulla percezione dei prodotti e ad influenzare il comportamento economico dei consumatori, ma, più profondamente, che la direttiva ha ad oggetto la disciplina delle pratiche pubblicitarie e di *marketing* proprio in quanto esse hanno per loro natura questa finalizzazione e questa idoneità. Per quanto riguarda le attività di *marketing* e pubblicitarie (o le attività di *marketing* in senso esteso, comprendente anche le attività pubblicitarie), la direttiva 2005/29/CE fa cioè chiaro di aver ben presente la loro attuale consistenza di complesso di attività, procedure e mezzi che effettivamente mirano ad influenzare le scelte commerciali dei clienti, e di proporsi dunque di disciplinarle».

<sup>12</sup> Sul fenomeno, qui in poche righe solo accennato, della c.d. *big data analytics*, la letteratura più recente è vastissima. Per limitarsi, dunque, a solo alcuni riferimenti: V. MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013; F. PASQUALE, *The Black Box Society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2015; M. DELMASTRO, A. NICITA, *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

<sup>13</sup> V. in particolare su questo profilo, R. CALO, *Digital Market Manipulation*, in *The George Washington Law Review*, 2014, *passim* e spec. 1016 s.

<sup>14</sup> Cfr. AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 10 febbraio 2020, *passim*, reperibile al link [https://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2020/9-20\\_all.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2020/9-20_all.pdf); OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, Paris, Oecd publishing, 2015, reperibile al link <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>.

<sup>15</sup> Cfr. K. YEUNG, ‘*Hypernudge*’, cit., 118 ss. V. anche R. CALO, *op. cit.*, 1016 s., ove, richiamando M. KAPTEIN, D. ECKLES, *Heterogeneity in the Effects of Online Persuasion*, in *Journal of Interactive Marketing*, 2012, 176 ss., l'autore riporta: «*Researchers like Maurits Kaptein look beyond matching the right ad to the right person. Rather, for any given ad, the techniques these researchers are investigating would find the exact right pitch for that person. This new research starts from the premise [...] that consumers differ in their susceptibility to various forms of persuasion. [...] Kaptein and his colleagues show that companies can discover what motivates a given consumer and dynamically change the advertisement accordingly in real time—a technique called persuasion profiling*».



Ma v'è di più: le contemporanee tecnologie di IA consentono non soltanto di identificare le individuali euristiche che sul *piano cognitivo* possono influenzare l'adozione di una scelta da parte del consumatore, ma altresì le *condizioni emotive* al ricorrere delle quali egli può essere più incline a compierla. Emblematico in questo senso quanto portato alla luce già nel 2017 dal quotidiano *The Australian* attraverso la divulgazione di un *report* confidenziale proveniente da alcuni dirigenti di *Facebook*.<sup>16</sup> In tale documento, rivolto agli inserzionisti australiani e neozelandesi, si spiegava come il *social network*, attraverso l'analisi del vasto *dataset* a disposizione, fosse in grado di «individuare l'esatto momento in cui un giovane ha bisogno di 'un'iniezione di sicurezza' ed è pertanto più vulnerabile a certe configurazioni di inviti pubblicitari e *nudge*: monitorando post, immagini, interazioni e navigazione, Facebook può capire quando i giovani si sentono 'stressati', 'schiacciati', 'ansiosi', 'nervosi', 'stupidi', 'sciocchi', 'inutili' e 'falliti'»<sup>17</sup>. Ancora, le tecnologie di IA consentono non soltanto di *inferire* gli stati emotivi dall'analisi dei dati disponibili, ma addirittura di poterli *rilevare*. Numerosi, invero, sono i progetti, le ricerche e gli investimenti che da qualche anno vengono portati avanti nel campo del c.d. «*affective computing*» o della «analisi dei sentimenti» o, ancora, della «intelligenza artificiale delle emozioni».<sup>18</sup> Come efficacemente spiega Shoshanna Zuboff, «i prodotti destinati all'analisi delle emozioni [...] utilizzano un software specializzato per scandagliare volti, gesti, corpi e menti [...]. Questo complesso di intelligenza artificiale viene addestrato a isolare e catturare i comportamenti più sfumati e intimi: da un inconsapevole battito di ciglia a una mascella che si serra per la sorpresa in una frazione di secondo. La combinazione di sensori e software può riconoscere e identificare i volti; tracciare distinti punti facciali per interpretare 'micro-espressioni', movimenti dell'occhio, emozioni, umori, stress, bugie, noia, confusione, intenzioni e molto altro»<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Vedasi S. ZUBOFF, *op. cit.*, 321.

<sup>17</sup> S. ZUBOFF *op. loc. ult. cit.*, ove si aggiunge: «[il *report*] fornisce informazioni dettagliate sugli 'sbalzi d'umore' dei giovani basandosi su 'dati interni di Facebook' e afferma che i propri prodotti predittivi [i profili] non solo possono 'individuare i sentimenti' ma anche prevedere come le emozioni saranno comunicate in diversi momenti della settimana, correlando ogni fase emotiva con *ads* appropriati per un profitto massimo e garantito». Sulla possibilità di inferire gli stati emotivi degli utenti attraverso l'analisi dei *social network*, v. anche lo studio di M.A. MORENO, L.A. JELENCHICK, K.G. EGAN, E. COX, H. YOUNG, K.E. GANNON, T. BECKER, *Feeling bad on Facebook: depression disclosures by college students on a social networking site*, in *Depression & Anxiety*, 2011, 447 ss.

<sup>18</sup> Cfr. R. YONCK, *Heart of the machine: our future in a world of artificial emotional intelligence*, Arcade Publishing, New York, 2017; C. BURR, N. CRISTIANINI, *Can machines read our minds?*, in *Minds and Machines*, 2019, 461; S. ZUBOFF, *op. cit.*, 297 ss.; A. MCSTAY, *Emotional AI, soft biometrics and the surveillance of emotional life: an unusual consensus on privacy*, in *Big Data & Society*, 2020, 1 ss.; A. SAXENA, A. KHANNA, D. GUPTA, *Emotion Recognition and Detection Methods: A Comprehensive Survey*, in *Journal of Artificial Intelligence and Systems*, 2020, 53 ss.; E.M. INCUTTI, *Sistemi di riconoscimento delle emozioni e ruolo dell'autonomia private: line evolutive di un umanesimo digitale*, in *Giust. civ.*, 2022, 515 ss.; T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *Artificial Intelligence, Neuroscience and Emotional Data. What Role for Private Autonomy in the Digital Market?*, in *Erasmus Law Review*, 2024, 1 ss.

<sup>19</sup> S. ZUBOFF, *op. cit.*, 297.

Di fronte agli scenari da ultimo evocati, è inevitabile che un'inquietudine finalmente si risvegli nel giurista, richiamandone l'attenzione e sollecitandolo ad interrogare l'ordinamento: nel passaggio dalle “furbesche” modalità persuasive del *marketing* “tradizionale”, facenti leva sulle “ingenuie” falle cognitive di un genericamente inteso consumatore, alle invasive pratiche di *neuromarketing*,<sup>20</sup> che sulle acquisizioni delle neuroscienze e con il supporto dell'IA, sono in grado di penetrare l'individuale consumatore fin nel profondo delle sue emotive vulnerabilità, rischia di consumarsi un vero e proprio attentato alla capacità della persona di compiere una libera scelta<sup>21</sup> (cfr. art. 41, co. 2, Cost.)<sup>22</sup>.

## 2. Una inedita asimmetria informativa e l'evidente insufficienza della previsione di obblighi informativi.

Se, come detto, le contemporanee pratiche di *neuromarketing* sono capaci di disvelare gli individuali profili e momenti di vulnerabilità<sup>23</sup> del consumatore, si pone, di primo acchito, il tema di una peculiare, inedita e “anomala”, se si vuole, forma di *asimmetria informativa*: la quale, cioè, non riguarda più soltanto la “fisiologica” condizione in cui versano le parti rispetto all'affare da concludere, rispetto, cioè, ad un assetto di interessi di cui il professionista (*ex art. 3, lett. c*), cod. cons.) è per definizione esperto, laddove invece il consumatore per definizione esperto non è (cfr. art. 3, lett. a), cod.

<sup>20</sup> Si rinvia in particolare a S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di Intelligenza Artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e Mercato*, 3/2022, 359 ss. e all'ampia bibliografia ivi richiamata. Intorno, più in generale, ai rapporti tra diritto e neuroscienze, cfr. A. MOLLO, *Neurorights. Una prospettiva di analisi interdisciplinare tra diritto e neuroscienze*, in *Annuario 2022 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale*, a cura di S. Orlando, G. Capaldo, Roma, 2022, 191 ss.

<sup>21</sup> Nei suoi termini essenziali, dunque, il tema non è affatto diverso da quello che già qualche anno fa, come rilevava S. ORLANDO, *Pratiche*, cit., 63, veniva portato ad attenzione dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette: «la direttiva 2005/29/CE statuisce in astratto in quali casi l'influenzare è legittimo e in quali casi l'influenzare diventa un “falsare”, ed è dunque illegittimo». Come, ancora, segnalava lo stesso autore, «il legislatore comunitario riconosce ai professionisti il “potere di svolgere un'attività capace di influenzare il comportamento economico dei consumatori”, stabilendo le condizioni alle quali l'attività di influenza è legittima e le condizioni alle quali l'attività di influenza è illegittima. Lo strumento tecnico è quello del divieto [...], che sta a dire, in positivo, che nell'influenzare il comportamento economico dei consumatori le imprese devono comportarsi in buona fede, e cioè, di nuovo in negativo, i professionisti non devono approfittare delle condizioni soggettive medie di vulnerabilità dei consumatori» (*ivi*, 91 s.). Similmente, cfr. anche ID., *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2011, 39 s.

<sup>22</sup> Su tutti, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 71 ss.

<sup>23</sup> Su tale “poroso” concetto, si vedano, tra gli altri: M.A. FINEMAN, *The autonomy myth: a theory of dependency*, New York, New Press, 2004; EAD., *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journ. Law and Feminism*, 2008, 1 ss.; A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 41 ss.; A. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019, spec. 5 ss.



cons.);<sup>24</sup> riguardando, invece e più problematicamente, la conoscenza che il primo acquisisce rispetto alla *stessa persona* del secondo e alle sue più intime fragilità.

Ebbene, di fronte a tale inedita forma di asimmetria, del tutto evidente è l'insufficienza dell'apparato rimediale di cui alla disciplina consumeristica, approntato dal legislatore eurounitario con il fine di riequilibrare e rimuovere un'asimmetria informativa, una "debolezza"<sup>25</sup>, profondamente diversa. Del tutto insoddisfacente, in particolare, risulta il tradizionale rimedio che pretenderebbe di riequilibrare la condizione di disparità attraverso l'imposizione in capo alla parte "forte", quella che vanta il bagaglio conoscitivo che determina l'asimmetria, una serie di obblighi informativi nei confronti della controparte.

In primo luogo va rilevata la strutturale, empirica debolezza del rimedio informativo in quanto tale. Da più parti, invero, si denuncia come, alla prova dei fatti, l'efficacia di questo paia risultare ineluttabilmente afflitta da un ineliminabile paradosso,<sup>26</sup> tale per cui le due caratteristiche che l'informativa dovrebbe presentare per essere funzionale al proprio scopo – la chiarezza e la completezza – sembrano, alla luce della mole di informazioni che richiede di essere consegnata, mutualmente escludenti: dall'un lato una sintetica e perciò chiara informativa, rischia di essere troppo generica e quindi insufficiente; dall'altro lato, un'esautiva, ma troppo specifica, informazione pure, tralignando in eccesso informativo, risulta, sacrificandone la chiarezza, inefficace.<sup>27</sup>

Per quanto poi riguarda, in particolare, lo specifico caso che si sta discutendo, non può non cogliersi il *nonsense* di un'informativa che abbia ad oggetto lo sfruttamento subliminale delle vulnerabilità del suo destinatario: evidente è, infatti, la intrinseca contraddittorietà logica riscontrabile nell'idea che pretenderebbe di "neutralizzare" la potenziata efficacia persuasiva di una comunicazione pubblicitaria facente leva sulle irrazionali fragilità cognitive e sulle incontrollate vulnerabilità emotive del suo destinatario

<sup>24</sup> Tra i numerosi, cfr.: V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; S. GRUNDMANN, *Information, party autonomy and economic agents in European contract law*, in *Common Market Law Review*, 2002, 269 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011; A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, 370.

<sup>25</sup> A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 373 ss.

<sup>26</sup> Si tratta del c.d. "transparency paradox": cfr. S. BAROCAS, H. NISSENBAUM, *Big Data's End Run around Anonymity and Consent*, in *Privacy, Big Data and the Public Good*, a cura di J. Lane, V. Stodden, S. Bender, H. Nissenbaum, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 58 s.

<sup>27</sup> Sul tema, oltre agli autori citati alla nota precedente, v. O. BEN-SHAHAR, C.E. SCHNEIDER, *The failure of mandated disclosure*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2011, 665 ss.; IID., *More than you wanted to Know: The failure of Mandated Disclosure*, Princeton, Princeton University Press, 2014; C. BUSCH, *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, in *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, a cura di C. Twigg-Flesner, Warwick, Edward Elgar Publishing, 2016, 221; F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'information overload(ing)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 398; F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, Napoli, 2017.

per il tramite di uno strumento, l’informativa, che tutt’al contrario è inteso ad agire sulla componente razionale della capacità decisionale dell’individuo;<sup>28</sup> senza considerare, peraltro, che tale stessa informativa ben potrebbe essere a sua volta confezionata e servita mediante lo sfruttamento di quelle medesime vulnerabilità.

Appurata, allora, l’inadeguatezza del rimedio informativo rispetto alle rappresentate pratiche, il rimedio più opportuno appare quello della imposizione di un divieto *tout court*, non potendosi conciliare con un sistema normativo di mercato che fa della capacità autodeterminativa del consumatore uno dei propri pilastri fondanti l’ipotesi di una scelta tanto pervasivamente indotta da risultare propriamente *manipolata*.

E invero, quella del divieto è stata precisamente la scelta del legislatore eurounitario, che, seppure non espressamente riferendolo alle pratiche di *neuromarketing*, lo ha previsto in diversi plessi e luoghi normativi applicabili alle ipotesi in parola. Cionondimeno, si osserverà, rispetto a ciascuno dei divieti rinvenibili nel recente e ancora *in fieri* sistema normativo eurounitario del mercato digitale, permangono taluni non secondari limiti.

### 3. I divieti posti dal *Digital Services Act*.

Due sono le previsioni che vengono anzitutto in rilievo nel Reg. UE n. 2022/2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), noto come *Digital Services Act* (“DSA”): si tratta degli artt. 25 e 26, par. 3.

Il primo proibisce ai fornitori di piattaforme online di progettare, organizzare o gestire «le loro interfacce online in modo tale da ingannare o manipolare i destinatari dei loro servizi o da materialmente falsare o compromettere altrimenti la capacità dei destinatari dei loro servizi di prendere decisioni libere e informate».<sup>29</sup> Si tratta del c.d. divieto di “*dark patterns*”,<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Rifacendosi alle categorie elaborate dal premio Nobel Daniel Kahneman, delle cui teorie si trova efficace sintesi nel già citato «Pensieri lenti e veloci»: assunto che il pensiero dell’uomo opera secondo due (antitetiche e tuttavia complementari) modalità, il “sistema 1”, il quale «opera in fretta e automaticamente, con poco o nessuno sforzo e nessun senso di controllo volontario [...costituito da] impressioni e sensazioni che originano spontaneamente e sono le fonti principali delle convinzioni esplicite e delle scelte deliberate del sistema 2» (*ivi*, 23) e, appunto, il “sistema 2”, il quale diversamente «indirizza l’attenzione verso le attività mentali impegnative che richiedono focalizzazione» e che coincide con «il sé conscio e razionante che ha delle convinzioni e decide cosa pensare e cosa fare» (*ibidem*); ebbene si coglie una intrinseca incoerenza nella pretesa di neutralizzazione di una pratica che fa leva e agisce sulle inconsapevolezze del “sistema 1” per il tramite di uno strumento chiamato invece ad agire sulla razionalità attraverso la quale opera il “sistema 2”; in termini forse semplicistici, insomma, non si vede come possa uno strumento che agisce su tale ultimo “sistema” risolvere un problema che trova radice nell’altro.

<sup>29</sup> Il paragrafo terzo della medesima disposizione rende tre esempi di tali pratiche vietate, prevedendo che «La Commissione può emanare orientamenti sull’applicazione del paragrafo 1 con riguardo a pratiche specifiche, in particolare: a) attribuire maggiore rilevanza visiva ad alcune scelte quando si richiede al destinatario del servizio di prendere una decisione; b) chiedere ripetutamente che un destinatario del servizio effettui una scelta laddove tale scelta sia già stata fatta, specialmente presentando pop-up che interferiscano con l’esperien-

ovvero del divieto di strutturare l'architettura informativa dell'interfaccia online facendo ricorso a elementi specificamente tesi a "condurre", a "dirigere", la scelta dell'utente in una certa direzione invece che in un'altra. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'interfaccia di un sito *web*, che pur formalmente presentando all'utente l'alternativa tra la possibilità di negare il consenso al trattamento dei propri dati personali e quella di prestarlo, utilizzi un colore più acceso per il pulsante di accettazione, così, appunto, manipolatoriamente indirizzando la scelta dell'utente medesimo verso tale seconda opzione (c.d. "*privacy zuckering*").<sup>31</sup> Ebbene, l'interesse per tale previsione è destinato, perlomeno ai fini dei presenti discorsi, a rimanere del tutto insoddisfatto, in luce del disposto del paragrafo secondo della stessa, ai sensi del quale «Il divieto al paragrafo 1 non si applica alle pratiche contemplate dalla direttiva 2005/29/CE o dal regolamento (UE) 2016/679»: nella misura in cui, come poco oltre si argomenterà, le pratiche in parola già devono ritenersi coperte da quelle richiamate discipline, l'art. 25, DSA parrebbe non trovare, dunque, alcuno spazio di applicazione.

Quanto, invece, all'art. 26, par. 3, DSA, esso fa proibizione «ai fornitori di piattaforme online di presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione, [...] utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679».

Un elemento che era stato omesso dal discorso: la somministrazione mirata di annunci pubblicitari nel contemporaneo mercato "*data-driven*" è appunto realizzata attraverso una capillare e minuziosa "profilazione" degli utenti della rete.<sup>32</sup> In estrema sintesi: raccolti i dati personali (cfr. art. 4, n.

---

za dell'utente; c) rendere la procedura di disdetta di un servizio più difficile della sottoscrizione dello stesso».

<sup>30</sup> Cfr. R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, in *Persona e mercato*, 3/2023, 380 s.; T. KOLLMER, A. ECKHARDT, *Dark Patterns. Conceptualization and Future Research Directions*, in *Business and Information Systems Engineering*, 2023, 201 ss.

<sup>31</sup> F. GALLI, *La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?*, in *Contr. impr.*, 2022, 931.

<sup>32</sup> Sul tema, v., tra gli altri: M. HILDEBRANDT e S. GUTWIRTH (a cura di), *Profiling the European Citizen, Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2008; H. LAMMERANT, P. DE HERT, *Predictive profiling and its legal limits: effectiveness gone forever*, in *Exploring the boundaries of big data*, a cura di B. Van der Sloot, D. Broeders, E. Schrijvers, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2016, 145 ss.; O. SESSO SARTI, *Profilazione e trattamento dei dati personali*, in *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, a cura di L. Califano, C. Colapietro, Napoli, 2017, 573 ss.; E. BAYAMLIOĞLU, I. BARALIUC, L. JANSSENS, M. HILDEBRAND (a cura di), *Being Profiled. Cogitas Ergo Sum: 10 Years of Profiling the European Citizen*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2018; E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1209 ss.; A. PIERUCCI, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto, Torino, 2019, 413 ss.; G. D'IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata on line. Real-time bidding e behavioural advertising*, Napoli, 2021. Sia, inoltre, consentito rinviare a B. PARENZO, *Sull'importanza del dire le cose come stanno: ovvero, sul perché della necessità di riconoscere la natura patrimoniale dei dati personali e l'esistenza di uno scambio sotteso ai c.d. servizi digitali "gratuiti"*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, 1457 ss.; ID., *Profilazione e*

1), GDPR) da questi ultimi rilasciati nel corso delle loro navigazioni e sottoposti i medesimi dati all'analisi dei sofisticati sistemi di IA di cui si è detto, i consumatori digitali vengono categorizzati in granulari profili in virtù dei loro rilevati e algoritmicamente inferiti interessi, preferenze, gusti, inclinazioni (nonché, eventualmente, vulnerabilità emotive e *bias* cognitivi). Ebbene, l'art. 26, par. 3, DSA proibisce che nella costruzione di tali profili in forza dei quali viene deciso il confezionamento e l'invio dell'annuncio pubblicitario "più adatto" al suo destinatario siano utilizzate le categorie di dati c.d. "sensibili" elencate dall'art. 9, GDPR.

Ora, qui il punto: ammesso – e già questo ben potrebbe essere oggetto di discussione - di poter far rientrare nell'alveo delle "categorie speciali di dati" di cui all'art. 9, GDPR, e segnatamente sotto l'ombrello della categoria dei "dati biometrici"<sup>33</sup>, le emozioni e i *bias* cognitivi, il problema, pure da altri rilevato,<sup>34</sup> risiede altresì nel fatto che, fatta salva la (marginale) ipotesi di diretta ed esplicita, istruzione nei confronti dell'algoritmo di rilevamento e utilizzo di tali dati per scopi di profilazione pubblicitaria, arduo risulta invero alla luce della complessità dei meccanismi algoritmici e dell'immenso numero di dati analizzati, il rilevamento di un eventuale "secondario", indiretto, non espressamente programmato, utilizzo di tali particolari categorie di dati da parte di un algoritmo, il quale, "meramente" istruito a perseguire come fine quello della massimizzazione del profitto attraverso la "più efficiente" somministrazione della comunicazione pubblicitaria, abbia in *autonomia* appreso come sfruttare quella *autonomamente* inferita conoscenza.<sup>35</sup>

Va infine evidenziato un generale limite che accomuna entrambe le richiamate proibitive disposizioni di cui al DSA e che afferisce al loro specifico ambito soggettivo di applicabilità, il quale è ristretto ai soli «fornitori di piattaforme online» (cfr. art. 3, lett. i, DSA).<sup>36</sup>

---

*discriminazione. Dal GDPR alla Proposta di Regolamento sull'IA*, in *Tecn. dir.*, 2023, 105 ss.

<sup>33</sup> Tali, si rammenta, essendo definiti dall'art. 4, n. 14), GDPR «i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici».

<sup>34</sup> Cfr. P. HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law*, in *European Law Journal*, 2021, 25.

<sup>35</sup> «a model may learn that certain consumers may exhibit manipulable traits [...], which may be costly for them but beneficial for the trader. In this way, the use of the model may lead to an exploitation of cognitive or emotional weaknesses simply because such actions maximize the objective function of the given model. Such effects can arise even in models that are applied to a heterogeneous pool of consumers, as models analyse and differentially act upon training data encompassing both vulnerable and more rational consumers. [...] In this sense, the exploitation of errors and weaknesses of contractual counterparties may indeed be an unintentional side effect of algorithmic profit maximization»; così P. HACKER, *op. ult. cit.*, 7.

<sup>36</sup> P. HACKER, *op. loc. ult. cit.*, rilevando: «This constitutes a genuine loophole: Manipulative targeting can arise in direct marketing by smaller traders, as evidenced by the possibility to embed emotion recognition in any apps (Microsoft, Amazon), or even in the context of brick-and-mortar stores (eyeQ). The restricted scope of the DSA fails to cover these important extensions».



#### 4. Il divieto di decisioni automatizzate di cui all'art. 22 GDPR.

Un divieto di più ampia portata riesce invece ad essere rinvenuto nell'art. 22, GDPR, istituyente, si rammenta, il diritto dell'interessato da un trattamento di dati personali a «non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

Senza volere indugiare in una dettagliata analisi della disposizione *de qua*<sup>37</sup>, non si ravvisa, invero, eccezionale difficoltà a sussumervi nel proprio ambito di applicabilità gli algoritmici trattamenti di profilazione di cui si è detto finalizzati alla più efficiente somministrazione di annunci pubblicitari. Lo stesso Gruppo di Lavoro Articolo 29, nelle sue Linee Guida sul processo decisionale automatizzato e sulla profilazione, ha avuto modo di prendere espressa posizione sulla c.d. “pubblicità comportamentale”, puntualmente identificando, in particolare, le circostanze al ricorrere delle quali essa possa dirsi «incidere significativamente sulla persona».

Premesso in linea generale - spiega il Gruppo di Lavoro - che tale requisito può dirsi sussistere laddove la decisione automatizzata sia in grado di «incidere in maniera significativa [...] sul comportamento o sulle scelte dell'interessato», rispetto alla specifica ipotesi in parola si osserva che se certo «in numerosi casi, la decisione di proporre pubblicità mirata basata sulla profilazione non inciderà significativamente sulle persone [...], tuttavia è possibile che ciò possa accadere, a seconda delle particolari caratteristiche del caso, tra le quali: *l'invasività del processo di profilazione*, compreso il tracciamento delle persone su siti web, dispositivi e servizi diversi; le aspettative e le volontà delle persone interessate; *il modo in cui viene reso disponibile l'annuncio pubblicitario*; o *lo sfruttamento della conoscenza di vulnerabilità degli interessati coinvolti*»; e ancora, si aggiunge, in via esemplificativa: «un trattamento che potrebbe avere un impatto minimo sulle persone in generale potrebbe in effetti incidere in maniera significativa su taluni gruppi della società, quali gruppi minoritari o adulti vulnerabili. Ad esempio, una persona di cui sono note le difficoltà finanziarie, effettive o potenziali, e che riceve regolarmente annunci pubblicitari di prestiti ad alto

<sup>37</sup> Rinviamo alla decisamente vasta bibliografia sul punto; tra cui, in particolare: A. PIERUCCI, *op. cit.*, 436 ss.; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 1 ss.; G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, *ivi*, 243 ss.; G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy*, *Commentario*, Milano, 2018, 219 ss.; R. MESSINETTI, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Milano, 2019, 167 ss.; A.G. GRASSO, *The bad algorithm. Automated discriminatory decision in the European General Data Protection Regulation*, Napoli, 2022; M. TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale e le sue evoluzioni. Prospettive civilistiche*, Milano, 2022, 166 ss.; D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell'interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 921 ss.; B. PARENZO, *Profilazione*, *cit.*, 122 ss.

interesse potrebbe sottoscrivere tali offerte e incorrere così in ulteriori debiti».<sup>38</sup>

Ora, se le richiamate Linee Guida, come detto, si riferiscono in particolare alla pratica della c.d. “pubblicità comportamentale”, la quale, in fondo, “si limita” ad un’algoritmica analisi degli interessi del consumatore rilevati dai suoi movimenti in rete,<sup>39</sup> e se quelli sono gli “indici sintomatici”, per così dire, del fatto che un trattamento automatizzato abbia capacità di “significativamente incidere” su (le scelte del)la persona; ebbene, si ribadisce, nessuna difficoltà può ragionevolmente essere opposta alla inclusione nei confini di applicabilità dell’art. 22, GDPR, delle senz’altro più invasive pratiche di *neuromarketing* di cui si è sopra riferito.

E tuttavia, anche rispetto alla disposizione in parola, un non irrilevante limite deve essere segnalato: l’art. 22, GDPR consegna la possibilità di “dissennescare” il divieto in essa sancito al consenso dell’interessato (cfr. art. 22, par. 3, lett. c), GDPR). E sul punto, non possono non tornare in rilievo le considerazioni già poco sopra svolte rispetto al rimedio informativo: anche a volere assumere (benché i fatti raccontino una realtà agli antipodi) una piena consapevolezza dell’interessato, che abbia voluto diligentemente leggere e abbia saputo puntualmente comprendere l’informativa, a valle della quale abbia deciso – consapevolmente, dunque, appunto – di prestare assenso alla pratica in parola, ciò che appare del tutto privo di senso è precisamente il fatto in sé di affidare la possibilità di uno sfruttamento di vulnerabilità individuali allo strumento del consenso del medesimo soggetto interessato da tale “predatorio” trattamento. Rispetto, insomma, al “tipo di problema”, tale “tipo di rimedio” appare alquanto incoerente e, pertanto, inadeguato a gestirlo.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Così, Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, adottate il 03 ottobre 2017, versione emendata e adottata il 06 febbraio 2018, reperibili al link: [www.garantepriacy.it](http://www.garantepriacy.it), 24 s. (enfasi aggiunta). Cfr. anche G. MALGIERI, *Manipolazione commerciale e privacy mentale all’ombra del GDPR*, in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, a cura di A. Mantelero, D. Poletti, Pisa, 2018, 349 ss.

<sup>39</sup> Sul tema, cfr., su tutti, F.J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, Kluwer Law International, 2015, 15: «*behavioural targeting, also referred to as behavioural advertising or online profiling, involves monitoring people’s online behaviour, and using the collected information to show people individually targeted advertisements. [...] Behavioral targeting uses information collected on an individual’s web browsing behavior such as the pages they have visited or the searches they have made to select which advertisements to be displayed to that individual. Practitioners believe this helps them deliver their online advertisements to the users who are most likely to be influenced by them*». Similmente, spiega il Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, *Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale* online, 5, reperibile al link: [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu): «la pubblicità comportamentale si basa sull’osservazione del comportamento delle persone nel tempo. Questo tipo di pubblicità cerca di studiare le caratteristiche del comportamento delle persone attraverso le loro azioni (frequentazione ripetuta di certi siti, interazioni, parole chiave, produzione di contenuti online, ecc.) al fine di elaborare un profilo specifico e quindi inviare messaggi pubblicitari che corrispondano perfettamente agli interessi dedotti».

<sup>40</sup> Senz’altro di interesse, in merito a tali discorsi, le riflessioni di S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Persona e Mercato*, 4/2022, 533 ss., il quale, invocando un’interpretazione sistematica dell’art. 22, GDPR alla luce dei principi di liceità e



## 5. I divieti di cui al Regolamento sull'IA.

Un divieto “puro”, per così dire, non “scardinabile” da alcuna prestazione di consenso, si rinviene nel più recente Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (regolamento sull'intelligenza artificiale) (c.d. “*AI Act*” o, in seguito, “AIA”).<sup>41</sup>

Segnatamente, rilevano in particolare l'art. 5, lett. a) e lett. b), AIA, che rispettivamente vietano: «l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la loro capacità di prendere una decisione informata, inducendole pertanto a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso, in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo» (art. 5, lett. a) AIA); e «l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità di una persona fisica o di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età, alla disabilità o a una specifica situazione sociale o economica, con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di tale persona o di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona o a un'altra persona un danno significativo» (art. 5, lett. b), AIA).

Entrambe le fattispecie paiono essenzialmente scomponibili in tre elementi costitutivi: *i)* deve ricorrere una condotta consistente nell'impiego di tecniche manipolatorie (art. 5, lett. a) o nello sfruttamento di (anche indivi-

---

correttezza e di finalità del trattamento di cui all'art. 5, lett. a) e b) GDPR, ai sensi del quale il trattamento deve, appunto, essere *lecito e corretto* e i dati personali devono essere raccolti per finalità *legittime*, conclude per la invalidità di un consenso «a farsi perseguire» (537). Ancora, argomenta l'autore, nella necessità di «disegnare i limiti dell'area dell'autonomia privata in termini di reazione giuridica a finalità lesive di diritti fondamentali» occorre adottare una «*prospettiva funzionale*», che guardi, cioè, in termini “dogmatizzati”, alla *causa* dell'atto di autonomia: per tale via si giunge a concludere per «la teorizzazione di una possibile *nullità parziale* dell'atto di consenso *privacy* relativamente alle sole specifiche finalità illegittime, e [per la necessità di] una messa a punto delle categorie per predicare l'illiceità e l'invalidità totale o parziale dell'atto di autonomia-consenso *privacy* a partire dal contrasto delle specifiche finalità di trattamento con norme imperative, con principi raccolti in formule quali i “nostri” ordine pubblico e buon costume, e, più generalmente, a partire dalla lesione dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto europeo» (538 s., enfasi nel testo). Sul punto, cfr. anche D. IMBRUGLIA, *op. cit.*, 944 s.

<sup>41</sup> Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale), approvato in via definitiva il 14 maggio 2024, reperibile in <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-24-2024-INIT/it/pdf>.

duali) vulnerabilità della persona<sup>42</sup> (art. 5, lett. b); *ii*) la quale abbia come scopo o anche solo come effetto<sup>43</sup> quello di «materialmente distorcere» il comportamento<sup>44</sup> del destinatario della medesima (art. 5, lett. a e lett. b); *iii*) in modo tale che ne risulti un «danno significativo» (art. 5, lett. a e lett. b).

Ebbene, benché non possa che essere salutata con favore l'introduzione di simili divieti, deve tuttavia altresì rilevarsi come, invero, anche in questo caso, rispetto a ciascuno dei tre individuati elementi possano essere ravvisati taluni profili di criticità.

Circa il primo, questione non poco problematica, alla luce della nota opacità dei sistemi algoritmici di IA,<sup>45</sup> è quella della effettiva possibilità di dimostrazione della sussistenza di tali pratiche: come già sopra osservato con riferimento al divieto di cui all'art. 26, par. 3, DSA, fatta salva l'ipotesi di una palese, esplicita istruzione da parte del programmatore dell'algoritmo allo sfruttamento manipolatorio delle vulnerabilità dell'interessato, arduo risulta dimostrare, nella intrinseca imperscrutabilità dei percorsi algoritmici, la messa in atto da parte della macchina intelligente di un simile trattamento. Né, per vero, potrebbe replicarsi che lo stesso AIA, nella consapevolezza dell'opacità all'insegna della quale si svolgono le procedure algoritmiche di elaborazione di dati e per porre a questa rimedio, abbia inteso vietare l'immissione sul mercato e l'utilizzo di sistemi, i quali non rispondano a requisiti di tracciabilità e sorvegliabilità del loro funzionamento (artt. 12 e 14, AIA) e di interpretabilità dei loro *output* (art. 13, AIA): tali requisiti, infatti, sono imposti per i soli sistemi di IA "ad alto rischio", categoria tuttavia entro la quale, in mancanza di espressa indicazione nell'allegato III del Regolamento stesso (cfr. art. 6, AIA) non pare di potersi includere i sistemi impiegati per le finalità pubblicitarie di cui si sta discorrendo.

Per quanto riguarda il secondo elemento, limitante appare la stretta connessione causale che deve sussistere tra la pratica vietata e l'effetto distorsivo del comportamento della persona: meglio, probabilmente, sarebbe stata una formulazione analoga a quella adoperata in materia di pratiche commerciali scorrette, tale da far rientrare nel perimetro del divieto non solo quelle pratiche che hanno come scopo o effetto quello di materialmente distorcere il comportamento del destinatario, ma altresì quelle *idonee* ad un simile scopo o ad ottenere un simile effetto.

<sup>42</sup> Superandosi così le strettoie di cui al testo originario della proposta di Regolamento, che si riferiva allo sfruttamento delle «vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale». Critiche sul punto erano state espresse da P. HACKER, *op. cit.*, 27 s. e da A. BERTOLINI, *Le applicazioni di intelligenza artificiale proibite tra manipolazione e inganno dell'utente*, in Smart. *La persona e l'infosfera*, a cura di U. Salanitro, Pisa, 2022, 85 s.

<sup>43</sup> Superandosi così un altro dei limiti che presentava il testo originario della proposta di Regolamento, la quale contemplava esclusivamente l'ipotesi di pratiche intenzionalmente finalizzate alla distorsione del comportamento dei destinatari delle medesime; cfr. in questo senso P. HACKER, *op. cit.*, 27.

<sup>44</sup> Più coerente con il sistema, forse, sarebbe una versione uguale a quella già dal legislatore domestico adottata per il medesimo sintagma in lingua inglese - «*materially distort*» - impiegato in materia di pratiche commerciali scorrette: invece che "materialmente distorcere il comportamento", insomma, poteva dirsi "falsare il comportamento".

<sup>45</sup> Su tutti, cfr. F. PASQUALE, *op. cit.*; J. BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, 1 ss.



Foriero di incertezze, infine, il terzo elemento, ai sensi del quale, per potersi ritenere violata la proibizione *de qua*, deve altresì ricorrere, quale effetto, per così dire “derivato”, dell’avvenuta “distorsione del comportamento”, la causazione altresì di un «danno significativo»: non basta, insomma, facendo ricorso alle note categorie che governano la materia della responsabilità civile, il “danno-evento” consistente nell’adozione di una scelta “distorta” da parte del destinatario della pratica manipolatoria, richiedendosi altresì che da quella derivi un ulteriore – e significativo! - “danno-conseguenza”. Ebbene, se è questa certamente una formula preferibile a quella originariamente utilizzata dalla proposta di Regolamento (la quale imponendo che la persona avesse riportato «un danno fisico o psicologico» finiva per escludere dalla propria portata applicativa ogni ipotesi di perdita patrimoniale), essa cionondimeno rischia di lasciare scoperti dal proprio ambito operativo tutti quei casi che, pur vedendo il consumatore effettuare una scelta “distorta” da un trattamento manipolatorio facente leva sullo sfruttamento di sue vulnerabilità, non gli arrecano tuttavia un danno il quale possa dirsi assurgere ad un livello di non meglio specificata “significatività”.

Un conclusivo cenno, poi, fa fatto al divieto di cui all’art. 5, lett. f), AIA. E tuttavia, non più di un cenno, appunto, occorre: se, infatti, da un lato, il divieto riguarda «l'immissione sul mercato, la messa in servizio per tale finalità specifica o l'uso di sistemi di IA per inferire le emozioni di una persona fisica», esso, dall’altro lato, risulta strettamente circoscritto alle ipotesi in cui tale medesimo utilizzo avvenga «nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione» (e, peraltro, «tranne laddove l'uso del sistema di IA sia destinato a essere messo in funzione o immesso sul mercato per motivi medici o di sicurezza»).

## 6. Il divieto di pratiche commerciali scorrette.

Resta infine da esaminare la sussumibilità delle pratiche in parola entro il divieto che, probabilmente e a buona ragione, “aleggia” intuitivamente nel sottotesto sin dalle prime battute: il divieto di pratiche commerciali scorrette.

Volendo aderire alla tesi secondo la quale la fattispecie delineata dall’art. 20, co. 2, cod. cons., costituisce «norma generale di chiusura», operante in via sussidiaria là dove il fatto non sia prima inquadrabile entro i confini di una pratica ingannevole *ex artt.* 21-22, cod. cons., o aggressiva *ex artt.* 24-25, cod. cons.,<sup>46</sup> si cercherà, in prima battuta, di testare la qualificabilità delle ipotesi in esame alla stregua di “pratiche commerciali aggressive”<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Cfr., G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 117; M. RABITTI, *Sub art. 20 cod. cons.*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Torino, 2009, 146 s.

<sup>47</sup> Per un commento sulle pratiche commerciali aggressive, cfr., tra gli altri: L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *op. cit.*, 215 ss.; S. ORLANDO, *Pratiche*, cit., 59 ss.

Come in dottrina rilevato,<sup>48</sup> due sono gli elementi costitutivi di cui alla fattispecie definita dall'art. 24, cod. cons.: il primo, di carattere “strutturale”, richiede che gli atti posti in essere dal professionista nei confronti del consumatore siano alternativamente qualificabili alla stregua di «molestie», «coercizione» o «indebito condizionamento»; il secondo, di carattere “funzionale”, è invece rappresentato dalla idoneità della pratica a limitare la libertà di scelta del consumatore nel senso di indurlo o di poterlo potenzialmente indurre ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Ebbene, tenendo ferma la necessità di una valutazione caso per caso, si ritengono invocabili validi argomenti a sostegno della sussistenza, nelle pratiche qui in esame, di entrambi tali elementi.

Per quanto riguarda il primo requisito, quello c.d. “strutturale”, se è vero che difficilmente si potrà ritenere configurabile una «coercizione» (in qualche modo accostabile alla violenza di cui agli artt. 1434 ss. c.c.)<sup>49</sup>, non pare invece affatto peregrina l'opinione di chi sostiene il ricorrere, nelle ipotesi di cui si è detto, di una «molestia» o di un «indebito condizionamento».<sup>50</sup>

Circa la molestia: rilevata, da un lato, la mancanza di una definizione normativa e, dall'altro lato, la necessaria autonomia della nozione nel contesto consumeristico (e, dunque, la non possibilità di riferirsi, nell'interpretazione della stessa, ad altri settori dell'ordinamento – si pensi alla molestia di cui all'art. 1170 c.c.)<sup>51</sup>, al fine di individuarne il significato, si è ritenuto di poter fare riferimento, tra gli altri indicatori, alle condotte tipizzate dall'art. 26, lett. b) e c), cod. cons.,<sup>52</sup> condotte entrambe accomunate da una certa “invasione” da parte del professionista della sfera privata del consumatore.<sup>53</sup> In particolare, significativa ai presenti fini è la fattispecie di cui all'art. 26, lett. c), cod. cons., ove si fa riferimento a «ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza»: come, infatti, osservato anche in dottrina, se una simile sollecitazione per telefono o posta elettronica può assurgere a molestia, allora certo è possibile argomentare che «*sending advertising to devices that directly surround the consumer in her private sphere could, under circumstances, be considered harassing as well*»<sup>54</sup>. Ancor più rilevante è il requisito dell'«indebito condizionamento», questo sì invece puntualmente definito dal legislatore, e integrato, ai sensi dell'art. 18, lett. l), cod. cons., dallo «sfruttamento di una posizione di potere

<sup>48</sup> Cfr. L. DI NELLA, *op. cit.*, 230.

<sup>49</sup> L. DI NELLA, *op. ult. cit.*, 239. Per un'opinione parzialmente contraria, cfr. A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Milano, 2007, 251.

<sup>50</sup> Vedasi N. HELBERGER, *Profiling and targeting consumers in the Internet of Things - A new challenge for consumer law*, in *Digital Revolution: challenges for contract law in practice*, a cura di R. Schulze, D. Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2016, 156 s. e G. MALGIERI, *op. cit.*, 364.

<sup>51</sup> Vedasi L. LA ROCCA, *Sub art. 24 cod. cons.*, in V. CUFFARO (a cura di), *op. cit.*, 203, ove si fa richiamo a G. DALLE VEDOVE, «*Le pratiche commerciali aggressive*», in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Padova, 2008, 123.

<sup>52</sup> Cfr. L. LA ROCCA, *op. cit.*, 182.

<sup>53</sup> In questo senso, N. HELBERGER, *op. cit.*, 156.

<sup>54</sup> N. HELBERGER, *op. loc. ult. cit.*

rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole». Decisamente calzanti, rispetto ai presenti discorsi, le osservazioni di un autore, il quale, dopo aver spiegato che l'indebito condizionamento va dunque identificato con una «posizione di supremazia [...] del professionista che dipende dalle circostanze concrete, dalle asimmetrie informative a suo vantaggio», rileva come l'approfittamento di tale posizione, nelle ipotesi in esame, «gioca sul piano dei sentimenti, delle emozioni, delle caratteristiche cognitive, del livello culturale e persino delle paure del cliente»<sup>55</sup>. A rafforzare il convincimento relativo alla sussumibilità delle pratiche *de quibus* entro l'ambito di applicabilità della fattispecie in parola è altresì invocabile la previsione di cui all'art. 25, lett. a), cod. cons., la quale, indicando una serie di criteri di ausilio a determinare se, nel caso concreto, una pratica commerciale comporti molestia, coercizione o indebito condizionamento, richiede che vengano presi in considerazione i tempi, il luogo, la natura e la persistenza della pratica stessa. Per quanto riguarda i tempi e il luogo (e, dunque, circa anche la persistenza), proprio in quanto “*digital*”, ovvero proprio in quanto svolte per il tramite della rete, le pratiche in discussione non conoscono tempi e luoghi specifici o “destinati”, tempi e luoghi, cioè, in cui il consumatore sia “all’erta” in quanto ha egli deciso di entrare in una negoziazione, poiché, tutt’al contrario, quest’ultimo in *ogni momento* ed in *ogni luogo* può essere “sorpreso”<sup>56</sup> da un’offerta commerciale modellata ad arte - ecco venire in rilievo anche il criterio della «natura» – sulle sue specifiche vulnerabilità cognitive ed emotive: costantemente osservato e analizzato, il consumatore digitale, nell’ineludibile ubiquità e pervasività della rete, è *sempre* raggiungibile<sup>57</sup> da una proposta per egli appositamente costruita sulla base di quelle stesse, altrettanto pervasive, osservazioni e analisi.

Circa il secondo requisito, l’elemento c.d. “funzionale” della fattispecie di cui all’art. 24 cod. cons., ovvero l’idoneità (quindi, anche in via solo *potenziale*) a limitare la libertà di scelta del consumatore e, pertanto, l’idoneità ad indurlo ad assumere una decisione che non avrebbe preso se la pratica

<sup>55</sup> Così L. DI NELLA, *op. cit.*, 245. Si veda anche N. HELBERGER, *op. cit.*, 157, secondo la quale «*undue influence [...] can include situations in which the trader has the power to persuade the consumer [...] because the trader has at his disposal psychological tools to sway the consumer into the making of a transaction*».

<sup>56</sup> Il c.d. “effetto sorpresa” è precisamente l’elemento sul quale trova principale giustificazione la speciale disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali: cfr. i considerando 21 e 37 della Direttiva UE n. 2011/83 sui diritti dei consumatori. V. anche E. BATTELLI, *L’attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 927: «la *ratio* dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, tradizionalmente, è individuata nella necessità della tutela del consumatore nella impreparazione dovuta allo stato di “sorpresa” in cui quest’ultimo viene a trovarsi di fronte all’iniziativa assunta dall’operatore commerciale, nonché nella conseguente impossibilità di verificare e confrontare la qualità della merce e la congruità del prezzo. Sono queste le argomentazioni che hanno indotto la dottrina a definire con efficacia queste modalità di contrattazione con l’espressione “vendite aggressive”».

<sup>57</sup> «*In an age of constant ‘screen time’, in which consumers carry or even wear devices that connect them to one or more companies, an offer is always an algorithm away*»; così R. CALO, *op. cit.*, 1004.

non fosse stata impiegata, sufficiente sarà richiamare quanto già illustrato nelle pagine di apertura. Se è vero, come osservato, che il disvelamento delle distorsioni cognitive e delle individuali vulnerabilità emotive costituisce scopo precipuo del *neuromarketing* e dell'utilizzo dell'IA per finalità di potenziata persuasività delle tecniche pubblicitarie; se è vero che lo sfruttamento di tale acquisita conoscenza da parte dell'impresa che a tali tecniche fa ricorso è specificamente tesa, sugli assunti teorici della c.d. economia comportamentale, a *bypassare*, aggirare ed eludere la razionale capacità di autodeterminazione del soggetto destinatario della medesima comunicazione pubblicitaria, per sospingerne e incanalarne la scelta commerciale (o, come da altri più ottimisticamente suggerito, per “gentilmente spingerlo”<sup>58</sup>) in una certa direzione; se tutto ciò è, in estrema sintesi, il *neuromarketing*, e se questo è il contesto a valle del quale la decisione del consumatore viene presa, diventa forse retorico interrogarsi in merito alla potenziale idoneità di tali pratiche ad indurre il consumatore profilato ad assumere una decisione che, senza quelle, non avrebbe preso.

Alla ricostruzione di cui sopra, che conclude quindi per la sussumibilità delle pratiche in esame entro il divieto di pratiche commerciali aggressive, sono tuttavia state mosse due obiezioni.<sup>59</sup>

La prima muove dal testo dell'art. 9, lett. c), Direttiva CE n. 2005/29, c.d. «direttiva sulle pratiche commerciali sleali» (trasposto nel domestico art. 25, lett. c), cod. cons.), il quale – *nella versione inglese* - prevede che, al fine di determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione o indebito condizionamento, l'interprete sia chiamato a prendere in considerazione, tra gli altri elementi, «*the exploitation by the trader of any specific misfortune or circumstance of such gravity as to impair the consumer's judgement, of which the trader is aware*». Nelle ipotesi di manipolazione algoritmica, si argomenta, il professionista potrebbe invero non essere “*aware*”, “consapevole”, di tale sfruttamento, compiuto in via automatizzata dall'IA.<sup>60</sup> A tale obiezione, cionondimeno, si ritiene di poter agilmente replicare: anche a non volere considerare il fatto che – curiosamente – tale requisito della consapevolezza del professionista è del tutto mancante tanto nella versione italiana della direttiva quanto nel testo dell'art. 25, lett. c), cod. cons., a ben vedere e in ogni caso risulta evidente dal mero piano letterale della disposizione che quello di cui al richiamato art. 9, lett. c), Direttiva CE n. 2005/29, altro non è che uno degli indici alla luce dei quali va svolta la valutazione circa l'aggressività della pratica, non un requisito strutturale della fattispecie che debba indefettibilmente sussistere.

La seconda critica, meno oziosa, riguarda invece la definizione di “indebito condizionamento” di cui all'art. 2, lett. j), Direttiva CE n. 2005/29 (trasposto nel già sopra richiamato art. 18, lett. l), cod. cons.), che, come ricordato, consiste nello «sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione» che ne limiti la capacità di prendere una decisione consapevole. Ebbene, benché tale “*pressione*” possa per espressa previsione della medesima norma anche non comportare «il ricorso

<sup>58</sup> Il riferimento, non privo di malcelata ironia, è a R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*

<sup>59</sup> Cfr. P. HACKER, *op. cit.*, 10.

<sup>60</sup> P. HACKER, *op. loc. ult. cit.*

alla forza fisica», è difficile immaginare, si sostiene, che di “pressione” in senso proprio si possa parlare in ipotesi, quali quelle in esame, che programmaticamente operano per vie subliminali, senza che il consumatore possa alcunché percepire.<sup>61</sup> Da tale rilievo discenderebbe pertanto la non configurabilità di un “indebito condizionamento”: di conseguenza, la qualificabilità delle pratiche in esame come pratiche aggressive resterebbe esclusivamente ancorata alla (per vero, più debole e meno convincente) possibilità di sussumere le medesime entro il requisito della “molestia”.

Seppure, come già argomentato sopra, non si ritenga tale ultima operazione ermeneutica eccessivamente ardita, vale comunque la pena, alla luce delle riportate obiezioni, di abbandonare la (accidentata) strada delle pratiche aggressive, per voltare invece lo sguardo alla “fattispecie generale”, sussidiaria, di cui all’art. 20, co. 2., cod. cons.: invero, la strada appare in questo caso di decisamente più agevole percorribilità.

Una pratica commerciale è scorretta, e in quanto tale vietata (art. 20, co. 1, cod. cons.), se, ai sensi della richiamata disposizione, *i*) è contraria alla diligenza professionale e *ii*) è falsa<sup>62</sup> o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore.<sup>63</sup>

Ebbene, se in merito al secondo requisito pare ampiamente sufficiente fare richiamo a quanto poco sopra già sostenuto circa il c.d. “elemento funzionale” della esaminata fattispecie di cui all’art. 24, cod. cons., anche rispetto al primo requisito, relativo alla contrarietà della pratica commerciale alla diligenza professionale, l’argomentazione appare piuttosto agile.

Definita quest’ultima dallo stesso codice del consumo come «il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista» (cfr. art. 18, lett. h), cod. cons.)<sup>64</sup>, appare infatti evidente la contrarie-

<sup>61</sup> «*This entails, in my view, that deception cannot suffice, but that influence must be exerted in a way consciously perceived by the consumer – one cannot be pressured without noticing it*» (*ibidem*). Alla stessa posizione sembra aderire anche R. MONTINARO, *op. cit.*, 381.

<sup>62</sup> Non può, peraltro, non rilevarsi il grossolano errore commesso sul piano lessicale dal legislatore nostrano, che, all’evidenza, invece che prevedere la scorrettezza della pratica quando la medesima «è falsa», meglio avrebbe dovuto sancire la sua scorrettezza quando essa «falsa [...] il comportamento economico del consumatore».

<sup>63</sup> Più precisamente, del «consumatore medio», che, come vorrebbe chiarificare il considerando n. 18, Direttiva CE n. 2005/29, «è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici». Su tale nozione, v., tra gli altri, M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016.

<sup>64</sup> Senz’altro condivisibili, sul punto, le considerazioni di S. ORLANDO, *Pratiche*, cit., 90 s., secondo il quale autore: «in conseguenza dell’intervento chiarificatore del legislatore nazionale, che ha introdotto la formula della “correttezza” preferendola a quella delle “pratiche di mercato oneste”, debba affermarsi che per comprendere il concetto della contrarietà alla diligenza professionale bisogna essenzialmente riferirsi al “principio generale della buona fede” [...] il quale ha propriamente una valenza di criterio ermeneutico oggettivo. La formula definitoria della diligenza professionale, ed in particolare il riferimento al “settore di attività del professionista”, può così interpretarsi ponendo riferimento al consueto canone ermeneutico che vuole che il principio della buona fede sia contestualizzato [...]. Ciò sta a significare che il principio della buona fede andrà applicato tenendo conto non soltanto della natura della pratica commerciale di volta in volta in esame, e delle caratteristiche del prodotto che costituisce l’oggetto dell’attività settoriale del professionista, ma anche del *target*

tà alla “diligenza professionale” delle pratiche in esame tanto nella “macroscopica” ipotesi di un’intenzionale programmazione del sistema di IA finalizzata alla identificazione e allo sfruttamento delle vulnerabilità del consumatore, quanto nel caso di una “autonoma iniziativa” da parte della macchina, in mancanza di un’adeguata vigilanza da parte del professionista a che gli strumenti intelligenti da egli stesso impiegati non violino appunto quei medesimi parametri di correttezza e buona fede i quali, come chiarifica il richiamato art. 18, lett. h), cod. cons., devono passare per lo spettro valutativo di ciò che il consumatore può ragionevolmente attendersi; poiché è evidente: questi ben può ragionevolmente attendersi che non sia utilizzata “contro di lui” da parte del professionista – per il tramite degli strumenti di cui si serve – una conoscenza relativa alle sue stesse vulnerabilità, intenzionale o meno che sia una simile pratica.<sup>65</sup>

E tuttavia, pure potendosi allora ammettere la sussumibilità delle pratiche di *neuromarketing* di cui si è detto entro l’ambito di operatività del divieto di pratiche commerciali scorrette, residua cionondimeno un’affatto secondaria questione problematica, attinente alla già evidenziata opacità dei sistemi algoritmici per il tramite dei quali queste vengono svolte. Invero, ci si domanda disillusamente, che utilità può avere un divieto se le pratiche che ne costituiscono oggetto non riescono poi ad essere disvelate e, quindi, dimostrate a causa della ineludibile, intrinseca opacità dei meccanismi di funzionamento degli strumenti tecnologici che tali medesime pratiche rendono possibili? Che utilità può avere il divieto di sfruttamento delle algoritmicamente disvelate vulnerabilità della persona, se tale sfruttamento non può in definitiva esser provato precisamente a causa della sua algoritmica inspiegabilità? Il “vero” nodo problematico della vicenda, insomma, risiede lì.

---

o dei *targets* di consumatori ai quali il prodotto è rivolto e che sono interessati dalla pratica commerciale, in quanto il *target* caratterizza essenzialmente il settore di attività del professionista, e caratterizza essenzialmente anche la pratica commerciale, permettendo di coglierne la qualità essenzialmente rilevante ai fini della nuova disciplina, e cioè la sua capacità di influenza virtuale».

<sup>65</sup> Incisivamente, sostiene peraltro S. ORLANDO, *The Use*, cit., 41, «*it seems correct to state that acting in a manner contrary to the requirements of professional diligence, in the sense of the grand clause, essentially means acting in a way that allows the trader to take advantage of certain average consumer’s conditions of vulnerability associated with the consumer’s decision-making process. In essence, it is forbidden to influence consumers’ transactional decisions in such a way as to take advantage of certain average consumer’s conditions of vulnerability. Whenever the trader puts in place commercial practices that present this feature he is said to ‘distort’ (as opposite to ‘influence’) the consumers’ economic behaviour, and, in brief, to act unfairly*» (enfasi nel testo).

## PERSONE CON DISABILITÀ, CAPACITÀ, DIRITTI FONDAMENTALI

Di Valerio D'Alessandro

| 559

**SOMMARIO:** 1. *La Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità.* - 2. *L'art. 12 della Convenzione e il riconoscimento della «legal capacity».* - 3. *Il diritto al «sostegno» nell'assunzione delle decisioni.* - 4. *La Ley 8/2021 e la disciplina delle «misure di sostegno alle persone con disabilità per l'esercizio della propria capacità giuridica» nell'ordinamento spagnolo* - 5. *Il ruolo del diritto privato nell'adeguamento alla Convenzione.*

**ABSTRACT.** *Il contributo esamina il ruolo del diritto civile nell'adeguamento all'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità (CRPD), che riconosce la "legal capacity" delle persone con disabilità e promuove il diritto al sostegno nell'assunzione delle decisioni. Analizzata la portata della Convenzione, che è stata ratificata dall'Italia nel 2009, lo studio si concentra sulla coerenza del diritto civile italiano con le disposizioni in essa contenute. A questi fini, l'indagine si estende a una disamina delle novità introdotte in Spagna dalla legge 8/2021, che ha segnato un cambiamento radicale nella disciplina delle misure di sostegno alle persone con disabilità.*

*The article examines the role of civil law in aligning with Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), which recognizes the legal capacity of persons with disabilities and promotes the right to support in decision-making. After analyzing the scope of the Convention, which was ratified by Italy in 2009, the study focuses on the coherence of Italian civil law with its provisions. To this end, the investigation extends to an examination of the innovations introduced in Spain by Law 8/2021, which marked a radical change in the regulation of support measures for persons with disabilities.*

## 1. La Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità.

Secondo il *World Report on Disability* pubblicato nel 2011 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), «*more than one billion people in the world live with some form of disability*»<sup>1</sup>.

In termini percentuali, la cifra si traduce in più del 15% della popolazione mondiale<sup>2</sup>. È allora peculiare che, eccettuato un limitato accenno ai diritti dei «fanciulli mentalmente o fisicamente disabili» («*mentally or physically disabled child*»), contenuto nell'art. 23 della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia<sup>3</sup>, sino alla Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità (di seguito anche CDPD o la Convenzione), approvata a New York il 13 dicembre 2006, nessuna fonte sovranazionale vincolante si fosse occupata specificamente dei diritti delle persone con disabilità<sup>4</sup>.

Ratificata dall'Italia il 3 marzo 2009<sup>5</sup>, la Convenzione riveste un'importanza cruciale dal punto di vista storico<sup>6</sup>, promuovendo un'autentica rivoluzione nella percezione collettiva della disabilità.

<sup>1</sup> Il testo integrale del *Report* è disponibile al seguente link: <https://www.who.int/teams/noncommunicable-diseases/sensory-functions-disability-and-rehabilitation/world-report-on-disability>. Nella prefazione si legge: «*More than one billion people in the world live with some form of disability, of whom nearly 200 million experience considerable difficulties in functioning. In the years ahead, disability will be an even greater concern because its prevalence is on the rise. This is due to ageing populations and the higher risk of disability in older people as well as the global increase in chronic health conditions such as diabetes, cardiovascular disease, cancer and mental health disorders*».

<sup>2</sup> Il dato è riportato anche nel *Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities* del 2016, reperibile al seguente collegamento: <https://www.refworld.org/reference/themreport/unhrc/2016/en/108996>, 9. Secondo il più recente *Global Survey on Persons with Disabilities and Disasters* dell'Ufficio delle Nazioni Unite per la Riduzione del Rischio di Disastri, consultabile al link: <https://www.undrr.org/report/2023-gobal-survey-report-on-persons-with-disabilities-and-disasters>, la cifra avrebbe raggiunto il 16% della popolazione mondiale.

<sup>3</sup> La Convenzione in parola è stata approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (ONU) il 20 novembre 1989 ed è stata ratificata dall'Italia con l. n. 176/1991.

<sup>4</sup> In precedenza sul tema si rinvengono solo dichiarazioni delle Nazioni Unite: *Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons* del 1971, *Declaration on the Rights of Disabled Persons* del 1975. Risale al 1991 l'adozione da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite dei *Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care* e al 1993 l'approvazione delle *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities*, tutti strumenti non vincolanti, sebbene indici di una crescente attenzione dell'ONU sulla tematica dei diritti delle persone con disabilità.

<sup>5</sup> L'Italia ha sottoscritto la Convenzione il 30 marzo 2007; la ratifica è avvenuta mediante la l. n. 18/2009, che è entrata in vigore il 15 marzo 2009.

<sup>6</sup> Anche in quanto rappresenta la prima convenzione sui diritti umani sottoscritta e ratificata anche dall'Unione Europea, con Decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009, pubblicata il 21 gennaio del 2010. In proposito, si veda il comunicato del 5 gennaio 2011, reperibile al sito [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_11\\_4](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_11_4): «*Following formal ratification, it is the first time in history the EU has become a party to an international human rights treaty – the United Nation's (UN) Convention on the Rights of People with Disabilities. The Convention aims to ensure that people with disabilities can enjoy their rights on an equal basis with all other citizens. It is the first comprehensive hu-*

Abbandonata una prospettiva prettamente medico-individuale del fenomeno, è stato accolto un modello sociale della disabilità<sup>7</sup> fondato sul riconoscimento di diritti umani, che ambisce ad assicurare piena inclusione ed eguaglianza delle persone<sup>8</sup> e a riconoscere la disabilità «come parte della diversità umana e dell'umanità stessa» (art. 3, lett. d, CDPD).

L'art. 1 fissa lo scopo della disciplina, che è quello di promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e di promuovere il rispetto per la loro intrinseca dignità.

La disposizione, poi, si sofferma sulla nozione di «persone con disabilità» e chiarisce che con tale locuzione si intende fare riferimento a tutti coloro che presentano «durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri».

In questo brano può apprezzarsi ciò che è stato definito come il *paradigm shift*<sup>9</sup> della Convenzione, ossia la formale adozione di un preciso mutamento

---

*man rights treaty to be ratified by the EU as a whole. It has also been signed by all 27 EU Member States and ratified by 16 of these. The EU becomes the 97th party to this treaty».* Alla data odierna, tutti i paesi membri dell'Unione Europea hanno ratificato la Convenzione.

<sup>7</sup> Significativamente, nel Preambolo alla Convenzione si legge che «la disabilità è un concetto in evoluzione», rappresentando «il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri» (così alla lett. e). Che, sin dal Preambolo, la Convenzione renda manifesto come la disabilità debba intendersi secondo i precetti del modello sociale è sottolineato, tra gli altri, da R. KAYESS, P. FRENCH, *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Human Rights Law Review*, 2008, vol. 8, n. 1, 24.

<sup>8</sup> M.E. TORRES COSTAS, *La convención de Nueva York y los principios que la inspiran*, in *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, dir. da E. Llamas Pombo, N. Martínez Rodríguez, E. Toral Lara, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2022, 34. È questo un traguardo raggiunto dai movimenti per i diritti delle persone con disabilità e dalle ricerche multidisciplinari che, sotto il nome di *Disability Studies*, sin dagli anni '70 hanno contribuito a offrire una diversa visione della disabilità. Per un approfondimento sul punto, cfr. S. LINTON, *Disability Studies/Not Disability Studies*, in *Disability & Society*, 1998, vol. 13, n. 4, 525 ss.; M. OLIVER, *Politics of Disablement*, London, 1990, *passim*, spec. 78 ss.; ID., *The social model of disability: thirty years on*, in *Disability & Society*, 2013, vol. 28, n. 7, 1024 ss.; A.S. KANTER, *The Law: What's Disability Studies Got to Do With It or An Introduction To Disability Legal Studies*, in *Col. Human Rights Law Review*, 2011, vol. 42, n. 2, 403 ss.; E. CELIK, *The role of CRDP in rethinking the subject of human rights*, in *The International Journal of Human Rights*, 2017, vol. 21, n. 7, 933 ss.

<sup>9</sup> L'espressione è impiegata da Yannis Vardakastanis già nel Comunicato stampa delle Nazioni Unite del 30 marzo 2007, reperibile al link: <https://news.un.org/en/story/2007/03/214232>. Sul punto, v. M.A. STEIN & P.J.S. STEIN, *Beyond Disability Civil Rights*, in *Hastings Law Journal*, 2007, vol. 58, 1203 ss., spec. 1212; V. BONGIOVANNI, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, in *Fam. e dir.*, 2011, 310 ss.

. Discorre di un autentico “paradigm shift” anche l'*Issue Paper* pubblicato dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa nel 2012, *Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities*, consultabile al link

di prospettiva che scorge l'origine della 'disabilità' non già soltanto in una carenza dell'individuo o in un fatto organico, ma nelle barriere che si frappongono tra quest'ultimo e la collettività, e cioè in tutti gli ostacoli, anche socio-culturali, che impediscono una piena ed effettiva partecipazione della persona nella società<sup>10</sup>.

Dal canto suo, l'art. 3, che è dedicato ai «Principi generali» della Convenzione, vi include: il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale e l'indipendenza delle persone; la non discriminazione; la piena ed effettiva partecipazione e inclusione nella società; il rispetto per la differenza e l'accettazione delle persone con disabilità; la parità di opportunità; l'accessibilità; la parità tra uomini e donne; il rispetto dello sviluppo delle capacità dei minori con disabilità e il rispetto del diritto dei minori con disabilità a preservare la propria identità.

Scopo della presente indagine è analizzare lo stato di coerenza del diritto civile italiano alle disposizioni contenute nella Convenzione – che, nel nostro ordinamento, non assume soltanto un criterio di guida, indicativo o tendenziale, ma è legge dello Stato – al fine di stabilire se alcune delle dichiarazioni in essa contenute siano rimaste inesprese o inattuato e se sia pertanto necessario un ripensamento di taluni istituti sì da garantire una piena osservanza dei diritti riconosciuti alle persone con disabilità<sup>11</sup>.

A tali fini, lo studio si gioverà anche del confronto con la recente riforma spagnola in materia di *discapacidad* (*Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*), adottata allo scopo di adeguare l'ordinamento nazionale alla Convenzione<sup>12</sup>. Entrata in vigore il

<https://rm.coe.int/who-gets-to-decide-right-to-legal-capacity-for-persons-with-intellectu/16807bb0f9>, 17.

<sup>10</sup> Cfr. R. KAYESS, P. FRENCH, *op. cit.*, 24; A.S. KANTER, *op. cit.*, 410, che, nel descrivere il mutamento di paradigma a cui hanno contribuito i *Disability Studies*, chiarisce che lo scopo di questa prospettiva è quello di “adeguare” i sistemi, in modo che possano essere accessibili alle persone con disabilità, in contrasto con il tradizionale paradigma, attento ad “adeguare” l'individuo in modo che sia quest'ultimo a poter meglio adattarsi al sistema; K. BOOTH GLEN, *Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship, and Beyond*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2012, vol. 44, n. 1, 93 ss., spec. 98 ss. Nella dottrina spagnola, sui modelli esplicativi della disabilità, v. N. ÁLVAREZ LATA, J. ANTONIO SEOANE, *El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, in *Derecho Privado y Constitución*, 2010, 11 ss., spec. 14 ss. Sul punto, cfr. anche A. RICCARDI, *La “ridefinizione” del concetto di persona disabile nell'ordinamento sovranazionale*, in *La persona tra tutela, valorizzazione e promozione. Linee tematiche per una soggettività globalizzata*, a cura di R. Pagano, Bari, 2019, 297 ss.

<sup>11</sup> Ciò in osservanza degli obblighi generali sanciti dall'art. 4 della Convenzione e, in particolare, dalla lett. b, secondo cui gli Stati Parti si impegnano: «ad adottare tutte le misure, incluse quelle legislative, idonee a modificare o ad abrogare qualsiasi legge, regolamento, consuetudine e pratica vigente che costituisca una discriminazione nei confronti di persone con disabilità».

<sup>12</sup> Avverte P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 133: «non si può dire che talune norme, ad esempio leggi interne d'attuazione di trattati internazionali o d'impegni di carattere universale, non possano essere interpretate anche alla luce di quegli'impegni e delle leggi che li hanno attuati in altre comunità. Anche la comparazione giuridica aiuta nell'interpretazione delle norme; come la tutela della persona-

3 settembre 2021, la legge ha rappresentato il più ampio e radicale cambiamento in materia di diritto privato occorso nella vita democratica del Paese<sup>13</sup>.

## 2. L'art. 12 della Convenzione e il riconoscimento della «*legal capacity*»

La pietra angolare del mutamento di paradigma in materia di diritti delle persone con disabilità è fissata nell'art. 12 della Convenzione (rubricato «Uguale riconoscimento dinanzi alla legge»)<sup>14</sup>, che nella traduzione italiana recita: «1. Gli Stati Parti riconoscono che le persone con disabilità hanno il diritto al riconoscimento in ogni luogo della loro personalità giuridica. 2. Gli Stati Parti riconoscono che le persone con disabilità godono della capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita. 3. Gli Stati Parti adottano misure adeguate per consentire l'accesso da parte delle persone con disabilità al sostegno di cui dovessero necessitare per esercitare la propria capacità giuridica. 4. Gli Stati Parti assicurano che tutte

lità trova il suo fondamento esclusivamente nella norma giuridica vivente, così la tutela giuridica della personalità non può non essere condizionata anche da una prospettiva socio-comparatistica».

<sup>13</sup> V. *amplius* al par. 4. È bene avvertire che a essere stato modificato dalla *Ley 8/2021* non è soltanto il *Código civil*, ma anche la *Ley Hipotecaria*, la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, la *Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, la *Ley del Registro Civil*, la *Ley de Jurisdicción Voluntaria* e il *Código de Comercio*. È lo stesso *Preámbulo* (III) della *Ley 8/2021*, però, a osservare che la riforma del codice civile «è la più ampia e di più ampio respiro, perché pone le basi del nuovo ordinamento basato sul rispetto delle volontà e delle preferenze della persona con disabilità». Avverte della necessità che siano modificati anche altri plessi normativi a seguito dell'entrata in vigore della legge, M.P. GARCÍA RUBIO, *La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles*, in *El nuevo Derecho de las capacidades*, cit., 51; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *El ejercicio de la capacidad jurídica, Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 25; la profondità del cambiamento ha indotto molti studiosi a teorizzare la fondazione di un vero e proprio *Derecho de la Discapacidad*: così L.C. PÉREZ BUENO, G. ÁLVAREZ RAMÍREZ, «*Sustrato social*», in *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, diretto da R. De Lorenzo García e L.C. Pérez Bueno, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, 102; A. PAÑOS PÉREZ, *Nuevo paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica: apoyo voluntarios a las personas con discapacidad*, Madrid, Dykinson, 2022, 15, ma anche 26. Mette conto di segnalare che, a partire dal 17 febbraio 2024, è entrata in vigore la nuova formulazione dell'art. 49 della Costituzione spagnola, che ora recita «1. Le persone con disabilità esercitano i diritti previsti dal presente Titolo in condizioni di reale ed effettiva libertà e uguaglianza. Le tutele speciali necessarie per tale esercizio saranno regolate dalla legge. 2. I poteri pubblici promuoveranno politiche che garantiscano la piena autonomia personale e l'inclusione sociale delle persone con disabilità, in ambienti universalmente accessibili. Allo stesso modo, incoraggeranno la partecipazione delle loro organizzazioni, nei termini stabiliti dalla legge. Verranno affrontate in particolare le esigenze specifiche delle donne e dei minori con disabilità».

<sup>14</sup> La disposizione è considerata l'«*eje central*» della Convenzione da E. TORRES COSTAS, *La convención*, cit., 28; identifica nell'art. 12 il «cuore pulsante della Convenzione dei diritti delle persone con disabilità» V. BARBA, *Personas con discapacidad e capacidad. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 424.

le misure relative all'esercizio della capacità giuridica forniscano adeguate ed efficaci garanzie per prevenire abusi in conformità alle norme internazionali sui diritti umani. Tali garanzie devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario. Queste garanzie devono essere proporzionate al grado in cui le suddette misure incidono sui diritti e sugli interessi delle persone. 5. Sulla base di quanto disposto nel presente articolo, gli Stati Parti adottano tutte le misure adeguate ed efficaci per garantire l'uguale diritto delle persone con disabilità alla proprietà o ad ereditarla, al controllo dei propri affari finanziari e ad avere pari accesso a prestiti bancari, mutui e altre forme di credito finanziario, e assicurano che le persone con disabilità non vengano arbitrariamente private della loro proprietà».

La scarsa considerazione riservata alla Convenzione dagli operatori del diritto in Italia potrebbe essere dipesa, in parte, dalla circostanza per cui il testo della disposizione, nella versione tradotta, discorre di godimento della «capacità giuridica» e dell'impegno ad assicurare un «sostegno» alle persone con disabilità che ne dovessero necessitare<sup>15</sup>.

E invero, se, come si insegna tradizionalmente, la capacità giuridica designa la posizione generale del soggetto in quanto destinatario di effetti giuridici e se, al contempo, può dirsi pacifico che in Italia, così come negli odierni ordinamenti civili, la semplice qualità umana sia «sufficiente a rendere il soggetto portatore potenziale di tutti gli interessi giuridici tutelati dal sistema, nonché titolare di un insieme di diritti e di garanzie che si collegano direttamente alla sua personalità»<sup>16</sup>, si fatica a scorgere nell'impegno al riconoscimento della «capacità giuridica» per le persone con disabilità il nucleo dell'effetto dirompente o della forza eversiva della Convenzione.

Nessuno avrebbe potuto seriamente dubitare che, prima della ratifica della CDPD, la capacità giuridica subisse restrizioni o limitazioni con riguardo alle persone con disabilità.

Il problema dell'esatto significato dell'art. 12 – o, meglio, il rischio che sia stato smarrito o male interpretato il carattere innovativo della disposizione; in altre parole, la probabilità che si sia verificato un caso di traduzione mancata<sup>17</sup> – non è di natura meramente terminologica e non può dirsi limita-

<sup>15</sup> Così V. BARBA, *op. ult. cit.*, 420, che osserva come «una prima e superficiale lettura della Convenzione potrebbe, infatti, far pensare che l'Italia poco o nulla avrebbe dovuto fare, dacché la introduzione nel nostro ordinamento giuridico dell'istituto dell'Amministrazione di sostegno, occorsa appena alcuni anni prima della sottoscrizione della Convenzione, era sufficiente per rendere il nostro ordinamento giuridico sostanzialmente adempiente rispetto agli obblighi che la Convenzione pone»; M.G. BERNARDINI, *Vulnerable Capacity. Notes on a Quiet Legal Revolution*, in *Int J Semiot Law*, 2023, 36, 1415 ss.

<sup>16</sup> A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 12.

<sup>17</sup> Che il problema dell'esatta comprensione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione sia stato complicato dalla necessità di tradurre il testo originale in altre lingue è messo in evidenza da E. FLYNN, *Law, language and personhood: disrupting definitions of legal capacity*, in *Griffith Law Review*, 2021, vol. 3, n. 3, 374 ss. Sul problema dei rapporti tra attività di

to all'ordinamento italiano<sup>18</sup>. Si pensi, a titolo d'esempio, al testo della Convenzione in lingua spagnola, in cui sono impiegate le espressioni di «*capacidad jurídica*» e di «*apoyo*»<sup>19</sup>.

A ben vedere, i fraintendimenti generati dalle differenti traduzioni del testo sono derivati, a loro volta, dall'opacità della voce impiegata nella versione in lingua inglese della disposizione, che menziona il riconoscimento della «*legal capacity*» delle persone con disabilità<sup>20</sup>.

Anche l'impiego di questa espressione ha dato luogo a numerose ambiguità ed esegesi<sup>21</sup>, tanto da suscitare nel 2014 – e, dunque, in un periodo successivo alla ratifica italiana – l'intervento del Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità<sup>22</sup> che, attraverso un Commento Generale all'art. 12 della Convenzione (*General Comment No. 1 – Article 12: Equal recognition before the law*), ha chiarito la portata teorica e applicativa del concetto di «*legal capacity*».

Nelle parole del Comitato, la «*legal capacity*», considerata come la chiave per l'accesso delle persone con disabilità a una partecipazione significa-

---

traduzione e modifica sostanziale della portata delle disposizioni contenute nella Convenzione, necessaria la lettura di A. DHANDA, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, in *Syracuse J. Int'l L & Com.*, 2006-2007, vol. 34, 429 ss., spec. 452 ss.

<sup>18</sup> Per una recente panoramica sull'attuazione dell'art. 12 della Convenzione nei diversi ordinamenti nazionali cfr. ora AA. VV., *Models of implementation of article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). Private and Criminal Law Aspects*, M. Domański, B. Lackoroński (editors), London, Routledge, 2024. Un'analisi dei rapporti tra la Convenzione e la giurisprudenza di diversi paesi è reperibile in AA. VV., *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts*, L. Waddington, A. Lawson (editors), Oxford, Oxford University Press, 2018.

<sup>19</sup> In Spagna, la Convenzione è stata ratificata il 23 novembre 2007 (con pubblicazione nel Boletín Oficial del Estado il 21 aprile 2008) ed è entrata in vigore il 3 maggio del 2008.

<sup>20</sup> Il testo ufficiale della Convenzione rappresenta il frutto di una lunga negoziazione (taluno discorre di un «*rotten compromise*»: J. MENKES, *Legal-international analysis of Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The impact of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the International Bill of Human Rights*, in AA. VV., *Models of implementation of article 12*, cit., 25) tra paesi con diverse tradizioni giuridiche, rappresentanti della società civile e organizzazioni a tutela dei diritti delle persone con disabilità; un'interessante sintesi della vivacità di vedute sul testo della Convenzione e, in particolare, sul contenuto dell'art. 12 è offerta da A. DHANDA, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention*, cit., 438 ss., spec. 457. Sui lavori preparatori, cfr. anche L. SERIES, A. NILSSON, *Article 12 CRPD: Equal Recognition before the Law*, in I. BANTEKAS, M.A. STEIN, D. ANASTASIOU (ed.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018, (accessibile al

link: [https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/48874/Bookshelf\\_NBK539188.pdf](https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/48874/Bookshelf_NBK539188.pdf)), 2 ss.; M.E. TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, 25 ss.

<sup>21</sup> Per una panoramica delle interpretazioni offerte su contenuto e ampiezza della «*legal capacity*», cfr. C. BHAILÍS, E. FLYNN, *Recognising legal capacity: commentary and analysis of Article 12 CRPD*, in *International Journal of Law in Context*, 2017, vol. 13, Special Issue 1, 6 ss.

<sup>22</sup> Organo istituito ai sensi dell'art. 34 della Convenzione, con le funzioni di cui agli artt. 35-39.

tiva nella società («*the key to accessing meaningful participation in society*»), comprende tanto la capacità di essere titolari di diritti e doveri («*legal standing*») quanto quella di compiere validamente atti giuridici («*legal agency*»)<sup>23</sup>.

Se questa è l'ampiezza della «*legal capacity*» cui fa riferimento l'art. 12, deve allora concludersi che la traduzione italiana, ricorrendo alla locuzione «capacità giuridica», appare inadeguata ed equivoca quando vuole assumere, come in realtà *deve* assumere, il compito di contribuire al raggiungimento della piena uguaglianza della persona con disabilità, nei suoi rapporti «con gli altri», «*in tutti gli aspetti della vita*» (art. 12.2 CDPD).

La conclusione per cui l'adozione dell'espressione «capacità giuridica», nella versione italiana dell'art. 12, abbia oscurato una piena comprensione (e, dunque, attuazione) della Convenzione, esprimendo erroneamente la sua portata, è del resto suffragata da una lettura del testo complessivo della disposizione e, in particolare, dal riconoscimento del necessario rispetto per la volontà e le preferenze della persona con disabilità (art. 12.4), nonché dall'impegno per gli Stati Parti «di adottare tutte le misure adeguate ed efficaci per garantire l'uguale diritto delle persone con disabilità alla proprietà o ad ereditarla, al controllo dei propri affari finanziari e ad avere pari accesso a prestiti bancari, mutui e altre forme di credito finanziario», assicurando che le persone con disabilità non vengano arbitrariamente private della loro proprietà (art. 12.5)<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Così il testo del *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law* del Committee on the Right of Persons with Disabilities, disponibile in inglese, al link: <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-1-article-12-equal-recognition-1>. La chiarificazione sulla nozione di *legal capacity* si rinviene nel punto 12 del documento («*Legal capacity includes the capacity to be both a holder of rights and an actor under the law. Legal capacity to be a holder of rights entitles the person to full protection of his or her rights by the legal system. Legal capacity to act under the law recognizes the person as an agent who can perform acts with legal effect*»). Al punto 13, invece, si specifica che, diversamente dalla *legal capacity*, la «*mental capacity*» si riferisce alle capacità decisionali della persona («*refers to the decision-making skills of a person*»), che variano da soggetto a soggetto e potrebbero differire per una data persona in dipendenza di una serie di fattori, compresi quelli ambientali e sociali. Ai sensi dell'art. 12 CDPD, le carenze nella «*mental capacity*», siano esse percepite o effettive, non devono essere utilizzate come giustificazione per negare la «*legal capacity*». Per un'analisi dottrinale sul *Comment No. 1*, cfr. A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, *The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law*, in *The International Journal of Human Rights*, 2016, vol. 20, n. 4, 471 ss.; L. SERIES, A. NILSSON, *op. cit.*, 11 ss.; M.E. TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12*, cit., 61.

<sup>24</sup> Del resto, è il Comitato sui Diritti delle Persone con Disabilità a rilevare, nel *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 12, che «*The right to recognition as a legal agent is provided for in article 12, paragraph 5, of the Convention, which outlines the duty of States*». In questa prospettiva, si veda anche, tra gli altri, l'art. 19 della Convenzione, ai sensi del quale gli Stati Parti riconoscono il diritto di tutte le persone con disabilità a vivere nella società, con la stessa libertà di scelta delle altre persone, e adottano misure efficaci ed adeguate al fine di facilitare il pieno godimento da parte delle persone con disabilità di tale diritto e la loro piena integrazione. Sul significato dell'impegno a far sì che non si venga arbitrariamente privati della proprietà, v. le riflessioni di P. RESCIGNO, *Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 787 ss., spec. 801.

Interpretata correttamente e osservata nella centralità che la caratterizza, la disciplina recata dall'art. 12 supera la tradizionale dicotomia tra capacità giuridica e (in)capacità di agire in ragione della compromissione mentale, intellettuale o sensoriale della persona, procedendo lungo una traiettoria rivoluzionaria che opera su un piano diverso e ben più ampio di quello in cui si colloca, nella teoria generale del diritto civile italiano, la "capacità giuridica"<sup>25</sup>.

A dover essere ripensato alla luce della Convenzione è l'intero approccio paternalistico alle persone con disabilità<sup>26</sup> e, anzitutto, il sistema degli istituti 'a tutela' della capacità di agire dell'individuo<sup>27</sup>, al fine di scongiurare il rischio che tali strumenti, formalizzando uno stato di diseguaglianza per le

<sup>25</sup> Cfr. il punto 12 del *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit. In letteratura: R.D. DINERSTEIN, *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making*, in *Human Rights Brief*, 2012, vol. 19, n. 2, 8 ss.; A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, *op. cit.*, 471 ss.; K. BOOTH GLEN, *Introducing a "New" Human Right: Learning From Others, Bringing Legal Capacity Home*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2018, vol. 49, n. 3, 4 ss. Significativamente, secondo V. BARBA, *op. cit.*, 422, si tratterebbe di ripensare integralmente la disciplina delle persone con disabilità, «con l'avvertenza che il discorso richiederebbe un necessario allargamento anche alla capacità del minore di età (...), nonché alla protezione delle persone vulnerabili, nella chiara convinzione che il concetto di vulnerabilità non deve essere unicamente relazionato con la vecchiaia» (ma v. anche 438). Malgrado anche la versione spagnola della Convenzione impieghi la voce «*capacidad jurídica*», M.P. GARCÍA RUBIO, *La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad*, in *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2017, LVIII, 151, rileva che la capacità contemplata dall'art. 12 non si identifica con la «*capacidad jurídica en el sentido que tradicionalmente se le ha dado en nuestro Derecho*»; ID., *La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*, in *Propostas de modernización do dereito*, diretto da M. García Goldar e J. Ammerman Yebra, Santiago de Compostela, 2017, 10; A. PAÑOS PÉREZ, *Nuevo paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica*, cit., 17. Di recente, sull'ampiezza del significato da attribuire alla *legal capacity* contemplata dalla Convenzione, M. DOMAŃSKI, B. LACKOROŃSKI, *Active legal capacity of natural persons and its intersectional relevance to the legal system*, in AA. VV., *Models of implementation of article 12*, cit., 8-9.

<sup>26</sup> Per una nozione di paternalismo, F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, 119 ss., e, ancor prima, H.L.A. HART, *Law Liberty and Morality*, London-Oxford, 1963, 31. Sul tema dei limiti paternalisti all'autonomia, cfr. R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 771 ss.

<sup>27</sup> Come avvertito da P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit., 139: «tutti nascono con la stessa titolarità e con le stesse situazioni soggettive. Il diritto dev'essere in grado di mantenere l'eguaglianza di partenza anche successivamente, senza intervenire con le tecniche della diversa capacità d'agire o teorizzando una diseguaglianza che si giustifica in base a principi diversi» ora in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2005, 15. Sul punto, si veda anche E. LÓPEZ BARBA, *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Madrid, Dykinson, 2020, 16. Secondo E. FLYNN, *Law, language and personhood*, cit., 376, la Convenzione avrebbe il potenziale di fondare una riforma degli ordinamenti nazionali che accolga un concetto olistico di personalità, che includa sia la capacità giuridica che quella di agire; M.G. BERNARDINI, *Vulnerable Capacity*, cit., 1426-1427.

persone con disabilità mentali, intellettive o sensoriali, rispondano a logiche non coincidenti con il rispetto della dignità<sup>28</sup> e della personalità del soggetto che ne è limitato<sup>29</sup>.

Si tratta, com'è evidente, dell'esito di un processo storico, sociologico e culturale dell'approccio alla soggettività giuridica e alla disabilità che, per un verso, è irriducibile alla sola trasformazione di cui la Convenzione sarebbe testimone e che, per altro verso, segna la necessità di un netto superamento degli istituti a tutela della capacità di agire che contemplano, tra i loro presupposti, l'infermità mentale o sensoriale della persona che ne è assoggettata, determinandone l'incapacità, nella consapevolezza che questi ultimi rispecchiano un clima non più attuale, interessato alla protezione del patrimonio della persona più che alla promozione e allo sviluppo della persona in quanto tale<sup>30</sup>.

Tra le tradizionali manifestazioni della soggettività giuridica (*i.e.* la capacità giuridica e quella di agire) la Convenzione esclude che un'infermità della persona possa essere connessa a una valutazione in merito all'inidoneità a curare i propri interessi, con una conseguente perdita totale o parziale della capacità di agire.

In un'ottica attenta al rispetto dei diritti umani, il formale riconoscimento della piena capacità delle persone con disabilità, che è fondamento e misura della loro dignità, diviene pure condizione dell'eguaglianza, dal momento che soltanto un'eguaglianza nella capacità, nel rispetto dei voleri e delle preferenze rappresenta un fattore decisivo per il superamento delle disparità.

Con l'entrata in vigore della Convenzione e a seguito dello sviluppo di una concezione socio-costruttiva della disabilità, il riconoscimento della *legal capacity* della persona con disabilità, nella sua accezione non limitata

<sup>28</sup> Dignità che, come ricorda S. RODOTÀ, *Antropologia dell'«homo dignus»*, in *Riv. cit. dir. priv.*, 2010, 547 ss., 560, nell'antropologia moderna della persona conduce all'autodeterminazione, qualificata dalla Corte costituzionale come diritto fondamentale della persona (ma v. anche, *amplius*, 558, nonché 560, ove si legge che «la dignità non è indeterminata, ma trova nella persona il luogo della sua determinazione, tuttavia non per custodire un'essenza, bensì per mettere ciascuno nella condizione di determinare liberamente il proprio progetto di vita»); E. CELIK, *op. cit.*, 938 ss.

<sup>29</sup> Ciò al fine di evitare che la persona finisca per essere «strumento di scopi e oggetto di decisioni altrui»: P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 46.

<sup>30</sup> Osserva P. RESCIGNO, *Riforma del diritto di famiglia e condizione dei minori*, in AA.VV., *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, ora in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 306, che occorre prendere atto «della rigorosa coerenza del sistema giuridico costruito dal capitalismo in tema di incapacità, al servizio degli interessi che intendeva tutelare. Oggi, nel comprensibile tentativo di superarne la logica dominata dalla concezione tutta “patrimoniale” della persona e delle sue attività, dovremmo riflettere meglio sulla compiutezza e organicità di quel disegno»; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli-Camerino, 1975, 162 ss.; ID., *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *Fam. e dir.*, 2009, 305 ss.; G. LISELLA, *Interdizione «giudiziale» e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Napoli, 1984, 49 ss.; AA. VV., *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. Cendon, Napoli, 1998; P. PERLINGIERI, *La personalità umana*, cit., 412 ss.; ID., *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 46 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., (da cui si cita), 329 ss., spec. 332-333; C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 25 ss.; E. CELIK, *op. cit.*, 946.

all'intendimento di 'capacità giuridica', è, insieme al sostegno che eventualmente venga richiesto dalla persona ai sensi dell'art. 12 CDPD, una questione prioritaria, che coinvolge l'osservanza e il rispetto dei diritti fondamentali; in una parola, la loro attuazione.

### 3. Il diritto al «sostegno» nell'assunzione delle decisioni

Se è vero che l'art. 12 CDPD riconosce alle persone con disabilità piena capacità e che, tra i principi generali, la Convenzione contempla il rispetto per la loro dignità intrinseca e l'autonomia individuale, un ulteriore nodo da sciogliere riguarda la perdurante legittimità degli istituti di diritto privato che, nel disciplinare le limitazioni alla capacità di agire del soggetto, da un lato, trovano presupposto e fondamento nell'infermità di mente o in qualunque compromissione mentale, intellettuale o sensoriale dell'individuo<sup>31</sup> che incida sull'idoneità di quest'ultimo a provvedere ai propri interessi e, dall'altro, sono tendenti a limitare, emarginare o escludere la persona da una partecipazione piena ed effettiva nella società anziché a promuoverne sviluppo e realizzazione, anche con riguardo alle situazioni giuridiche soggettive di natura personale e alle scelte esistenziali.

Il discorso sul riconoscimento della capacità di agire e quello sulla legittimità delle sue possibili limitazioni sono un tutt'uno<sup>32</sup> e, precisato che le persone con disabilità non possono essere private della prima, è necessario rivalutare natura, fondamenti ed estensioni delle seconde affinché, nell'attesa di una necessaria svolta legislativa, siano interpretate adeguatamente.

Muovendo dal nesso che lega dignità e libera costruzione della personalità, la Convenzione discorre del diritto della persona con disabilità a ricevere un «sostegno» per l'esercizio della propria capacità («*support*»), nel testo originale, «*apoyo*», nella versione spagnola).

<sup>31</sup> In altre parole, nella ricorrenza di una di quelle che M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 1, 71 ss., 80, descrive come "identità negative", generate dal dogma della volontà ed «escluse dal mercato sulla base di previsioni specifiche o in virtù del ricorso agli istituti di incapacitazione legale, i quali hanno altresì la funzione di garantire la permanenza dei patrimoni degli esclusi nell'area del traffico giuridico»; sono ipotesi di cui L. SERIES, A. NILSSON, *op. cit.*, 16, riferiscono come casi di discriminazione diretta, che si realizza ove un gruppo con una caratteristica protetta (come la disabilità) venga esplicitamente preso in considerazione per un trattamento diverso, che svantaggia i membri del gruppo rispetto agli altri: «*In many jurisdictions restrictions on legal capacity are explicitly based on a person's disability. This is especially true of 'status' based approaches to legal capacity*»; che il paternalismo tendente a proteggere categorie specifiche di soggetti rischi di escluderle dal mercato è messo in luce da R. CATERINA, *op. cit.*, 774; E. FLYNN., A. ARSTEIN-KERSLAKE, *Legislating personhood: realizing the right to support in exercising legal capacity*, in *International Journal of Law in Context*, 2014, vol. 10, n. 1, 81 ss., spec. 85. Osserva V. BARBA, *op. cit.*, 428-429, che, secondo i principi espressi dalla Convenzione, non è ammissibile alcuna limitazione della capacità di agire della persona per il solo fatto che si accerti una disabilità cognitiva o psicosociale che possa compromettere l'attitudine della persona nell'assunzione delle decisioni.

<sup>32</sup> Così G. ARENA, *Incapacità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 909.

Nello specifico, per il caso in cui la persona con disabilità volesse esercitare il suo diritto al sostegno, l'art. 12 prevede che gli Stati devono assicurare che le relative misure «rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di un'autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario»; si precisa, poi, che «queste garanzie devono essere adeguate al grado in cui le suddette misure incidono sui diritti e sugli interessi delle persone».

È accolto nella Convenzione un sistema fondato (non già sulla *sostituzione*, bensì) sul *supporto* nell'assunzione delle decisioni, rispettoso dei diritti e delle preferenze dell'individuo, che consenta a quest'ultimo di determinarsi consapevolmente.

Così come per il concetto di «*legal capacity*», anche con riferimento all'esatta individuazione del significato da ascrivere al «*support*», preziose indicazioni derivano dal Commento Generale (*General Comment No. 1*) del Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità.

Nel documento, si fa presente che quello di «*support*» è concetto ampio, comprensivo di un numero indeterminato di misure che variano nella forma e nell'intensità<sup>33</sup>. Oltre a respingersi la possibilità che alla persona vengano imposte tali misure («*some persons with disabilities ... may not wish to exercise their right to support*»)<sup>34</sup>, si precisa che esse potranno, in via esemplificativa, comprendere, oltre a provvedimenti disposti dall'autorità giudiziaria, il sostegno su base volontaria o derivante da una situazione di fatto<sup>35</sup>,

<sup>33</sup> *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 17: «“Support” is a broad term that encompasses both informal and formal support arrangements, of varying types and intensity. For example, persons with disabilities may choose one or more trusted support persons to assist them in exercising their legal capacity for certain types of decisions, or may call on other forms of support, such as peer support, advocacy (including self-advocacy support), or assistance with communication. Support to persons with disabilities in the exercise of their legal capacity might include measures relating to universal design and accessibility — for example, requiring private and public actors, such as banks and financial institutions, to provide information in an understandable format or to provide professional sign language interpretation — in order to enable persons with disabilities to perform the legal acts required to open a bank account, conclude contracts or conduct other social transactions. Support can also constitute the development and recognition of diverse, non-conventional methods of communication, especially for those who use non-verbal forms of communication to express their will and preferences». In letteratura, cfr. R.D. DINERSTEIN, *op. cit.*, 9 ss.; L. SERIES, A. NILSSON, *op. cit.*, 28; K. BOOTH GLEN, *Introducing a “New” Human Right*, cit., 7 ss. Indicazioni significative sul sostegno possono trarsi anche da: *General Comment No. 5 (2017) on living independently and being included in the community*, punto 80; *General Comment No. 6 (2018) on equality and non-discrimination*, punti 47 ss.

<sup>34</sup> *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 17; cfr. anche E. FLYNN., A. ARSTEIN-KERSLAKE, *op. cit.*, 96 ss.

<sup>35</sup> Si tratta dei c.d. «*informal supported decision-making schemes*», su cui si vedano: L. SERIES, A. NILSSON, *op. cit.*, 28; A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, *op. cit.*, 476.

e che dovranno adattarsi alle esigenze del caso concreto, variando a seconda delle specificità e dei bisogni della singola persona con disabilità<sup>36</sup>.

Si chiarisce, poi, che il sostegno cui hanno diritto le persone con disabilità nell'esercizio della loro capacità non dovrebbe tradursi in nessun caso in un'assoluta sostituzione nell'adozione della decisione («*substitute decision-making*»), irrispettosa delle volontà, dei desideri e delle preferenze del beneficiario<sup>37</sup>: anche nell'ipotesi in cui dovesse giungersi, per l'estremità del caso (si pensi al coma o a gravi ipotesi di autolesionismo<sup>38</sup>), a una eccezionale sostituzione nell'assunzione della decisione, quest'ultima non potrebbe essere 'imposta' all'individuo, né potrebbe essere adottata alla luce del presunto 'miglior interesse' («*best interest*») di quest'ultimo, ma dovrebbe essere presa, in ultima istanza, sulla base della 'migliore interpretazione' delle volontà, dei desideri e delle preferenze della persona con disabilità («*best interpretation of will and preferences*»)<sup>39</sup>.

Tralasciando per un momento i delicati problemi relativi alla sostituzione nell'assunzione della decisione occasionata dal ricorrere di uno dei 'casi limite', può osservarsi come la possibilità che, nella concretizzazione della misura, venga previsto l'intervento di un terzo non giustifica né determina una subordinazione della volontà dell'individuo a una decisione esterna; detto intervento, piuttosto, si traduce nell'esercizio di un supporto *collaborativo* per una piena manifestazione della capacità dell'individuo, affinché

<sup>36</sup> *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 18: «*The type and intensity of support to be provided will vary significantly from one person to another owing to the diversity of persons with disabilities*».

<sup>37</sup> Così espressamente ai punti 28 ss. del *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit.

<sup>38</sup> Per una sintesi delle problematiche connesse a questi 'casi limite' e delle loro possibili soluzioni, C. BHAILÍS, E. FLYNN, *op. cit.*, 15 ss.; E. FLYNN., A. ARSTEIN-KERSLAKE, *op. cit.*, 98 ss. Considera un grave errore della Convenzione quello di trattare nel medesimo modo, assimilandole, disabilità tanto eterogenee M. ALEMANY GARCÍA, *Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, 52, 214; nella medesima prospettiva, si veda S. DÍAZ ALABART, *Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal*, in *La voluntad de la persona protegida: oportunidades, riesgos y salvaguardias*, diretto da M. Pereña Vicente, Madrid, Dykinson, 2018, 163 ss.; R. LÓPEZ SAN LUIS, *El Principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006) y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, in *Indret*, 2020, 2, 117.

<sup>39</sup> Invero, secondo il *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 21: «*Where, after significant efforts have been made, it is not practicable to determine the will and preferences of an individual, the "best interpretation of will and preferences" must replace the "best interests" determinations. This respects the rights, will and preferences of the individual, in accordance with article 12, paragraph 4. The "best interests" principle is not a safeguard which complies with article 12 in relation to adults. The "will and preferences" paradigm must replace the "best interests" paradigm to ensure that persons with disabilities enjoy the right to legal capacity on an equal basis with others*». Al riguardo, si vedano: A. ARSTEIN-KERSLAKE, E. FLYNN, *op. cit.*, 479, ma anche 482 ss.; E. FLYNN., A. ARSTEIN-KERSLAKE, *op. cit.*, 94; M.P. GARCÍA RUBIO, *La necesaria y urgente adaptación del Código civil español*, cit., 154; M.E. TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12*, cit., 87; M.G. BERNARDINI, *Vulnerable Capacity*, cit., 1434.

quest'ultimo possa assumere da sé le decisioni («*supported decision-making*»), sotto l'egida del canone ermeneutico consistente nel rispetto dell'autonomia, dei desideri e delle preferenze del beneficiario (o della migliore interpretazione di quest'ultime).

Più specificamente, e malgrado possa rivestire diverse forme negli ordinamenti nazionali, secondo il Commento Generale, affinché possa essere conforme all'art. 12 CDPD, la disciplina di sostegno nell'assunzione delle decisioni dovrebbe rispettare le seguenti disposizioni fondamentali («*key provisions*»): a) essere accessibile a tutti; b) essere in ogni caso – e, dunque, anche nelle ipotesi di modalità più intense di supporto – incentrata sul rispetto sulla volontà e la preferenza della persona e non su ciò che viene percepito come il suo miglior interesse oggettivo; c) evitare che le difficoltà nel modo di comunicare della persona possano essere di ostacolo nel conseguimento di un sostegno; d) far sì che l'identità della persona incaricata del sostegno possa essere verificata da terzi e che questi possano contestare l'operato della persona di sostegno qualora essa non agisca in conformità alle volontà e alle preferenze della persona interessata; e) garantire che il sostegno sia accessibile e disponibile a un costo simbolico o gratuitamente, al fine di evitare che la mancanza di risorse economiche possa costituire un ostacolo nell'accesso al supporto; f) evitare che il sostegno nel processo decisionale possa essere utilizzato come giustificazione per limitare altri diritti fondamentali della persona con disabilità (es. diritto di voto, diritti genitoriali, di riproduzione, il diritto di prestare il consenso alle cure mediche etc.); g) assicurare il diritto della persona di rifiutare il sostegno e di interromperlo o modificarlo in qualsiasi momento; h) predisporre garanzie per tutti i processi relativi alla capacità e al sostegno nell'esercizio della capacità, sì che siano rispettate la volontà e le preferenze della persona; i) evitare che, in un'ottica discriminatoria, la previsione del sostegno dipenda dalla valutazione della capacità mentale («*mental capacity*») dell'individuo<sup>40</sup>.

In definitiva, il modello delineato dalla Convenzione non si pone nella tradizionale prospettiva di protezione della persona con disabilità con l'obiettivo di perseguire il miglior interesse di un soggetto degradato giuridicamente a 'incapace'; piuttosto, il sostegno di cui all'art. 12 CDPD intende *promuovere* sviluppo ed espressione della capacità, autonomia e indipendenza dell'individuo nel compimento di tutti gli atti che incidono sulla propria sfera tanto patrimoniale quanto personale. Una prospettiva di sostegno che, in quanto funzionale alle esigenze del singolo, non può tradursi in misure rigidamente predeterminate, dovendo assicurare il più compiutamente possibile alla persona con disabilità il rispetto delle proprie volontà, desideri e preferenze<sup>41</sup>, nonché il godimento dei diritti fondamentali e, tra questi, la dignità, l'eguaglianza e la libera esplicazione dell'autonomia.

In questa prospettiva, è richiesto agli Stati di attribuire rilevanza non soltanto al sostegno che trovi fonte in una decisione dell'autorità giudiziaria,

<sup>40</sup> *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 29.

<sup>41</sup> Cfr. nt. 39. Sulla necessità di «passare da un modello ispirato al superiore interesse della persona con disabilità a un sistema ispirato all'interesse preferito dalla persona con disabilità», cfr. V. BARBA, *op. cit.*, 437.



ma anche al supporto di origine volontaria – indipendentemente dal rilievo che sia limitato al compimento di un singolo affare o abbia carattere generale – o fondato su situazioni di fatto.

#### 4. La Ley 8/2021 e la disciplina delle «misure di sostegno alle persone con disabilità per l'esercizio della propria capacità giuridica» nell'ordinamento spagnolo

Mediante la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, la Spagna ha inteso adeguare il proprio ordinamento giuridico alla Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità.

Interessa, in questa sede, delineare i principali aspetti della riforma, per approfondire in che misura il diritto privato spagnolo possa rappresentare una fonte di ispirazione per altre legislazioni europee (prima fra tutte, quella italiana) nell'opera di adeguamento alla Convenzione e agevolare lo svolgimento di più ampie linee di riflessione in ordine all'opportunità di un rinnovato approccio al diritto civile delle persone con disabilità.

Significativamente, il *Preámbulo* (I) della *Ley 8/2021* evidenzia che la normativa mira a compiere «un passo decisivo» nell'adeguamento dell'ordinamento spagnolo alla Convenzione, «un trattato internazionale che nel suo articolo 12 proclama che le persone con disabilità hanno capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita, e obbliga gli Stati parti ad adottare misure adeguate per fornire alle persone con disabilità l'accesso al sostegno di cui potrebbero aver bisogno nell'esercizio della loro capacità giuridica». Si impone, pertanto, la necessità di «cambiare un sistema (...), in cui nell'assunzione delle decisioni che riguardano le persone con disabilità prevale la sostituzione, con un altro basato sul rispetto della volontà e delle preferenze della persona che, come regola generale, sarà responsabile delle proprie decisioni».

Definita la *Ley 8/2021* come «pietra miliare fondamentale» nell'opera di adeguamento alla Convenzione e in quella di «aggiornamento del diritto interno» sul rispetto dell'eguaglianza degli individui «nell'esercizio della capacità giuridica», il *Preámbulo* (III) avverte che l'elemento cardine delle nuove disposizioni sulle persone con disabilità non è costituito né dalla *incapacitación*<sup>42</sup> della persona ritenuta non sufficientemente capace, né dalla «modifica di una capacità che risulta inerente alla condizione della persona umana e, dunque, non modificabile». Al contrario, si rende manifesto che l'idea centrale del sistema riposa nel sostegno («*apoyo*») alla persona che ne

<sup>42</sup> L'istituto della «*incapacitación*» - abrogato dalla *Ley 8/2021* - agendo su quella manifestazione della soggettività giuridica tradizionalmente definita come «*capacidad de obrar*», poteva dar luogo tanto alla nomina di un tutore quanto alla nomina di un curatore, a seconda del grado di discernimento della persona affetta dall'incapacità. Per una ricostruzione della disciplina riservata alle persone con disabilità prima della *Ley 8/2021*, A. PAU, *De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil*, in *Rev. de Der. Civ.*, 2018, 3, 5 ss.

ha bisogno per l'adeguato esercizio della propria capacità; un sostegno che – si chiarisce sin dall'esordio – comprende «tutti i tipi di azione: dall'accompagnamento amichevole, all'assistenza tecnica nella comunicazione delle dichiarazioni di volontà, all'abbattimento delle barriere architettoniche e di ogni altro tipo, alla consulenza, o anche al processo decisionale delegato dalla persona con disabilità».

Il mutamento della disciplina è radicale. Non soltanto scompare ogni riferimento alla diade «*capacidad jurídica*» e «*capacidad de obrar*», venendo quest'ultima risolta nell'esercizio della prima<sup>43</sup>, ma viene eliminata ogni menzione di una possibile «*incapacidad*» della persona con disabilità (e, conseguentemente, dello stato civile giuridicamente dichiarato di *incapacitado*), con l'avvertimento che non si tratta di un mero cambio di terminologia, volto a sostituire termini tradizionali con altri più precisi e rispettosi, ma piuttosto di un «nuovo e più accurato approccio alla realtà, che rileva qualcosa che per molto tempo è passato inosservato: che le persone con disabilità hanno diritto di prendere le proprie decisioni, un diritto che deve essere rispettato»<sup>44</sup>.

Distaccandosi dall'approccio dei codici novecenteschi, «che si preoccupavano più degli interessi patrimoniali della persona che della loro tutela complessiva», la normativa ambisce a regolare un sostegno alle persone con disabilità anche negli «aspetti personali, come quelli relativi alle decisioni riguardanti le vicissitudini della loro vita ordinaria»<sup>45</sup>.

Ad aprire il nuovo titolo XI del codice civile spagnolo («*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*») è l'art. 249, che compendia i principi informativi della legge

<sup>43</sup> Sulla nuova nozione di *capacidad jurídica* v. J. MARCO MOLINA, *La noción de capacidad jurídica que se incorpora al título XI, libro I, del Código civil español*, in *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 junio, al año de su entrada en vigor*, diretto da F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell, M.A. Egusquiza Balmaseda, F. López Simó, Madrid, Dykinson, 2022, 451 ss. Malgrado osservi come, in attuazione della Convenzione, dovrebbe cessare di esistere una dimensione graduabile o modulabile di quella che veniva definita nell'ordinamento spagnolo come *capacidad de obrar* della persona con disabilità, l'a. rileva che «si voglia o no, nessun legislatore potrà ovviare questa distinzione [tra capacità giuridica e capacità di agire]. Anche sopprimendo le designazioni classiche del diritto civile, è inevitabile distinguere la “*capacidad jurídica*” (...) e il modo in cui questa viene “esercitata”, mediante la realizzazione di atti giuridici, per quanto si voglia sradicare l'espressione “*capacidad de obrar*”, ormai vietata dalla legge» (così a p. 465); nella medesima prospettiva, A. CARRASCO PERERA, *Contratación por discapacitados con y sin apoyos*, in AA. VV. *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en le ejercicio de su capacidad jurídica*, coordinato da N. Álvarez Lata, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 240 ss.; A. VAQUER ALOY, *El sistema de apoyos como elemento para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad*, *ivi*, 506.

<sup>44</sup> Così il *Preámbulo* (III) della *Ley 8/2021*.

<sup>45</sup> Il virgolettato è tolto dal *Preámbulo* (III) della *Ley 8/2021*. Di un'«autentica differenza» rispetto al sistema precedente, interessato alla sicurezza del traffico, agli interessi dei terzi e, dunque, esclusivamente agli aspetti patrimoniali, discorre C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Las grandes líneas del nuevo sistema de apoyos regulado en el Código Civil Español*, in *El nuevo sistema*, cit., 23 ss.

8/2021 e prevede uno statuto generale, applicabile a qualsiasi misura di sostegno<sup>46</sup>.

La disposizione stabilisce che le misure di sostegno («*las medidas de apoyo*») a favore delle persone maggiori di età o dei minori emancipati che ne dovessero aver bisogno «per l'adeguato esercizio della loro capacità giuridica» dovranno essere finalizzate a consentire il pieno sviluppo della loro personalità e lo svolgimento dell'attività giuridica in condizioni di eguaglianza. Chiarito che il sostegno dovrà essere ispirato al rispetto della dignità della persona e alla tutela dei suoi diritti fondamentali e specificato che alle misure di origine legale o giudiziale si procederà «soltanto in difetto o insufficienza della volontà della persona di cui si tratta», si precisa che tutti gli strumenti dovranno rispettare i principi di necessità e di proporzionalità.

Il secondo comma regola, in via generale, la posizione della persona incaricata di prestare il sostegno, che dovrà agire rispettando «la volontà, i desideri e le preferenze» del beneficiario, affinché quest'ultimo possa sviluppare autonomamente il processo decisionale, informandolo, aiutandolo nella comprensione e nel ragionamento e facilitando la capacità di esprimere le preferenze; allo stesso modo, dovrà incoraggiare la persona con disabilità a poter esercitare la propria capacità giuridica con meno sostegno in futuro.

La possibilità che il sostegno, qualunque sia la fonte, possa includere «funzioni rappresentative» viene limitata a «casi eccezionali» in cui, malgrado uno sforzo considerevole, «non sia possibile determinare la volontà, i desideri e le preferenze della persona», ed è previsto che, nell'assumere la decisione in tali ipotesi, dovrà tenersi in considerazione la «traiettoria vitale della persona con disabilità, le sue credenze e valori, così come i fattori che la persona avrebbe tenuto in considerazione, al fine di prendere la decisione che la persona avrebbe adottato se non avesse avuto bisogno di rappresentanza» (art. 249, *Código civil*, III co.).

Infine, il quarto comma stabilisce che l'autorità giudiziaria potrà dettare le salvaguardie che considererà opportune, allo scopo di assicurare che l'esercizio delle misure di sostegno sia conforme ai criteri dettati dalla disposizione e, in particolare, tenga conto della volontà, dei desideri e delle preferenze di chi le richiede.

Come può osservarsi, malgrado il titolo del *Código civil* faccia espresso riferimento alle *personas con discapacidad*, la disposizione di cui all'art. 249 non contempla alcuna nozione di persona con disabilità, disciplinando, in linea generale, le *medidas de apoyo* a favore delle persone maggiori di età o dei minori emancipati<sup>47</sup> che dovessero aver bisogno di sostegno per un *adeguato esercizio della loro capacità giuridica*<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> La disposizione è considerata il «frontespizio della riforma» da M.P. GARCÍA RUBIO, M.E. TORRES COSTAS, *Artículo 249*, in *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, diretto da M.P. García Rubio e M.J. Moro Almaraz e coordinato da I. Varela Castro, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2022, 208. Sulla norma, cfr.: C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Artículo 249 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, diretto da C. Guilarte Martín-Calero, III, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 511 ss.; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *op. cit.*, 61 ss.

<sup>47</sup> Ai sensi dell'art. 254 del *Código civil*, qualora nei due anni precedenti la maggiore età sia ragionevolmente prevedibile che il minore, per il periodo successivo al compimento dei di-

Tra i principi informativi delle misure, la norma menziona espressamente la necessità, la proporzionalità e contiene altresì un riferimento alla sussidiarietà.

Coerentemente con il riconoscimento di una capacità non modificabile in quanto inerente alla condizione della persona umana, il principio di necessità implica che il sostegno venga fornito alla persona con disabilità soltanto nei limiti in cui ciò sia necessario perché la stessa possa esercitare *adeguatamente* la propria capacità giuridica e, dunque, in precisi ambiti e con estensione limitata in ragione delle esigenze dell'individuo<sup>49</sup>.

La proporzionalità richiede che, allo scopo di fornire una risposta adeguata alle esigenze del singolo, il sostegno sia approntato 'su misura', sulla base delle specifiche situazioni personali, familiari, sociali, comunitarie e patrimoniali della persona, mirando a garantire la minima intromissione nella sfera decisionale e, dunque, salvaguardando il più possibile l'autonomia dell'individuo.

---

ciotto anni, possa aver bisogno di sostegno nell'esercizio della sua capacità giuridica, l'autorità giudiziaria – su istanza, tra gli altri, dello stesso minore – può convenire, se ritenuto necessario, l'opportunità di adottare la corrispondente misura di sostegno con efficacia a partire dal raggiungimento della maggiore età.

<sup>48</sup> Sulle ragioni che, nell'approvazione della riforma, hanno indotto a non inserire nell'art. 249 una nozione di persona con disabilità v. M.P. GARCÍA RUBIO, M.E. TORRES COSTAS, *op. cit.*, 208-209. Osserva che si è al cospetto di una disposizione *disability neutral*, C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Las grandes líneas*, cit., 35; A. VAQUER ALOY, *op. cit.*, 505 ss.; lamenta la tautologia della riforma J. MARCO MOLINA, *op. cit.*, 476 ss., osservando come «nella sua fase attuale, il nostro c.c. stabilisce, così, che (...) si considera persona con disabilità colei che richiede la previsione di una misura di sostegno (Disp. Ad., 4°, apdo. 2°, C.c.), e che il sostegno è fornito a coloro che ne hanno bisogno, implicitamente per ragione di disabilità (art. 249 e rubrica del Titolo XI del libro I C.c.)». A dire dell'A., il risultato è che «non sempre è noto se la persona che deve essere trattata giuridicamente come “persona con disabilità” è quella “assistita” (vale a dire, colei che ha qualche misura di sostegno costituita a suo favore) o il mero “assistibile” (cioè chi agisce senza che siano state stabilite in suo favore le misure di sostegno di cui, in realtà, avrebbe necessitato per un adeguato esercizio della sua capacità giuridica)» (così a p. 483).

<sup>49</sup> Ancora discussa nella letteratura spagnola è la problematica, connessa al principio di necessità, relativa all'esistenza di un autentico “diritto a rifiutare il sostegno”, in applicazione del principio del rispetto della volontà e delle preferenze della persona con disabilità. I dubbi derivano, in particolare, dalla lettera dell'art. 249, ai sensi del quale alle misure di origine legale o giudiziale si procederà «solo in difetto o *insufficienza* della volontà della persona». L'indeterminatezza del concetto di “insufficienza” della volontà della persona parrebbe rimettere al giudice la valutazione in merito alla esistenza o meno di una “volontà sufficiente”. A fronte di posizioni che reputano prevalente, in ogni caso, il rispetto della volontà e delle preferenze della persona con disabilità, cui dovrebbe essere riconosciuto anche un diritto a rifiutare il sostegno (su questa linea, a esempio, M.P. GARCÍA RUBIO, M.E. TORRES COSTAS, *op. cit.*, 212 ss.), v'è chi propende per un bilanciamento con altri principi della Convenzione (a es. la tutela dell'integrità personale, il diritto a vivere in modo indipendente e a essere inclusi nella comunità, il diritto alla salute etc.), che dovrebbero informare il giudice nel caso in cui l'opposizione dell'individuo sia originata dalla difficoltà o impossibilità di comprendere come negative e pregiudizievoli le conseguenze derivanti dal rifiuto al sostegno (così, tra gli altri, C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Las grandes líneas*, cit., 40 ss.). Sulla problematica, v. anche M. PEREÑA VICENTE, *La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021*, in *El nuevo sistema*, cit., 137.

Corollario dei principi di necessità e proporzionalità è, come si è anticipato, una generale preferenza verso modalità di sostegno di tipo *assistenziale*, in cui la persona incaricata del supporto, nell'esercitare la propria funzione, collabori affinché l'individuo possa assumere da sé la decisione. In questa prospettiva, il sostegno non dovrà tendere al perseguimento del "miglior interesse" o dell'"interesse superiore" dell'individuo, ma sarà orientato verso il rispetto delle volontà, dei desideri e delle preferenze della persona con disabilità<sup>50</sup>. Eccezionalmente, qualora malgrado uno sforzo considerevole non sia possibile determinare la volontà, i desideri e le preferenze dell'individuo, il sostegno potrà comprendere funzioni *rappresentative* che rispettino, in ogni caso, la traiettoria vitale della persona, i suoi convincimenti e valori, così come i fattori che la persona avrebbe preso in considerazione (c.d. *sedimented life preferences*)<sup>51</sup>, al fine di assumere una decisione quanto più possibile aderente a quella che la stessa persona con disabilità avrebbe adottato se non fosse stato necessario ricorrere a una sostituzione.

Infine, la sussidiarietà regola i rapporti tra le misure di sostegno di origine volontaria o di fatto e quelle di origine legale o giudiziale, accordando una preferenza alle prime rispetto alle seconde<sup>52</sup>.

In piena adesione alle indicazioni contenute nel Commento Generale all'art. 12 della Convenzione in punto di ampiezza del concetto di "sostegno", l'art. 250 menziona varie *medidas de apoyo* tipiche<sup>53</sup>, che possono dividersi in volontarie, informali o giudiziali<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Al riguardo, M.P. GARCÍA RUBIO, M.E. TORRES COSTAS, *op. cit.*, 216, le quali osservano come in applicazione di «questo nuovo prisma, coloro che diventano soggetti incaricati di prestare il sostegno dovranno basare tutta la sua attuazione nel rispetto di tale volontà, anche se (...) la decisione adottata (...) sia contraria all'interesse proprio e oggettivo» della persona con disabilità. Si tratterebbe di null'altro che della conseguenza naturale del riconoscimento alla persona con disabilità del c.d. «*derecho a equivocarse*» come tutti gli altri esseri umani. Esprime criticità in merito allo scarso tecnicismo della formula che fa riferimento alla volontà, ai desideri e alle preferenze della persona, C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Las grandes líneas*, cit., 59.

<sup>51</sup> Reputano che in detta eventualità debba discorrersi della persona incaricata di prestare il sostegno come di una figura intermedia tra quella del mero *nuncius* e quella del rappresentante, M.P. GARCÍA RUBIO, M.E. TORRES COSTAS, *op. cit.*, 217.

<sup>52</sup> Cfr., oltre all'art. 249, anche l'art. 255, comma 5, del *Código civil*. Significativamente, l'art. 42 bis b) della *Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria* (anch'essa modificata dalla *Ley 8/2021*), ora prevede che, nel procedimento per l'instaurazione di una misura di sostegno giudiziale, al momento dell'intervista della persona con disabilità, il giudice la informerà «circa le alternative esistenti per ottenere il sostegno di cui ha bisogno», (e, dunque, anche della possibilità di ricorrere a un sostegno di natura volontaria). Al riguardo, la letteratura discorre dell'esistenza di *paserelas a la autodeterminación*: C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Las grandes líneas*, cit., 63, e, sulla sussidiarietà delle misure di origine giudiziale, 70 ss.

<sup>53</sup> La circostanza che siano disciplinate soltanto alcune misure di sostegno non impedisce alla persona con disabilità di poter far ricorso anche ad altre forme di assistenza, aiuto o supporto nell'esercizio della propria capacità giuridica. Si pensi, a esempio, alla figura del notaio, cui la *Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 27 septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad*, attribuisce il ruolo di «sostegno istituzionale». In letteratura, sul punto, v. M.P. GARCÍA RUBIO, *La reforma operada*, cit., 66.

<sup>54</sup> Con una norma di chiusura, viene disciplinata anche una misura di sostegno legale (di carattere residuale). Si tratta della *guarda legal de la entidad pública que en respectivo ter-*

Le misure di origine volontaria, che dovranno in ogni caso rivestire la forma dell'atto pubblico, presentano carattere aperto: rientrano nella categoria tutte quelle stabilite dalla persona con disabilità, che designa chi deve fornire il sostegno e in che misura (art. 250, III co.: «*Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcances*»)<sup>55</sup>.

ritorio tenga encomendada la función de apoyo en caso de urgencia y en defecto de medidas formales o informales que se estén aplicando eficazmente. Ai sensi dell'art. 253, è previsto che «quando una persona si trova in una situazione che necessita urgentemente di sostegno per l'esercizio della propria capacità giuridica e manca un *guardador de hecho*, il sostegno sarà fornito in via provvisoria dall'ente pubblico che nel rispettivo territorio abbia affidata tale funzione. L'ente informerà il *Ministerio Fiscal* della situazione entro ventiquattro ore». Per un commento alla disposizione, cfr. M.E. TORRES COSTAS, *Artículo 253*, in *Comentario articulado*, cit., 251 ss.

<sup>55</sup> Più specificamente, l'art. 255 del *Código civil* prevede che qualsiasi persona maggiore di età o minore emancipata, in previsione o apprezzamento della concorrenza di circostanze che possano rendere difficile l'esercizio della capacità giuridica in condizioni di uguaglianza con gli altri, potrà, con atto pubblico, prevedere unilateralmente ovvero concordare misure di sostegno relative alla sua persona o ai suoi beni. Potrà inoltre stabilire il regime dell'attuazione, dell'ampiezza e delle facoltà della persona o delle persone che sono incaricate di prestare il sostegno, o la forma di esercizio dello stesso, che dovrà essere in ogni caso conforme all'art. 249. Allo stesso modo, potrà prevedere le misure o gli organi di controllo che reputa opportuni, nonché le salvaguardie necessarie per evitare abusi, conflitti di interessi o influenza indebita e i meccanismi e i termini per le revisioni delle misure di sostegno. Il notaio trasmetterà d'ufficio e senza ritardo l'atto pubblico al *Registro Civil* per la pubblicità nel *registro individual*. Sulla disposizione, si veda A. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, *Artículo 255*, in *Comentario articulado*, cit., 259 ss.

Le misure di sostegno di natura volontaria disciplinate dal *Código civil* sono: a) le procure o i mandati con clausola di sussistenza (art. 256), che consentono al rappresentante o al mandatario di continuare a esercitare i poteri che gli sono stati attribuiti anche nel caso in cui sopravvenga una situazione in cui l'individuo necessita del sostegno nell'esercizio della propria capacità (e, al riguardo, v. anche la modifica dell'art. 1732 in materia di cause di estinzione del mandato, che si estingue a seguito della costituzione, in favore del mandante, della *curatela* rappresentativa come misura di sostegno, salvo quanto disposto dagli artt. 256 ss.); b) le procure preventive o i mandati preventivi (art. 257), conferite o stipulati *pro futuro*, per l'eventualità che la persona necessiti del sostegno nell'esercizio della propria capacità; c) l'*autocuratela* (artt. 271-274), misura di carattere misto (in parte volontaria e in parte giudiziale), che si sostanzia nell'indicazione (o nell'esclusione), mediante atto pubblico, della persona incaricata di esercitare la funzione di *curador*, in previsione o in concorrenza di circostanze che richiedono un sostegno nell'esercizio della capacità. Si tratta di una proposta di nomina (che può contenere anche disposizioni in merito al funzionamento e al contenuto della *curatela*, regole di amministrazione e disposizioni dei beni etc.) da cui l'autorità giudiziale potrà discostarsi totalmente o parzialmente, con un provvedimento motivato, soltanto al ricorrere di uno dei casi contemplati dall'art. 272. Per un approfondimento sulle misure di sostegno volontarie, si vedano almeno: M.P. GARCÍA RUBIO, *Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio*, in *Rev. de Der. Civ.*, 3, 29 ss.; C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Las grandes líneas*, cit., 64 ss.; ID., *Artículo 250 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 528 ss.; ID., *Artículo 254 cc*, *ivi*, 565 ss.; J. RIBOT IGUALADA, *Artículos 256-257 cc*, *ivi*, 577 ss.; M.J. MORO ALMARAZ, *Artículos 256-262*, in *Comentario articulado*, cit., 269 ss.; E. TORAL LARA, *Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del código civil*, in *El nuevo Derecho de las capacidades*, cit., 81 ss.; O. CARDONA GUASCH, *Las medidas preventivas voluntarias de apoyo, del Código civil español*, in *Reformas legislativas para el apoyo*, cit., 539 ss.; J.A. CARBONELL CRESPI, *Los poderes preventivos*, *ivi*, 559 ss. In tema di *autocuratela*, P.A. GONZÁLEZ LEÓN, *Artículos 271-274*, in *Comentario articulado*, cit., 355 ss.; S. DE SALAS

Malgrado i c.d. poteri e mandati preventivi (*poderes preventivos y mandatos preventivos*) paiono occupare una posizione di privilegio per il legislatore, che dedica agli istituti le disposizioni di cui agli artt. 256-262 del *código civil*<sup>56</sup>, nulla impedisce alla persona con disabilità di configurare, con il supporto del notaio, misure di sostegno volontarie atipiche.

La *guarda de hecho* (artt. 263-267, *Código civil*) è, invece, la misura di sostegno informale<sup>57</sup> che trova fondamento nei rapporti di cura e assistenza alla persona con disabilità<sup>58</sup>.

Il *guardador de hecho* è il soggetto, spesso un familiare, che spontaneamente e abitualmente fornisce assistenza quotidiana alla persona con disabilità, in modo disinteressato e sulla base di un rapporto di fiducia e affetto. Così, è stabilito non soltanto che la *curatela* non dovrebbe trovare alcuno spazio in presenza di una *guarda de hecho* (o altra misura) «sufficiente per la persona con disabilità» (art. 269)<sup>59</sup>, ma anche che, in ipotesi di concorso tra sostegno informale e misure volontarie o giudiziali che siano limitate al compimento di singoli atti o categorie di atti, il *guardador de hecho* possa continuare a esercitare le proprie funzioni assistenziali in ogni altro ambito in cui sia necessario un sostegno alla persona con disabilità, salvo che sia diversamente disposto (art. 263)<sup>60</sup>.

---

MURILLO, *Artículo 271 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 702 ss.; O. CARDONA GUASCH, *La autotutela*, in *Reformas legislativas para el apoyo*, cit., 551 ss.

<sup>56</sup> Per una sintesi della disciplina dei *poderes e mandatos preventivos* si rinvia alla nt. 55. Ai sensi dell'art. 258, comma 1, dette misure restano in vigore nonostante l'eventuale concorrenza di altre modalità di sostegno, volontarie o giudiziali, a favore della persona.

<sup>57</sup> Così espressamente all'art. 250, comma 4, del *Código civil*. Nella letteratura spagnola, sulla *guarda de hecho* v. almeno: J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *La guarda de hecho de las personas con discapacidad*, in *El nuevo sistema*, cit., 81 ss.; A. LECIÑENA IBARRA, *Artículo 263 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 647 ss.; M.P. FERRER VANRELL, *Las medidas informales de apoyo. Especial referencia a la guarda de hecho*, in *Reformas legislativas para el apoyo*, cit., 599 ss.

<sup>58</sup> Nel *Preámbulo* (III), si legge: «la realtà mostra come in molti casi la persona con disabilità è adeguatamente assistita o sostenuta nel processo decisionale e nell'esercizio della propria capacità giuridica da un *guardador de hecho* – generalmente un familiare, poiché la famiglia continua a essere nella nostra società il gruppo fondamentale di solidarietà e sostegno tra le persone che la compongono, soprattutto per quanto riguarda i suoi membri più vulnerabili – che non richiede un'investitura giudiziale formale che nemmeno la persona con disabilità desidera». In letteratura, cfr.: R. SENIGAGLIA, *La guarda de hecho del menor. Spunti di significato per l'ordinamento giuridico italiano*, in *Fam. e dir.*, 2024, 301 ss.; E. AL MUREDEN, *La tutela della persona con disabilità nella dimensione endofamiliare tra diritto vigente e prospettive de iure condendo*, *ivi*, 261 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Guarda de hecho e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili*, *ivi*, 283 ss.

<sup>59</sup> Ma la conclusione non è affatto pacifica nella giurisprudenza spagnola. Per una sintesi degli orientamenti, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *I principi generali che ispirano la riforma del codice civile spagnolo in materia di disabilità*, in *Fam. e dir.*, 2024, 276 ss.

<sup>60</sup> Ai sensi dell'art. 264 del *Código civil*, quando eccezionalmente si renda necessaria un'attività di rappresentanza del *guardador de hecho* (e, in particolare, qualora si renda necessario il compimento di uno tra gli atti di straordinaria amministrazione elencati nell'art. 287), quest'ultimo dovrà ottenere un'autorizzazione giudiziale attraverso un procedimento di volontaria giurisdizione, durante il quale dovrà essere ascoltata la persona con disabilità. L'autorizzazione giudiziale ad agire come rappresentante, che potrà riguardare il compimento di uno o più atti, potrà essere concessa, previa verifica della sua necessità, nei termini e secondo le condizioni adeguate alle circostanze del caso e dovrà essere esercitata in

Le misure di origine giudiziale, contemplate dal *Código civil* soltanto in via sussidiaria, sono la *curatela* (art. 268 ss.), per i casi in cui alla persona con disabilità sia necessario un sostegno di tipo continuativo<sup>61</sup>, e il *defensor judicial* (artt. 295 ss.), nominato dal giudice qualora sia necessario un sostegno occasionale ovvero sorga la necessità di risolvere un conflitto di interessi tra la persona con disabilità e chi è incaricato di prestare il sostegno<sup>62</sup>.

È previsto che la *curatela* – oggetto di revisione trascorso un periodo massimo di tre anni dall'istituzione – sia proporzionata e personalizzata in ragione delle necessità della persona, rispetti l'autonomia di quest'ultima e si attenga, in tutti i casi, alla volontà, ai desideri e alle preferenze del beneficiario (art. 268). Nel provvedimento istitutivo, che – si specifica – non può in alcun modo determinare una «mera privazione di diritti»<sup>63</sup> e che non comporta in alcun caso una sottrazione o limitazione della *capacidad*, il giudice dovrà indicare «in maniera precisa» gli atti per i quali la persona necessita dell'assistenza del *curador* nell'esercizio della capacità giuridica; un'assistenza che può spaziare dal semplice accompagnamento o altro aiuto materiale, sino alla prestazione dell'assenso al compimento dell'atto da parte della persona con disabilità<sup>64</sup>. Soltanto nei casi eccezionali in cui ciò sia indispensabile per le circostanze della persona con disabilità, il giudice «determinerà con provvedimento motivato gli atti concreti nei quali il *curador*

---

conformità con le volontà, i desideri e le preferenze della persona con disabilità. È tuttavia previsto dal terzo comma dell'art. 264 che l'autorizzazione giudiziale non è necessaria quando il *guardador de hecho* «richiede una prestazione economica a favore della persona con disabilità», sempre che ciò non comporti un cambio significativo nella vita di quest'ultima, «o compia atti giuridici in relazione a beni di questa che abbiano scarsa rilevanza economica e non abbiano un particolare significato personale o familiare». Per un commento alla disposizione, A. NIETO ALONSO, *Artículo 264*, in *Comentario articulado*, cit., 303 ss.; A. LECIÑENA IBARRA, *Artículo 264 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 656 ss. Sulle problematiche in punto di prova della condizione di *guardador de hecho* nelle ipotesi di cui al terzo comma dell'art. 264, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *La guarda de hecho*, cit., 104; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Guarda de hecho*, cit., 289.

<sup>61</sup> Sulla *curatela* a seguito della riforma operata dalla *Ley 8/2021*: P.A. MUNAR BERNAT, *Artículos 268-270*, in *Comentario articulado*, cit., 333 ss.; C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Artículos 268-270 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 679 ss.; M. PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, 125 ss.; E. TORAL LARA, *Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del código civil*, in *El nuevo Derecho de las capacidades*, cit., 135 ss.; M. JORQUI AZOFRA, R. LUQUIN BERARECHE, *La curatela de la persona con discapacidad*, in *Reformas legislativas para el apoyo*, cit., 621 ss.

<sup>62</sup> Le ulteriori ipotesi in cui può darsi luogo alla nomina di un *defensor judicial* sono regolate dall'art. 295. In arg., E. TORAL LARA, *op. ult. cit.*, 163 ss.; M. GARCÍA GOLDAR, *Artículo 295*, in *Comentario articulado*, cit., 465 ss.; N. ÁLVAREZ LATA, *Artículo 295 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 831 ss.

<sup>63</sup> Così all'art. 269, ult. comma. Si pensi, in via esemplificativa, alla previsione di una privazione della capacità relativa al compimento di un atto di natura personale.

<sup>64</sup> Avverte che la previsione di una necessaria personalizzazione della *curatela* renderà ciascuna misura unica e, dunque, richiederà un grande sforzo da parte dell'autorità giudiziaria M. PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, 143, che osserva come, in ragione di quanto previsto dall'art. 269, non è possibile addivenire a provvedimenti in cui la *curatela* sia riferita genericamente a un ambito della vita della persona con disabilità (quale, a esempio, quello personale, patrimoniale o sanitario), essendo richiesta un'indicazione precisa degli atti per i quali il *curador* deve prestare il proprio sostegno.

dovrà assumere la rappresentanza della persona con disabilità», sostituendosi a quest'ultima nell'assunzione delle decisioni (art. 269)<sup>65</sup>.

Dal punto di vista del diritto dei contratti, alla luce del riconoscimento della capacità della persona con disabilità è eliminato ogni riferimento a un possibile difetto della capacità negoziale di quest'ultima<sup>66</sup>. Conseguentemente, è stata modificata anche la disciplina dell'annullabilità del contratto concluso dalla persona con disabilità, limitando l'invalidità al solo caso in cui, a seguito della previsione di una misura di sostegno per la stipula di un dato negozio, l'affare sia stato concluso dalla persona con disabilità prescindendo da detta misura (1302, III co., *Código civil*)<sup>67</sup>.

Per concludere la sosta di riflessione sul panorama schiuso dalla *Ley 8/2021*, dall'impianto complessivo della riforma emerge una tendenza alla protezione non già *della persona con disabilità*, ma *della sua capacità*. Abbandonato il paradigma dell'"incapacitazione", la previsione di una misura di sostegno non si traduce affatto in una limitazione o gradazione della capacità dell'individuo; piuttosto, è uno strumento che gli consente di esercitarla *adeguatamente*.

<sup>65</sup> Significativamente, nel *Preámbulo* (III), si afferma che «il significato stesso della parola *curatela* – cura –, rileva la finalità dell'istituto: assistenza, sostegno, aiuto nell'esercizio della capacità giuridica; pertanto, come principio di azione e nell'ottica di escludere il più possibile le forme di natura rappresentativa, la *curatela* sarà, innanzitutto, di natura assistenziale. Tuttavia, nei casi in cui sia necessario, e solo eccezionalmente, al curatore possono essere attribuite funzioni di rappresentanza». M. PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, 143, rileva che, «in coerenza con il nuovo sistema, senza alcuna intenzione di voler fare un gioco di parole, deve concludersi che se la *curatela* si configura come ultima istanza, e la *curatela* con funzioni rappresentative è, all'interno di questa, l'ultima istanza, la possibilità di vedersi attribuite facoltà di rappresentanza in tutti gli ambiti sarà a propria volta, all'interno della *curatela* con facoltà rappresentative, l'ultima istanza, l'ultimo passo dei tre da seguire».

<sup>66</sup> Sull'attuale estensione della disposizione che regola la *capacidad para contratar* (art. 1263 del *Código civil*), cfr. M.P. GARCÍA RUBIO, *Artículo 1263*, in *Comentario articulado*, cit., 623 ss.; N. ÁLVAREZ LATA, *Artículo 1263 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 988 ss.; O. MONJE BALMASEDA, *Capacidad para contratar*, in *Reformas legislativas para el apoyo*, cit., 1117 ss.

<sup>67</sup> Più precisamente, l'esercizio dell'azione di annullamento di detti contratti, sancita nell'interesse della persona con disabilità, compete anzitutto a quest'ultima, che potrà promuoverla, se del caso, con il sostegno di cui necessita. Allo stesso modo, la domanda (che, ai sensi dell'art. 1301, si prescrive in quattro anni decorrenti dalla conclusione del contratto) può essere promossa dagli eredi della persona con disabilità se quest'ultima decede prima della scadenza del termine per esercitare l'azione. Il secondo capoverso dell'art. 1302, comma 3, attribuisce la legittimazione anche alla persona che avrebbe dovuto prestare il sostegno, disponendo che, in tale caso, l'annullamento avrà effetto solo qualora l'altro contraente fosse stato a conoscenza dell'esistenza delle misure di sostegno nel momento della conclusione del contratto o abbia comunque approfittato della condizione di disabilità, traendone un vantaggio ingiusto. Sulle modifiche alla disciplina riguardante l'annullabilità del contratto, v. A. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 239 ss.; M.P. GARCÍA RUBIO, I. VARELA CASTRO, *Artículo 1302*, in *Comentario articulado*, cit., 645 ss.; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, A.A. ESTANCONA PÉREZ, *Los retos a afrontar en el derecho de obligaciones y contratos*, in *El nuevo Derecho de las capacidades*, cit., 215 ss.

A disciplinare, in linea generale, la pubblicità della misura di sostegno è l'art. 300 del *Código civil*, ai sensi del quale i provvedimenti giudiziari e i documenti pubblici notarili relativi alle misure di sostegno alle persone con disabilità dovranno iscriversi nel *Registro Civil* (sul punto, cfr. M. GARCÍA GOLDAR, *Artículo 300*, in *Comentario articulado*, cit., 487 ss.; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Artículo 300 cc*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 869 ss.).

Il pieno rispetto della autodeterminazione in ogni ambito della vita della persona con disabilità è valorizzato altresì dalla possibilità di istituire misure volontarie, cui il legislatore accorda esplicita preferenza; misure in cui è lo stesso disponente a pianificare o regolare il sostegno, tanto dal punto di vista contenutistico, quanto sul versante dei controlli o delle salvaguardie sull'operato della persona incaricata. Altro e determinante aspetto è l'esplicita menzione, nell'art. 249, del parametro che orienta ogni *medida de apoyo*, consistente nel rispetto della volontà, dei desideri e delle preferenze dell'individuo ovvero della sua *trayectoria vital*. Malgrado permangano zone d'ombra nella disciplina, emerge complessivamente lo sforzo del legislatore di adeguare il sostegno alle peculiarità del soggetto con disabilità, limitandolo ai soli atti per i quali sia necessario affinché quest'ultimo possa partecipare alla vita di relazione adeguatamente e, dunque, su base di uguaglianza con gli altri.

La descrizione del sistema spagnolo può costituire un utile elemento di confronto per individuare, nell'attuazione della Convenzione, le direttrici lungo le quali è necessario impostare una rinnovata riflessione in materia di persone con disabilità.

### 5. Il ruolo del diritto privato nell'adeguamento alla Convenzione

Resta da chiarire in quale direzione debba muovere l'ordinamento italiano, in cui da tempo è avvertita l'esigenza di un profondo ripensamento degli istituti di protezione delle persone maggiori di età.

Preso atto, anche sul piano culturale, che la disabilità trova il proprio fondamento non già nella menomazione dell'individuo, ma nell'interazione fra la compromissione fisica, mentale, intellettuale o sensoriale e la società (o, meglio, nelle barriere in essa riscontrabili), la Convenzione obbliga gli ordinamenti degli Stati Parti a dotarsi di un'idonea disciplina di *sostegno* alle persone con infermità mentali, intellettuali o sensoriali, affinché queste ultime possano sviluppare ed esercitare adeguatamente *la propria capacità*, le proprie competenze e, dunque, la propria personalità.

Si è già dato conto di come, con buone probabilità, la scarsa considerazione riservata in Italia alla Convenzione sia dipesa dall'impiego della voce «capacità giuridica» nella traduzione del testo; a questo rilievo, può aggiungersi che l'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno – occorsa in un momento antecedente all'approvazione della Convenzione del 2006<sup>68</sup> – ha, per un verso, dotato il diritto privato italiano di uno strumento

<sup>68</sup> Com'è noto, l'amministrazione di sostegno è stata introdotta in virtù della l. n. 6/2004, il cui art. 1, nel proclamare la finalità della legge, recita: «La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente». Scorge nella disposizione «il tratto fondamentale dell'intero sistema di protezione delle persone disabili», che «si presta dunque ad assumere rilievo quale direttiva, sul piano generale, per l'operatività delle varie misure di protezione civilistica», A. VENCHIARUTTI, *Gli atti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Questioni di validità*, in AA. VV. *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, 162 ss.



inedito e precursore delle esigenze di proporzionalità e flessibilità menzionate nell'art. 12.4 CDPD<sup>69</sup> e, per altro verso, in parte sopito le critiche che già da tempo venivano mosse alle rigidità degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione<sup>70</sup>.

In questa prospettiva, la l. n. 6/2004 ha rappresentato un primo e importante passo verso la valorizzazione del concreto grado di autonomia che ogni individuo può (*rectius*, dovrebbe) conservare, introducendo una misura volta alla cura della persona non soltanto negli aspetti patrimoniali, ma anche personali<sup>71</sup>.

Eppure, malgrado da tempo provengano da più voci della dottrina civilistica auspici in merito alla loro abrogazione<sup>72</sup>, il diritto privato italiano con-

<sup>69</sup> Ribadite, con maggiore estensione, dal Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità nel *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 16 ss. Al riguardo, cfr. V. BARBA, *op. cit.*, 420.

<sup>70</sup> Com'è noto, oltre alla negatività di immagine che il provvedimento giudiziale reca alla persona, di tali istituti venivano (e vengono) censurati, tra gli altri aspetti, la standardizzazione della disciplina, applicabile senza variazioni a qualsiasi beneficiario, e l'attenzione esclusiva agli interessi economici dell'individuo. Si veda l'efficace quadruplice censura alla disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione compendiata in G. CIAN, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 481 ss. Avverte la necessità di una rilettura degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione coordinata al principio costituzionale di tutela della persona umana, P. PERLINGIERI, *Gli istituti*, cit., 333 ss., 337; denuncia la grave incidenza dell'interdizione sulla sfera giuridica e sociale della persona, C.M. BIANCA, *op. cit.*, 25 ss.; P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli, l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in AA. VV. *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, cit., 56 ss.; ID., *Vent'anni di amministrazione di sostegno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2023, 7 ss., 34-35.

<sup>71</sup> Che la cura degli interessi personali dell'individuo sia il «vero tratto distintivo del nuovo istituto, soprattutto rispetto a quelli tradizionali» è messo in luce da G. BONILINI, *Persone in età avanzata, e amministrazione di sostegno*, in *Fam. pers. e succ.*, 2005, 487 ss., 491. Indici normativi in tale direzione sono contenuti nell'art. 405, comma 4, c.c. (ai sensi del quale il giudice tutelare adotta anche d'ufficio i provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata), nell'art. 408 c.c. (ove si fa riferimento «alla cura ed agli interessi della persona interessata») e nell'art. 44 disp. att. (in cui si menzionano, oltre agli interessi patrimoniali del beneficiario, quelli morali). Sui rapporti tra amministrazione di sostegno e *cura personae*, v. almeno: F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano, 2004, 4175 ss.; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 29 ss.; U. ROMA, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2004, 993 ss.; M. PALADINI, *Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 585 ss.; S. PATTI, *Una nuova misura di protezione della persona*, in *Familia*, 2005, 221 ss.; M. TESCARO, *Amministrazione di sostegno*, in *Dig. IV. Sez. civ. Aggiornamento*, t. 1, Torino, 2007, 5 ss.; G. BONILINI, *art. 404*, in ID., F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2018, 3 ss., spec. 23.

<sup>72</sup> Auspici condivisi dai lavori del Gruppo 1 («Non discriminazione, riconoscimento della condizione di disabilità») dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità (istituito dalla l. n. 18/2009, tra le cui funzioni rientra quella di «promuovere la realizzazione di studi e ricerche che possano contribuire ad individuare aree prioritarie verso cui indirizzare azioni e interventi per la promozione dei diritti delle persone con disabilità»), il cui testo, del 2021, è reperibile al link: <https://www.osservatoriadisabilita.gov.it/media/1390/lavori-del-gdl-1-25-novembre->

tinua a tollerare la presenza degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione<sup>73</sup>: statuti di disciplina dotati di rigida efficacia incapacitante, con valenze più o meno punitive, in aperto contrasto con la lettera dell'art. 12 CDPD<sup>74</sup> e, ancor prima, con il rispetto della dignità delle persone con disabilità e della libertà di compiere le proprie scelte (art. 3 CPDP).

Se l'esigenza di superare definitivamente tali istituti non può davvero più rinviarsi – atteso che la Convenzione obbliga espressamente gli Stati ad adottare «tutte le misure idonee a modificare o ad abrogare qualsiasi legge, regolamento, consuetudine e pratica vigente che costituisca una discriminazione nei confronti di persone con disabilità» (art. 4 CPDP)<sup>75</sup> – è necessario

[2021.pdf](#). Nel documento si legge: «Sicuramente la prima delle tre misure di protezione giuridica (interdizione) deve essere abrogata, visto che prevede la sostituzione della persona con disabilità da parte del tutore nominato dal Giudice sempre e per l'esercizio di qualsiasi diritto, patrimoniale e non (incluse le scelte esistenziali), parlandosi in tal caso di “rappresentanza esclusiva” (...) Nel caso dell'inabilitazione, la figura nominata dal Giudice (il curatore) interviene ad “assistere” (...) la persona con disabilità nel compimento dei soli atti di straordinaria amministrazione, rimanendo nella completa libertà di esercizio della persona con disabilità solo gli atti di ordinaria amministrazione. Purtroppo, però, anche nel caso dell'inabilitazione, i poteri del curatore e quindi l'ampiezza dei suoi poteri è già declinata in maniera generale nel codice civile, senza aver cura di calibrare tale attività rispetto alle esigenze di supporto del caso concreto (...) Pertanto anche rispetto a tale misura di protezione giuridica, si deve considerare l'automatismo nell'attività di una figura (curatore) che interviene, con una sorta di potere di veto, nelle scelte della persona con disabilità su un novero di atti già identificato dal codice (...) ciò in aperto contrasto con lo stesso articolo 12 par. 3 della CRPD» (così, nel documento, 12-13).

<sup>73</sup> Le cui discipline sono state soltanto parzialmente rivisitate dall'intervento normativo del 2004. Si segnala, in particolare, la previsione secondo cui, nella sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione, si può prevedere che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore, o che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore (art. 427, I co., c.c.). La previsione, «che voleva addolcire» la durezza degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, è rimasta «lettera morta nei tribunali»: così P. CENDON, *Vent'anni*, cit., 34.

<sup>74</sup> È, questa una conclusione che oltre al testo dell'art. 12 della Convenzione (ai sensi del quale è richiesto che le misure di sostegno «siano proporzionate e adattate alle condizioni della persona»), è messa in evidenza nel *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punti 16 ss. e, spec. 18, ma si legge, da tempo, anche nelle pagine della dottrina. V., in particolare, P. CENDON, *Persone fragili, diritti civili*, Milano, 2021, 31, per il quale non dovrebbero esistere, in tema di individui fragili, «schemi di condotta – di interfacciamento sociale – applicabili a chiunque; scritti in alto, una volta per sempre, con lo scalpello da marmo. (...) Il criterio è necessariamente quello dell'inconfondibilità sartoriale, antropologica; della relatività come per Einstein»; ID., *Vent'anni*, cit., 7 ss. Che la «paura della infermità mentale, la “difesa della società”, la (pressante) volontà di discriminare il malato ha dato luogo ad una disciplina (e ad una prassi ancor più) rigida e odiosa che provoca emarginazione, nonostante appaia (formalmente) ispirata alla protezione del soggetto» è messo in rilievo da M. DOGLIOTTI, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, V. Roppo, F. Anelli, Milano, 2019, 561.

<sup>75</sup> V. il *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 28: «States parties' obligation to replace substitute decision-making regimes by supported decision-making requires both the abolition of substitute decision-making regimes and the development of supported decision-making alternatives. The development of supported decision-making systems in parallel with the maintenance of substitute decision-making regimes is not sufficient to comply with article 12 of the Convention».

intervenire anche sull'amministrazione di sostegno, riformandone alcune regole.

Beninteso: con ciò non intende negarsi che la disciplina di tale strumento sia, per svariati aspetti, conforme a quanto previsto dall'art. 12 della Convenzione. Ci si riferisce, tra gli altri: all'introduzione – quantomeno negli intenti – di una sorta di gradualità tra la misura dell'amministrazione di sostegno e l'interdizione o l'inabilitazione; alla circostanza che il provvedimento istitutivo (*i.e.* il decreto di nomina) sia modulato sulla base delle esigenze del beneficiario<sup>76</sup>; all'attenzione riservata (non solo alla *cura patrimonii*, ma anche) agli aspetti inerenti alla *cura personae*; alla presenza di salvaguardie e cautele sull'operato dell'amministratore, nonché alla previsione di specifici doveri in capo a quest'ultimo, tra cui quello di «tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario»; alla previsione della modificabilità o integrabilità della misura in ogni tempo; alla possibilità che la designazione dell'amministratore di sostegno sia operata dal beneficiario, in previsione della propria eventuale futura incapacità; alla conservazione, per il beneficiario, della capacità di agire con riguardo a tutti gli atti per cui non è diversamente disposto nel decreto di nomina e, in ogni caso, per il compimento degli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana; alla temporaneità della misura, etc.

Nondimeno, sarebbe irrealistico reputare che la sopravvenienza della Convenzione non abbia determinato alcuna necessità di intervento in materia di amministrazione di sostegno. E i risultati che potrebbero conseguirsi in sede di una sia pur indispensabile interpretazione della normativa vigente alla luce della Convenzione e delle norme costituzionali, con l'obiettivo di prospettare soluzioni maggiormente rispondenti alle esigenze particolari di ciascun individuo, sarebbero comunque lontani dal rappresentare un'adeguata soluzione giuridica al problema di una piena tutela dei diritti delle persone con disabilità, inteso come tema di promozione e autentica valorizzazione della loro autonomia e capacità, anche con riguardo all'esercizio dei diritti fondamentali<sup>77</sup>.

Invero, non può non considerarsi che, malgrado i pregi menzionati, la disciplina dell'amministrazione di sostegno determina una *deminutio* nella 'misura della capacità d'agire' del beneficiario che, sebbene circoscritta all'oggetto di ciascuna amministrazione<sup>78</sup>, talvolta riguarda anche il compi-

<sup>76</sup> Ed è proprio valorizzando la flessibilità dell'amministrazione di sostegno e, dunque, l'idoneità dello strumento ad adeguarsi alle esigenze del beneficiario che Cass. 25.10.2012, n. 18320, in *Onelegale*, ha reputato l'istituto conforme alla Convenzione.

<sup>77</sup> Soltanto di recente la giurisprudenza di legittimità sembra valorizzare maggiormente il ruolo ermeneutico della Convenzione in relazione agli istituti a protezione della persona: cfr., in via esemplificativa, Cass. 3.2.2022, n. 3462, in *Onelegale*, in materia di interdizione e consenso all'adozione; Cass. 31.3.2022, n. 10483, *ivi*, in materia di presupposti per l'adozione del provvedimento istitutivo di un'amministrazione di sostegno; Cass. 11.7.2022, n. 21887, in *DeJure*.

<sup>78</sup> Ciò che rende evidente le differenze, sia dal punto di vista quantitativo che da quello qualitativo, tra la posizione del beneficiario di un'amministrazione di sostegno e l'acquisto di una precisa qualità giuridica a cui si riconnette l'operare di un dato regolamento normativo (come accade per l'interdizione e l'inabilitazione): S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 46. Non possono invero disconoscersi i segni di un movimento progressivo, nel contesto dell'amministrazione di sostegno, all'insegna del principio di autonomia: A.

mento di atti personalissimi<sup>79</sup>. Per avvedersi dell'esistenza di una qualche limitazione della capacità di agire, è sufficiente osservare la lettera dell'art 409 c.c., che discorre della 'conservazione' della stessa per tutti gli atti che, sulla base delle indicazioni contenute nel decreto di nomina, non prevedono l'intervento dell'amministratore o il testo dell'art. 1, l. n. 6/2004, che nel fissare il proposito dell'istituto menziona la necessità di perseguire «la minore limitazione possibile della capacità di agire» del beneficiario<sup>80</sup>. Questo tratto, consistente nella limitazione (sia pur sartoriale) di questo o quel frammento di capacità dell'interessato, non dovrebbe più predicarsi in ragione della Convenzione, che chiama il legislatore a disciplinare un sostegno alla persona con disabilità che muova da una prospettiva diversa da quella attuale, in cui la 'protezione' è immancabilmente declinata in termini di *perdita o contenimento* della capacità dell'individuo<sup>81</sup>.

Non solo. Dovendo muovere dal concetto, basilare, per cui ogni persona con disabilità deve poter partecipare alla vita di relazione e deve essere, in linea di principio, libera di compiere le proprie scelte in ogni aspetto della propria esistenza, la funzione dell'amministratore di sostegno (o di qualsivoglia figura, variamente denominata, che sia incaricata di prestare supporto) dovrebbe essere limitata, in attuazione della Convenzione e degli artt. 2 e 3 Cost., in linea primaria all'assistenza del beneficiario e alla collaborazione

---

VENCHIARUTTI, *Poteri dell'amministrazione di sostegno e situazione del beneficiario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 9 ss., spec. 16; reputa che, con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, la legge abbia infranto «la dicotomia tra soggetti capaci e soggetti incapaci che riproduceva all'interno del nostro sistema la contrapposizione paternalismo/antipaternalismo», R. CATERINA, *op. cit.*, 782.

<sup>79</sup> Con riguardo al compimento degli atti personalissimi, basti pensare che, anche recentemente, la giurisprudenza ha confermato la legittimità dell'estensione al beneficiario dell'amministrazione di sostegno del divieto di cui all'art. 85 c.c. alla luce dell'(inadeguato) criterio del *best interest* di quest'ultimo: così, Cass. 11.5.2017, n. 11536, in *Fam. e dir.*, 2017, 953 ss., ma v. anche Cass. 21.5.2018, n. 12460, in *Foro it.*, 2019, I, 272 ss., con riguardo all'esclusione della capacità di testare o di donare del beneficiario. Più in generale, non può trascurarsi il ruolo del discusso rinvio contenuto nell'art. 411 c.c., ult. co., ai sensi del quale «Il giudice tutelare, nel provvedimento con il quale nomina l'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avendo riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni».

<sup>80</sup> Così: G. BONILINI, *art. 404*, cit., 34 ss., 37; S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 31; E.V. NAPOLI, *L'interdizione e l'inabilitazione*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, Milano, 2005, 12; A. GORGONI, *I nuovi rimedi a tutela delle persone prive di autonomia*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 630 ss.; M. GIROLAMI, *La procura degli incapaci*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1393; M. TESCARO, *L'effettiva protezione degli incapaci maggiorenni al tempo del Covid-19 (e non solo)*, in questa *Rivista*, 2021, 549.

<sup>81</sup> Significativamente, il *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 14, rileva: «Legal capacity means that all people, including persons with disabilities, have legal standing and legal agency simply by virtue of being human. Therefore, both strands of legal capacity must be recognized for the right to legal capacity to be fulfilled; they cannot be separated», e, con riguardo alle limitazioni alla capacità di agire, rileva l'incompatibilità rispetto all'art. 12 di ogni misura che si sostanzia nella rimozione della capacità da una persona, anche se limitata a una singola decisione (*ivi* al punto 27). Sulla necessità di abbandonare la relazione tra protezione e incapacità, v. i rilievi di P. ZATTI, *Oltre la capacità* (2003), ora in ID., *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 113 ss., spec. 125.

con quest'ultimo, nei limiti del suo effettivo bisogno e allo scopo di valorizzare volontà, desideri e preferenze del singolo<sup>82</sup>. Meccanismi di sostituzione nell'assunzione delle decisioni (e nel compimento di negozi) andrebbero, invece, rigorosamente circoscritti a casi eccezionali e dovrebbero essere tesi alla realizzazione non già del migliore interesse della persona<sup>83</sup>, ma del suo interesse preferito. Eppure, non soltanto permane in Italia la tendenza a ricorrere, specie in presenza di patrimoni complessi, alle forme tradizionali ed emarginanti di incapacità di agire<sup>84</sup>, ma si segnalano da tempo criticità e problemi anche dell'amministrazione di sostegno, derivanti, tra gli altri<sup>85</sup>, da una certa leggerezza dei giudici tutelari nella redazione dei decreti di nomina.

Peraltro, l'impressione che siano necessari aggiustamenti alla disciplina dell'amministrazione di sostegno di cui agli artt. 404 ss. c.c. è condivisa dalla relazione del Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità che, nelle *Osservazioni conclusive al primo rapporto dell'Italia* del 2016, ha espresso preoccupazioni proprio con riguardo alla circostanza che «si continui ad attuare la prassi della sostituzione nell'assunzione delle decisioni mediante l'amministrazione di sostegno», raccomandando, per un verso (e ancora una volta), l'abrogazione di tutte le norme che permettano meccanismi sostitutivi e, per altro verso, l'emanazione e attuazione di prov-

<sup>82</sup> Si veda, *amplius*, il *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., punto 20 ss.: «The “best interests” principle is not a safeguard which complies with article 12 in relation to adults. The “will and preferences” paradigm must replace the “best interests” paradigm to ensure that persons with disabilities enjoy the right to legal capacity on an equal basis with others» (così al punto 21). Spunti interessanti possono trarsi da Corte eur. diritti dell'uomo, 6.7.2023, Calvi e al. c. Italia, in *Foro it.*, 2024, I, IV, 2 ss., con nota di C. BONA, *L'amministrazione di sostegno, la Corte europea dei diritti dell'uomo e il modello sociale della disabilità*.

<sup>83</sup> Nell'ottica del perseguimento del *best interest* del beneficiario, tra le altre, Cass. 11.5.2017, n. 11536, cit.

<sup>84</sup> Tendenza che è agevolata dalla formulazione del codice, che rende incerto il confine tra gli istituti di protezione legale. Che gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione continuino a trovare applicazione, malgrado il sempre più crescente numero dei procedimenti relativi all'amministrazione di sostegno, emerge dai dati dell'*Annuario statistico italiano 2023*, capitolo 6, *Giustizia, criminalità e sicurezza*, pubblicato dall'Istat il 20 dicembre 2023, e reperibile al link <https://www.istat.it/storage/ASI/2023/capitoli/C06.pdf> (v., in particolare, la Tavola 6.4). Evidenziano come la l. 6/2004 in molti tribunali venga poco applicata, restando prevalente il ricorso all'interdizione e all'inabilitazione, G. CARLESSO, M.T. GENTILE, R.M. GIGANTESCO, I. MAZZEI, S. SANTARONI, *Le armi spuntate del Giudice Tutelare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 702 ss., che sulla base di dati statistici, rilevano: «dall'analisi per macro aree del territorio nazionale è infatti emerso che al Nord e al Centro il numero di decreti di AdS per 100mila residenti, adottati in sei anni, è doppio del numero di decreti adottati al Sud. L'inverso si osserva per i decreti di nomina dei tutori, che al Sud sono più del doppio rispetto al Nord. Anche al Centro Italia la produzione di decreti tutore è piuttosto elevata, con un valore di poco più basso rispetto al Sud».

<sup>85</sup> Per una sintesi, recentemente, oltre a G. CARLESSO, M.T. GENTILE, R.M. GIGANTESCO, I. MAZZEI, S. SANTARONI, *op. ult. cit.*, 702 ss., 719 ss.; M. PICCINNI, *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, *ivi*, 691 ss.; U. ROMA, *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, *ivi*, 694 ss.; M. GIROLAMI, *La procura*, cit., 1388 ss.; ID., *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 854 ss., spec. 858 ss.; M.N. BUGETTI, *Verso... e oltre l'amministrazione di sostegno: una retrospettiva su un criticato istituto di successo*, in *Fam. e dir.*, 2024, 309 ss.

vedimenti per il supporto nell'assunzione delle decisioni, compresa la formazione di professionisti che operano nei settori giudiziario, sanitario e sociale<sup>86</sup>.

Da altra prospettiva, il nostro ordinamento dovrebbe accogliere strumenti di sostegno alternativi a quelli conseguibili attraverso la via giudiziale<sup>87</sup>.

In particolare, valorizzando l'esercizio della propria capacità, sarebbe opportuno permettere alla persona con disabilità di poter decidere, mediante congegni negoziali specifici, chi e in che modo è incaricato di assisterla nell'assunzione delle decisioni personali e/o patrimoniali, sviluppando quanto più possibile la sua persona<sup>88</sup>. Del resto, è in questa direzione che si

<sup>86</sup> Cfr., in particolare, i punti 27-28 delle *Concluding observations on the initial report of Italy* del Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità, adottate nella 16° sessione, 15 agosto-2 settembre 2016 (reperibili al link: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRP.D%2FC%2FITA%2FCO%2F1&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRP.D%2FC%2FITA%2FCO%2F1&Lang=en)): «The Committee is concerned that substituted decision-making continues to be practised through the mechanism of administrative support “Amministrazione di Sostegno”. The Committee recommends that the State party repeal all laws that permit substituted decision-making by legal guardians, including the mechanism of administrative support and the enactment and implementation of supported decision-making provisions, including the training of professionals in the justice, health and social sectors». Sulla necessità di formazione dei soggetti che gravitano intorno al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, v. le riflessioni di P. ZATTI, *L'intendance suivra...?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 182-183. Nella medesima direzione del Comitato delle Nazioni Unite si muovono i lavori dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, cit., 13 ss., ove si legge che «pur avendo certamente innovato rispetto alla disciplina precedente, infatti, il cambiamento di prospettiva introdotto con la legge n. 6/2004, si è dimostrato non sufficiente (...) La Convenzione ci impone un cambio di paradigma: la persona con disabilità non più come persona con capacità giuridica e/o di agire limitata e quindi da proteggere, ma persona con piena capacità, titolare di diritti fondamentali, costituzionalmente garantiti». L'Osservatorio reputa «opportuno mantenere un *continuum* di forme di supporto di intensità progressiva in base alla situazione individuale della persona, ricorrendo a meccanismi o istituti giuridici più formalizzati solo quando ve ne è una effettiva necessità. D'altra parte, anche nell'ipotesi in cui sia necessario attivare una misura/meccanismo di protezione, oltre che di supporto (...), occorre riconoscere alla persona, attraverso adeguata indicazione normativa e prassi amministrativa, il “processo decisionale supportato” (...) Pertanto, occorre inserire in tutte le norme, direttive, linee guida, etc. che è un diritto delle persone con disabilità, a partire dalla progettazione individuale, l'acquisizione di processi di autodeterminazione (anche attraverso esperienze nuove, momenti di autoconsapevolezza) ed avere sostegni formali e informali (circoli di sostegno, *peer support*) per la manifestazione dei propri desideri bisogni ed aspettative e la sua presa di decisioni. Occorre inserire in tutte le norme, direttive, linee guida, etc. che è un diritto delle persone con disabilità vedersi predisposti gli strumenti e le condizioni atte a garantire un effettivo e possibile “processo decisionale supportato” e un sistema di sostegno basato sulla migliore interpretazione dei desideri in ogni ambito (giuridico, sanitario, di accesso ai servizi, di instaurazione di relazioni civili), predisponendo un'ideale attività formativa per gli operatori del diritto, i familiari delle persone con disabilità, gli operatori sociali e sanitari».

<sup>87</sup> *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., al punto 17. Peraltro, la previsione di alternative alle misure di sostegno giudiziali consentirebbe di superare (o, almeno, ridurre) alcune delle criticità in materia di amministrazione di sostegno segnalate da G. CARLESSO, M.T. GENTILE, R.M. GIGANTESCO, I. MAZZEI, S. SANTARONI, *op. cit.*, 704 ss.; U. ROMA, *Amministrazione di sostegno: criticità*, cit., 694 ss.

<sup>88</sup> Aperture in questa direzione, con riguardo alla *cura personae*, si scorgono nella l. n. 218/2017 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), il cui art. 4 consente alla persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, «in

sono mossi diversi paesi europei, i cui ordinamenti contemplanano strumenti di diritto privato che consentono di conferire a un soggetto l'incarico di occuparsi della gestione dei propri beni e, in varia misura, della propria persona, in apprezzamento o in previsione della propria disabilità. Tra gli altri, si pensi – oltre alle già menzionate misure di sostegno volontarie introdotte dal legislatore spagnolo con la riforma in tema di *discapacidad (podere preventivo e mandato preventivo)* – al *mandat de protection future* francese<sup>89</sup> o alla *Vorsorgevollmacht* tedesca, una procura che, a seguito della riforma operata dal *Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts* del 4 maggio 2021 (in vigore dal 1° gennaio 2023), è posta al centro degli strumenti per la gestione della sfera giuridica dell'interessato<sup>90</sup>.

Un passo importante verso la valorizzazione della libertà di scelta e dell'autodeterminazione della persona con disabilità è stato compiuto, nel nostro ordinamento, con il d.lgs. 3.5.2024, n. 62<sup>91</sup>, che introduce una disci-

---

previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi», di esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche o a singoli trattamenti sanitari, indicando una «persona di fiducia», «che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie» (ma v. anche l'art. 5 sulla pianificazione condivisa delle cure). Allo stato, in alternativa al sostegno di natura giudiziale, per gestire il patrimonio della persona non di rado si ricorre all'utilizzo di procure generali rilasciate, in un periodo antecedente, dal soggetto non più *compus sui*. Per un'attenta disamina del tema, M. GIROLAMI, *La procura*, cit., p. 1388 ss. Più in generale, sull'importanza che la persona con disabilità possa programmare le misure di sostegno negli aspetti patrimoniali e personali della propria esistenza, si veda il *General Comment No. 1 (2014). Article 12: Equal recognition before the law*, cit., al punto 17: «*For many persons with disabilities, the ability to plan in advance is an important form of support, whereby they can state their will and preferences which should be followed at a time when they may not be in a position to communicate their wishes to others*».

<sup>89</sup> Il *mandat de protection future*, che consente di designare uno o più soggetti affinché si prendano cura del proprio patrimonio e/o della propria persona, è stato introdotto nel *Code civil* (artt. 477 ss.) con *Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*. Mette conto di segnalare che, ai sensi dell'art. 428 del *Code civil*, come modificato dall'art. 29 della *Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019*, le misure di protezione giudiziale non potranno essere ordinate se non in caso di necessità e ove non si possa provvedere sufficientemente agli interessi della persona (attraverso un *mandat de protection future*, o in virtù dell'applicazione delle regole in materia di rappresentanza o di quelle relative ai diritti e doveri dei coniugi o in ragione di altre misure meno restrittive).

<sup>90</sup> E invero, in attuazione della Convenzione di New York e, in particolare, dell'art. 12 (cfr., in tal senso, il comunicato n. 70/2022, del *Bundesministerium der Justiz* reperibile al link [https://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/1229\\_Neues\\_Vormundschafts\\_und\\_Betreuungsrecht.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/1229_Neues_Vormundschafts_und_Betreuungsrecht.html)), il § 1814.3, n. 1, BGB, relega ora l'istituto di protezione legale (*Betreuung*, che non interferisce di per sé con la capacità del beneficiario) a un ruolo sussidiario, prevedendo che se un soggetto maggiore di età non è in grado di gestire in tutto o in parte i propri affari, in ragione di una malattia (*Krankheit*) o di una disabilità (*Behinderung*) non è necessario fare luogo alla nomina di un *Betreuer* quando può provvedere agli stessi compiti un rappresentante negoziale a ciò legittimato. Nella prospettiva di attuazione dell'art. 12, v. anche il § 1821, che sancisce il rispetto dei desideri della persona assistita (salvo il ricorrere di una delle ipotesi regolate dal § 1821.3) o, per il caso in cui non si possano stabilirne i desideri, la volontà presunta. Sulla *Vorsorgevollmacht*, nella letteratura italiana, M. GIROLAMI, *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 854 ss.

<sup>91</sup> Il d.lgs. 3.5.2024, n. 62 (recante «Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per

plina del c.d. *progetto di vita*, quel «progetto individuale, personalizzato e partecipato della persona con disabilità che, partendo dai suoi desideri e dalle sue aspettative e preferenze, è diretto ad individuare, in una visione esistenziale unitaria, i sostegni, formali e informali, per consentire alla persona stessa di migliorare la qualità della propria vita, di sviluppare tutte le sue potenzialità, di poter scegliere i contesti di vita e partecipare in condizioni di pari opportunità rispetto agli altri» (art. 2, II co., lett. c, d.lgs. d.lgs. 3.5.2024, n. 62)<sup>92</sup>.

Nello specifico, ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. d.lgs. 3.5.2024, n. 62, è previsto che il progetto individui – per qualità, quantità e intensità – gli strumenti, le risorse, gli interventi, le prestazioni, i servizi e gli accomodamenti ragionevoli volti a eliminare o a prevenire le barriere e attivare i supporti necessari per l'inclusione e la partecipazione della persona nei diversi ambiti (abitativo, lavorativo, scolastico etc.)<sup>93</sup>. Significativamente, è la persona con disabilità, «titolare del progetto di vita», che «ne richiede l'attivazione», concorre a determinarne i contenuti ed esercita le prerogative volte ad apportarvi modifiche e integrazioni, «secondo i propri desideri, le proprie aspettative e le proprie scelte»<sup>94</sup>.

Se la ricostruzione complessiva di un sistema esige che se ne colgano le dinamiche, le modalità attraverso le quali ciascuna componente ridefinisce tutte le altre, dando a ciascuna nuova forza e legami più solidi con la società<sup>95</sup>, è indispensabile che il diritto privato interpreti finalmente il ruolo di protagonista che la Convenzione sui Diritti delle Persone con Disabilità gli ha affidato.

---

l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato») è stato emanato in attuazione della l. n. 227/2021, che ha conferito al Governo la delega ad adottare uno o più decreti legislativi per la revisione e il riordino delle disposizioni vigenti in materia di disabilità. Ancor prima del d.lgs. 62/2024, in attuazione della legge delega, sono stati emanati il d.lgs. 13.12.2023, n. 222 («Disposizioni in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità») e il d.lgs. 5.2.2024, n. 20 («Istituzione dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità»). Tra le varie disposizioni contenute nel d.lgs. d.lgs. 3.5.2024, n. 62, si segnalano: l'art. 1 («Oggetto e finalità»), in cui si fa espressa menzione alla Convenzione e al rispetto dei principi di autodeterminazione e non discriminazione della persona con disabilità; l'art. 3, recante «Modifiche all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104», che ora contempla la nuova nozione – conforme a quella data dall'art. 1.2 CDPD – di «persona con disabilità»: «è persona con disabilità chi presenta durature compromissioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri, accertate all'esito della valutazione di base»; l'art. 4, che nel disciplinare la «Terminologia in materia di disabilità», prevede la sostituzione «ovunque ricorre» della parola «handicap» con «condizione di disabilità», delle parole «persona handicappata, portatore di handicap, persona affetta da disabilità, disabile, diversamente abile» con «persona con disabilità» e dell'espressione «disabile grave» con quella di «persona con necessità di sostegno intensivo».

<sup>92</sup> L'art. 33, II co., d.lgs. 3.5.2024, n. 62, prevede che dal 1° gennaio 2025 sia avviata una procedura di sperimentazione, della durata di 12 mesi, volta all'applicazione provvisoria e a campione delle disposizioni relative al progetto di vita.

<sup>93</sup> Circa la forma e il contenuto del progetto di vita, cfr. art. 26, d.lgs. 3.5.2024, n. 62.

<sup>94</sup> Con riguardo al procedimento per la formazione del progetto, v. artt. 23 ss., d.lgs. 3.5.2024, n. 62.

<sup>95</sup> S. RODOTÀ, *op. cit.*, 564.

## DOVERI DI INFORMAZIONE DELLE IMPRESE SOSTENIBILI E CONSUMO RESPONSABILE NEL SETTORE AGROALIMENTARE

Di Chiara Sartoris

| 591

**SOMMARIO:** 1. *Produzione e consumo sostenibili nel contesto del cambiamento climatico: i problemi del settore agroalimentare.* - 2. *I doveri informativi delle imprese agricole nella produzione biologica: per una tutela effettiva del consumatore.* - 3. *La nuova frontiera del “climate labelling” nel contesto delle politiche europee sulla sostenibilità.* - 4. *La tendenza alla responsabilizzazione del consumatore tra potenzialità e criticità.*

*ABSTRACT.* Lo scritto analizza il tema della comunicazione di sostenibilità da parte delle imprese del settore agroalimentare, alla luce delle più recenti direttive europee in materia di sostenibilità. L'attenzione viene dedicata alla trasmissione delle informazioni sulla sostenibilità dei processi produttivi veicolata tramite i sistemi di etichettatura dei prodotti, con particolare riguardo sia alle etichette della produzione biologica sia a “climate labelling” di futura possibile adozione. La comunicazione di tali dati contribuisce alla formazione di una platea di consumatori consapevoli e responsabilizzati nelle proprie scelte di consumo, quale motore pulsante per la transizione verde delle imprese.

*This paper analyses companies' sustainability claims with reference to agri-food sector, in the light of the latest European directives in matter of sustainability. The attention is focused on the disclosure of information about sustainability of production processes provided by a system of product labels, with particular reference to both organic production labels and “climate labelling” to be probably adopted in future. Communication of this information contributes to the creation of an audience of aware and empowered consumers who may become the propulsive players of companies green transition.*



## 1. Produzione e consumo sostenibili nel contesto del cambiamento climatico: i problemi del settore agroalimentare.

| 592

Gli evidenti effetti del cambiamento climatico rendono sempre più forte la consapevolezza non solo dei Governi, ma anche dei privati, della necessità di interventi di transizione ecologica sia a livello macro-economico che a livello micro-economico. Sotto quest'ultimo angolo di visuale, una parte sempre più consistente di imprese e di consumatori percepisce l'importanza di condotte, rispettivamente produttive e di consumo, improntate alla sostenibilità<sup>1</sup>. Non a caso, si registra un impegno crescente dei soggetti del mercato verso l'adozione di tecniche di produzione e di consumo sostenibili con l'aspettativa che una maggior attenzione all'ambiente possa limitare gli effetti del cambiamento climatico; i cui rischi in termini di pregiudizi economici e non solo appaiono molto onerosi<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Per una riflessione sul concetto di sostenibilità e, soprattutto, sulla sua rilevanza in ambito privatistico v. K. BOSSELMANN, *The Principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, Aldershot, 2008; L. VALERA, *La sostenibilità: un concetto da chiarire*, in *Econom. dir. agroalim.*, 2012, 39 ss.; G. SENATORE, *Storia della sostenibilità. Dai limiti della crescita alla genesi dello sviluppo*, Milano, 2013; M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in P. POLLICE (a cura di), *Liber Amicorum per Biagio Grasso*, Napoli, 2015, 473 ss.; ID., *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civilcostituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, 3, 4 ss.; S. LANDINI, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 2, 611 ss.; E. FREDIANI, *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. econom.*, 2015, 1, 49 ss.; M.E. GRASSO, *Lineamenti di etica e diritto della sostenibilità*, Milano, 2015; S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 337 ss.; M.G. LUCIA, *Prologo. Il concetto di sostenibilità: una visione di sintesi*, in M.G. LUCIA, S. DUGLIO, P. LAZZERINI (a cura di), *Verso un'economia della sostenibilità. Lo scenario e le sfide*, Milano, 2018, 9 ss.; E. CATERINI, *Sustainability and civil law*, in *Italian Law Journal*, 2018, 289 ss.; ID., *La "sostenibilità" nell'esperienza giuridica contemporanea. In occasione della discussione svoltasi nell'Ateneo barese*, in D.A. BENITEZ, C. FAVA, *Sostenibilità: sfida o presupposto?*, Milano, 2019, 84 ss.; G. PERLINGIERI, *"Sostenibilità", ordinamento giuridico e "retorica dei diritti". A margine di un recente libro*, in *Foro nap.*, 2020, 4, 101 ss.; G. CAPALDO, *Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile*, in *Pers. e merc.*, 2020, 334 ss.; S. PEDRABISSI, *Sviluppo sostenibile: l'evoluzione giuridica di un concetto mai definito*, in *Revista Ibérica do Direito*, 2020, I.1, 157 ss.; A. BUONFRATE, *Principi del nuovo diritto dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2020; F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, V ed., Torino, 2021, 181 ss.; G. VETTORI, *Verso una società sostenibile*, in *Pers. merc.*, 2021, 463 ss.; D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Pers. e merc.*, 2021, 3, 469 ss.; F. BERTELLI, *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Torino, 2022; M. RENNA, *Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata*, in *Contr. e impr.*, 2022, 2, 538 ss.; A. PISANI TEDESCO, *Strumenti privatistici per la sostenibilità ambientale e sociale*, Torino, 2024; B. SAAVEDRA SERVIDA, *Sostenibilità ambientale, autonomia privata e private regulation*, in R. LENER, M. RABITTI, F. SARTORI, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le clausole generali nel diritto dell'economia*, Torino, 2024, 209 ss.

<sup>2</sup> D'altra parte, la centralità dell'ambiente e l'impegno dell'ordinamento a garantirne la tutela trovano oggi esplicita consacrazione nell'art. 9, comma 3, nonché nell'art. 41, commi 2 e 3 Cost., come modificati dalla legge di riforma costituzionale n. 1/2022. Tali enunciazioni di principio, peraltro, erano già implicitamente assimilate dall'ordinamento giuridico all'interno di talune normative di settore. Si pensi, ad esempio, il codice dell'ambiente, il



Quanto detto è particolarmente vero con specifico riguardo al settore agroalimentare, il cui legame con l'ambiente e con il clima è evidentemente stretto<sup>3</sup>. Non solo perché le attività agricole possono comportare un rilevante impatto negativo sull'inquinamento (si pensi all'impiego di pesticidi e di fertilizzanti chimici contenenti gas climalteranti); ma anche perché, avendo come oggetto principale la cura e lo sviluppo di un ciclo biologico<sup>4</sup>, sono maggiormente sensibili alle variazioni climatiche (basti pensare agli effetti dovuti all'aumento costante delle temperature o alla scarsa piovosità). Per queste ragioni, negli ultimi anni, si registra una consistente crescita dell'attenzione dei consumatori verso una produzione che sia sempre più circolare e sostenibile, partendo proprio dal primo anello della filiera. Si delineano, infatti, nuove categorie di consumatori i quali, lungi dal subire passivamente gli effetti nefasti del cambiamento climatico, avanzano pretese di maggior sostenibilità da parte dell'attività produttiva, facendosi promotori di una "spinta gentile" idonea a indurre le imprese a rimodulare i propri processi

cui art. 3 *quater* afferma: «[o]gni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future». Sul tema cfr. G. ALPA, *Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contr. e impr.*, 2022, 361 ss.; M.P. POTO, *La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1057 ss.; G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 2, 460 ss.; M. IANNELLA, *L'European green deal e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *www.federalismi.it*, 2022, p. 171 ss.; D. IACOVELLI, *La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione nell'ecologia delle idee*, in *Jus*, 2022, 3, 218 ss.; D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. econom.*, 2022, 1, 15 ss.; M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quad. cost.*, 2022, 2, 352 ss.; L. CONTE, *Ambiente, paesaggio, cultura. Il "lessico" costituzionale dopo la riforma*, in *Riv. Ass. ital. cost.*, 2023, 3, 77 ss.

<sup>3</sup> Cfr. FAO, *The future of food and agriculture. Alternative pathways to 2050*, Roma, 2018. Osserva, inoltre, A. LUPO, *Diritto al cibo e cambiamenti climatici: quale futuro per la sicurezza alimentare globale?*, in *Riv. dir. alim.*, 2022, 1, p. 60: «tra agricoltura e cambiamenti climatici esiste una relazione complessa di causa-effetto, trattandosi di due sistemi interconnessi che evolvono nel tempo originando reciproche pressioni». Limitandoci alla letteratura italiana si vedano anche: F. BOSELLO, J. ZHANG, *Gli effetti del cambiamento climatico in agricoltura*, in *QA Rivista dell'Associazione Rossi-Doria*, 2006, 97 ss.; S. CASERINI, *Cambiamenti climatici e sovranità alimentare*, in *Ing. amb.*, 2015, 2, 1 ss.; M. ANTONELLI, S. CASTALDI, R. VALENTINI, *Cambiamento climatico e cibo*, in *Equilibri*, 1, 2020, p. 36 ss.; M. ALABRESE, *Politiche climatiche, politiche agricole e il bisogno di coordinamento*, in *Riv. dir. agr.*, 3, 2020, 618 ss.; L. COSTATO, *Editoriale – Cambiamento climatico e autosufficienza alimentare: una sfida per l'Unione europea*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, 3, 1 ss.; A. DI LAURO, *Gli effetti dei cambiamenti climatici sulla disciplina delle indicazioni geografiche: criticità e prospettive*, *ivi*, p. 22 ss.; S. PITTO, *Cambiamento climatico e sicurezza alimentare: dall'approccio One Health ai modelli olistici del Global South*, in *BioLaw Journal*, 2023, 2, 315 ss.; M.C. RIZZUTO, *Cambiamento climatico: un problema di intreccio globale e locale. Spunti di riflessione della filiera agroalimentare quale modello virtuoso di circolarità e sostenibilità*, in *BioLaw Journal*, 2023, 2, 253 ss.; S. CARMIGNANI, *L'agricoltura resiliente e le sfide della giustizia climatica*, in *Dir. agroalim.*, 2023, p. 69 ss.

<sup>4</sup> Come, peraltro, suggerisce anche la definizione di imprenditore agricolo di cui all'art. 2135 c.c., su cui v. su tutti A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE, *Impresa agricola* (voce), in *Dig. disc. priv.*, IV agg., Torino, 2009.

produttivi in funzione della sostenibilità ambientale, nonché a impegnarsi a comunicare chiaramente e correttamente se e in che modo realizzino una produzione attenta all'ambiente. D'altro canto, autorevoli studi economici evidenziano come l'adozione di *best practices*, a sua volta, sia in grado di influenzare la scelta di acquisto dei consumatori, stimolando la loro sensibilità verso la sostenibilità ambientale anche in funzione di contrasto al cambiamento climatico, secondo un circolo potenzialmente virtuoso.

Il fenomeno sociale ed economico testé illustrato trova oggi un rilevante fondamento giuridico a livello euro-unitario. Negli ultimi anni, notevoli sono gli sforzi profusi dall'Unione europea per contemperare le istanze della sostenibilità ambientale con quelle della qualità alimentare. Basti menzionare la strategia “*From Farm to Fork*”<sup>5</sup> e la Strategia sulla biodiversità per il 2030<sup>6</sup>. Entrambe costituiscono il cuore pulsante del “*Green Deal*”, con cui l'Unione europea ha preso l'impegno per promuovere un'agricoltura sostenibile dal punto di vista ambientale ed economico<sup>7</sup>, trattandosi di settore cruciale al fine di assicurare l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050, secondo quanto stabilito con l'accordo di Parigi<sup>8</sup>. In termini più generali, gli atti menzionati debbono oggi essere inseriti in un contesto normativo più ampio, che pone la sostenibilità al centro delle politiche aziendali sotto plurimi profili. Il riferimento è tanto alla recente direttiva 2022/2464/UE (*Corporate Sustainability Reporting Directive*), che rafforza il ruolo e la responsabilità delle imprese nel perseguimento degli obiettivi di sostenibilità introducendo nuovi obblighi di rendicontazione di sostenibilità, similmente a

<sup>5</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni “*Una strategia “Dal produttore al consumatore” per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente*”, Com (2020) 381 def., del 20 maggio 2020, disponibile sul sito [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu). La strategia “*From Farm to Fork*” è un piano decennale volto a coniugare la riduzione dell'impronta ambientale del sistema alimentare dell'Unione europea con l'istanza di sicurezza dell'approvvigionamento alimentare di fronte ai cambiamenti climatici e alla perdita di biodiversità.

<sup>6</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni “*Eu Biodiversity Strategy for 2030. Bringing nature back into our lives*”, Com (2020) 380 final del 20 maggio 2020. Si tratta di un progetto a lungo termine diretto a garantire che entro il 2050 tutti gli ecosistemi del pianeta siano ripristinati, resilienti e adeguatamente protetti.

<sup>7</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione “*Il Green Deal europeo*”, Com (2019) 640, final. dell'11 dicembre 2019. Si tratta di un piano d'azione volto a trasformare l'Unione europea in un'economia competitiva ed efficiente sul piano delle risorse in vista dell'obiettivo della neutralità climatica fissato per il 2050. Per un approfondimento su questo documento v. M.C. CARTA, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto EU*, in *Eurojus*, 2020, 4, 54 ss.; L. LIONELLO, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in *Jus*, 2020, 2, 105 ss.; P. CUCUMILE, *Il “Green Deal” europeo*, in *Riv. giur. amb. dir.*, 2021, 1; A. MOLITERNI, *Il Green Deal e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2021, 1, 4 ss.

<sup>8</sup> Si tratta dell'Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015, adottato durante la Conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, ed entrato in vigore il 4 novembre 2016. Cfr. L. ARISTEI, *L'accordo di Parigi: obiettivi e disciplina*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 3, 73 ss.; S. NESPOR, *La lunga Marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 1, 88 ss.; T. SCOVAZZI, *Dal Protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 1, 163 ss.



quanto già è previsto per la rendicontazione delle informazioni finanziarie<sup>9</sup>; quanto con la direttiva 2024/1760 (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*) che disciplina il dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, introducendo, tra l'altro, l'obbligo per le società di adottare e attuare un piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici

<sup>9</sup> La direttiva 2022/2464/UE (*Corporate Sustainability Reporting Directive - CSRD*), in vigore dal 1 gennaio 2024, è stata concepita in stretta correlazione e ad integrazione della direttiva 2014/95/UE (*Non-Financial Reporting Directive - NFRD*). Essa intende superare le criticità connesse alla precedente direttiva sotto due principali punti di vista: per un verso, introduce ulteriori e univoci criteri per la redazione dei report di sostenibilità delle imprese, sulle quali oggi gravano doveri di *disclosure* attinenti a informazioni ambientali, sociali e di *corporate governance*; per altro verso rafforza le regole relative alle attestazioni dei revisori circa la veridicità delle informazioni rendicontate. Non solo. dal punto di vista soggettivo, l'obbligo di comunicazione dei dati di sostenibilità aziendale coinvolge una platea più ampia di imprese: grandi aziende di interesse pubblico (con più di 500 dipendenti); grandi imprese (con più di 250 dipendenti e 40 milioni di euro di fatturato); aziende quotate che non siano microimprese; imprese extracomunitarie che integrino un certo fatturato all'interno dell'Unione Europea (150 milioni di euro). Dal punto di vista oggettivo, le informazioni oggetto di rendicontazione non sono più solamente quelle afferenti alla politica ESG adottata da un'azienda, ma la comunicazione riguarda «anche informazioni necessarie alla comprensione dell'impatto delle attività dell'impresa su aspetti ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani e alla lotta contro la corruzione attiva e passiva» (considerando 29). L'obiettivo ultimo è la configurazione di un obbligo di redazione e di pubblicità del bilancio di sostenibilità, reputato uno strumento fondamentale per la realizzazione di un sistema economico e finanziario sempre più sostenibile e inclusivo in conformità tanto con il *Green Deal* europeo quanto con gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite. Per uno studio sulla evoluzione normativa in materia di rendicontazione non finanziaria e di sostenibilità e al suo impatto nell'ordinamento italiano v. E. BELLISARIO, *Rischi di sostenibilità e obblighi di disclosure: il d.lgs. n. 254/16 di attuazione della dir. 2014/95/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, I, 19 ss.; S. BRUNO, *Dichiarazione non finanziaria e obblighi degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2018, 4, 974 ss.; M. MOLINARI, *Rendicontazione non finanziaria: dalla forma alla sostanza*, in *Controllo di gestione*, 2019, 6, p. 5 ss.; MARC. MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2019, 5, 992 ss.; S. FORTUNATO, *L'informazione non-finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in *Giur. comm.*, 2019, 3, 415 ss.; F. RIGANTI, *Disclosure non finanziaria e diritto delle società: aspetti di corporate governance e (possibili) ricadute in tema di interesse sociale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, II, 458 ss.; G. CAPALDO, *Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile*, in *Pers. e merc.*, 2020, 4, 334 ss.; C. BUSCO, F. GRANA, A. ROSSI, *Disclosure non finanziaria e misurazione degli impatti sociali: profili teorici, prime evidenze empiriche e prospettive future*, Torino, 2020; C. MIO, *L'azienda sostenibile*, Bari, 2021; L. MARCHEGIANI, *Riflessioni su informazione non finanziaria, comunicazione d'impresa e fiducia degli stakeholders*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2021, 1, 105 ss.; M. DI SARLI, *Una proposta di direttiva della Commissione UE in materia di Corporate Sustainability Reporting*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 1563 ss.; L. CALVOSA, *La governance delle società quotate italiane nella transizione verso la sostenibilità e la digitalizzazione*, in *Riv. soc.*, 2022, II-III, 310 ss.; G. STRAMPELLI, *L'informazione non finanziaria tra sostenibilità e profitto*, in *Analisi giur. econom.*, 2022, 1, 147 ss.; M. RESCIGNO, *Note sulle "regole" dell'impresa "sostenibile". Dall'informazione non finanziaria all'informativa sulla sostenibilità*, in *Analisi giur. econom.*, 2022, 1, 165 ss.; M. CAPPELLI, R. PENNAZIO, *Dalla Corporate sustainability reporting directive alla Corporate Responsibility Due Diligence: comunicazione di sostenibilità e impatto ambientale*, in *Nuovo dir. soc.*, 2023, 7, 1162 ss.; A. GENOVESE, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria. Fra regole e contesto*, Bologna, 2023.

nel rispetto dei diritti umani, occupazionali e sociali, nonché dell'ambiente<sup>10</sup>.

Tuttavia, come si dirà, nonostante gli sforzi profusi negli ultimi anni dalla legislazione europea, vi sono numerose elementi di criticità tanto sul piano dell'efficacia dei doveri imposti alle imprese, quanto sul piano dell'effettività della tutela dei consumatori. E questo è particolarmente vero per il settore agroalimentare in considerazione delle specificità di tale mercato. Il presente scritto, pertanto, intende indagare il rapporto tra ambiente e cambiamenti climatici, da un lato, e tra produzione e consumo sostenibili dall'altro, da una prospettiva precisa, quella della comunicazione, da parte delle imprese agricole, della sostenibilità dei processi produttivi adottati. L'informazione sulle scelte verdi è elemento cruciale, in quanto consente di realizzare un duplice scopo: rendere i consumatori consapevoli di compiere acquisti sostenibili sul piano ambientale; promuovere un ruolo pro-attivo dei consumatori nello stimolare il mercato ad adottare *best practices* ecologiche che contribuiscano a invertire la rotta del cambiamento climatico. Lo studio intende riflettere su questi aspetti da due punti di osservazione privilegiati: la diffusione della produzione biologica e la sua comunicazione ai consumatori; il possibile impiego di c.d. "etichette climatiche" ("*climate labels*") con funzione educativo-informativa per i consumatori. Come si dimostrerà, la strada verso una tutela effettiva dell'interesse del consumatore alla sostenibilità ambientale è ancora lunga e richiede di riflettere maggiormente sull'efficacia obblighi informativi a carico delle imprese agricole, anche e soprattutto nell'ottica di una crescente responsabilizzazione dei consumatori, come prevede la direttiva 2024/825/UE "*Empowering Consumers for Green Transition*" appena entrata in vigore<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Si tratta della direttiva 2024/1760/UE del 13 giugno 2024 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*) pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 5 luglio 2024 (con entrata in vigore prevista per il 25 luglio 2024). La direttiva vincolerà infatti le imprese che integrano i requisiti dimensionali e di fatturato previsti a contribuire allo sviluppo sostenibile e alla transizione economica e sociale verso la sostenibilità. Per un approfondimento su iter di approvazione della direttiva e sui suoi contenuti v.: U. TOMBARI, *La Proposta di Direttiva sulla Corporate Due Diligence e sulla Corporate Accountability: prove (incerte) di un capitalismo sostenibile*, in *Riv. soc.*, 2021, 2-3, 375 ss.; M. STELLA RICHTER, *Corporate Sustainability Due Diligence: notarelle semiserie su problemi serissimi*, in *Riv. soc.*, 2022, 720 ss.; G.D. MOSCO, R. FELICETTI, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, in *Analisi giur. econom.*, 2022, 1, 185 ss.; S. BRUNO, *Il ruolo della s.p.a. per un'economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su "Corporate Sustainability Due Diligence". Nasce la stakeholder company?*, in *Riv. dir. comparat.*, 2022, 3, 303 ss.; M. MURGO, *La proposta di direttiva sulla corporate sustainability due diligence tra ambizioni e rinunce*, in *Dir. relaz. ind.*, 2022, 948 ss.; C.G. CORVESE, *La sostenibilità ambientale e sociale delle società nella proposta di Corporate Sustainability Due Diligence (dalla "insostenibile leggerezza" dello scopo sociale alla "obbligatoria sostenibilità" della due diligence)*, in *Banca, impr. e soc.*, 2022, 3, 391 ss.; R. IBBA, *L'introduzione di obblighi concernenti i fattori ESG a livello UE: dalla direttiva 2014/95 alla proposta di direttiva sulla Corporate Sustainability Due Diligence*, in *Banca borsa tit. cred.*, 3, 2023, 433 ss.

<sup>11</sup> Si tratta della direttiva 2024/825/UE entrata in vigore il 26 marzo 2024, che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione. Con particolare riguardo alle modifiche in materia di pratiche commerciali scorrette si ricordano due novità importanti. Da un lato, la nuova direttiva annovera

## 2. I doveri informativi delle imprese agricole nella produzione biologica: per una tutela effettiva del consumatore

Un ruolo importante nella creazione di una filiera agroalimentare sostenibile è svolto dalla produzione biologica<sup>12</sup>. Non a caso, la strategia “*From Farm to Fork*” individua tra i propri obiettivi lo sviluppo dell'agricoltura biologica fissando al 25% la soglia dei terreni destinati a colture biologiche entro il 2030. Al fine di comprendere in che modo tale attività sia rilevante per il presente discorso, occorre svolgere alcune indispensabili precisazioni.

La certificazione di un produttore come “biologico” costituisce il risultato di una serie di specifici controlli volti a verificare e ad attestare che siano state rispettate rigorose regole afferenti a produzione, controllo ed etichettatura del prodotto. Difatti, la presenza dell'etichetta “biologico” comunica ai consumatori che il prodotto non danneggia l'ambiente poiché non sono state impiegate sostanze chimiche inquinanti.

Merita ricordare che la materia in esame costituisce oggetto di armonizzazione a livello euro-unitario, essendo specificamente disciplinata dal regolamento 2018/848/UE, emanato a valle di una evoluzione normativa avvia-

---

l'impatto ambientale e sociale, la durabilità del prodotto e la riparabilità del prodotto tra le caratteristiche del prodotto che non devono essere oggetto di condotte ingannevoli da parte del professionista. Dall'altro lato, viene inserita nell'elenco di pratiche ingannevoli la formulazione di un'asserzione ambientale che, con riguardo a prestazioni ambientali future, non menzioni obiettivi chiari, oggettivi, verificabili. Inoltre, l'elenco delle pratiche commerciali scorrette ricomprese nella lista nera viene arricchito dalla previsione di quattro pratiche di *greenwashing*: esibizione di un marchio di sostenibilità non basato su un sistema di certificazione; formulazione di un'asserzione ambientale generica; formulazione di un'asserzione ambientale concernente il prodotto nel suo complesso quando riguarda soltanto un suo determinato aspetto; presentazione dei requisiti imposti dalla legge europea per tutti i prodotti appartenenti a una data categoria come se fossero un tratto distintivo dell'offerta del professionista. La nuova direttiva va letta nel quadro più ampio degli interventi dell'Unione europea in ambito di transizione verde e, in particolare, in relazione alla proposta di direttiva del 22 marzo 2023, la c.d. *Green Claims Directive*, sulla quale Parlamento europeo e Consiglio hanno già raggiunto un accordo provvisorio il 19 settembre 2023 e che ora è in attesa di ricevere le approvazioni finali da parte del Parlamento europeo.

<sup>12</sup> Per uno studio sull'agricoltura biologica v. E. CRISTIANI, *La disciplina dell'agricoltura biologica (Difetti e pregi delle proposte di legge presentate al Parlamento italiano)*, in *Riv. dir. agr.*, 1989, I, 525 ss.; EAD., *Agricoltura biologica tra economia e diritto*, in *Riv. dir. agr.*, 1990, 311 ss.; E. ROOK BASILE, A. GERMANÒ, *L'agricoltura biologica tra diritti dell'impresa e diritto alla salute*, in *Dir. agr.*, 1996, 135 ss.; S. VENTURA, *Sul divieto dell'uso del termine “bio” per prodotti non ottenuti secondo un metodo di produzione biologico*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 2005, 3, 461 ss.; I. CANFORA, *L'agricoltura biologica nel sistema agroalimentare. Profili giuridici*, Bari, 2002; EAD., *Il nuovo assetto dell'agricoltura biologica nel sistema del diritto agroalimentare europeo*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, I, 363 ss.; F. CAPORALI, *Agricoltura e salute. La sfida dell'agricoltura biologica*, Cento, 2003; E. CRISTIANI, *La disciplina dell'agricoltura biologica fra tutela dell'ambiente e sicurezza alimentare*, Torino, 2004; D. PISANELLO, *Disciplina della produzione biologica: verso un vero inasprimento della repressione delle condotte illecite?*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 2010, 4, 748 ss.; A. TOMMASINI, *Produzioni biologiche e filiera corta in funzione di un'alimentazione sostenibile*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, 33 ss.

tasi a partire dagli anni Novanta<sup>13</sup>. In un primo momento considerata come strettamente funzionale a contenere gli eccessi di produzione determinati dalla PAC all'epoca in vigore, in tempi più recenti, l'agricoltura biologica si è ritagliata una propria autonoma fisionomia e una propria dimensione operativa in linea con la centralità acquisita dall'ambiente nella produzione. Il regolamento 2018/848/UE valorizza ulteriormente quest'ultimo aspetto fortificando la fiducia del consumatore verso le produzioni biologiche. Tanto emerge plasticamente dalla lettura congiunta dell'art. 5 e del considerando 1 del menzionato regolamento: «*la produzione biologica è un sistema di gestione sostenibile*» basato «*sull'interazione tra le migliori prassi in materia di ambiente ed azione per il clima, un altro livello di biodiversità, la salvaguardia delle risorse naturali e l'applicazione di criteri rigorosi in materia di benessere degli animali*». La produzione biologica, pertanto, si caratterizza per l'applicazione di tecniche e l'impiego di sostanze che non inquinano l'ambiente e che tengono in considerazione la biodiversità animale e vegetale.

Se quelle brevemente descritte sono le caratteristiche virtuose della produzione biologica, evidente è l'interesse del consumatore averne contezza sì da poter orientare la propria scelta di consumo. In questa prospettiva, cruciale è la comunicazione adottata dall'impresa di produzione biologica. Non a caso, il regolamento 2018/848/UE dedica specifiche norme alla definizione dei requisiti in materia di etichettatura degli alimenti biologici. Ci si limita a ricordare che l'etichetta costituisce uno strumento indispensabile per comunicare al pubblico le informazioni concernenti il prodotto<sup>14</sup> e garantire, quindi, il ripristino dell'equilibrio del rapporto contrattuale<sup>15</sup>. Mediante l'eti-

<sup>13</sup> Il regolamento 2018/848/UE sostituisce il previgente regolamento 834/2007/CE (relativo alla produzione biologica e l'etichettatura dei prodotti biologici), a sua volta abrogativo del regolamento 2092/1991/CEE (relativo al metodo di produzione biologico di prodotti agricoli). Cfr. N. LUCIFERO, *Il regolamento (UE) 2018/848 sulla produzione biologica. Principi e regole del nuovo regime nel sistema del diritto agroalimentare europeo*, in *Riv. dir. agr.*, 2018, 3, 477 ss.; M. MAURO, *Il nuovo regolamento sull'agricoltura biologica: nuove prospettive e vecchi paradigmi*, in *Dir. e giurisp. agraria alimentare e dell'ambiente*, 2018, 6, 1 ss.; L. SALVI, *Il metodo di produzione biologico: il regolamento (UE) 2018/848*, in L. COSTATO, P. BORGHI, S. RIZZIOLI, V. PAGANIZZA, L. SALVI (a cura di), *Compendio di diritto alimentare*, 9a ed., Milano, 2019, 314 ss.

<sup>14</sup> L'etichettatura di prodotti alimentari è stata oggetto di autorevoli e specifici studi: R. SAIJA, *L'etichetta dei prodotti alimentari. Funzioni e natura giuridica*, Messina, 2007; N. LUCIFERO, voce *Etichettatura degli alimenti*, in *Dig. disc. priv.*, agg. 2009, Torino, 2009, 210 ss.; ID., *Etichettatura degli alimenti: comunicazione legale e comunicazione volontaria*, in *Dir. e giurisp. agrar. e amb.*, 2009, 18, 14 ss.; A. GERMANÒ, *La normativa di riferimento sugli ingredienti allergenici e sull'obbligo della loro etichettatura*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, 3, 379 ss.; ID., *Sull'etichetta degli alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2010, 1, p. 64 ss.; ID., *Le indicazioni in etichetta (e la loro natura) e i segni degli alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, 2, 207 ss.; R. SAIJA, A. TOMMASINI, *La disciplina giuridica dell'etichettatura degli alimenti*, in L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, vol. III, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, 493 ss.; G. SPOTO, *Tutela del consumatore e sicurezza alimentare: obblighi di informazione in etichetta*, in *Contr. e impr.*, 2014, 1071 ss.; S. AMBROSINO, *Trasparenze, certezze e sicurezze dei prodotti e dei mercati agroalimentari: correlazioni e funzioni*, in *Riv. dir. alim.*, 2015, 1, 39 ss.

<sup>15</sup> Sul concetto di asimmetria contrattuale e, in particolare, di asimmetria informativa v.: V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001,

chettatura, invero, il produttore adempie una serie di doveri informativi inerenti la sicurezza dell'alimento, trasmettendo informazioni rilevanti funzionali a tutelarne la salute (denominazione del prodotto, ingredienti, additivi, conservanti, coloranti, istruzioni per il consumo e per la corretta conservazione, presenza di allergeni)<sup>16</sup>. In aggiunta a tali dati, l'etichetta può contenere anche informazioni aggiuntive che descrivono altre caratteristiche dell'alimento, purché rispettino il principio di lealtà di cui all'art. 7 del Reg. (UE) 1169/2011. Si intende dire che al produttore è riconosciuta la possibilità di comunicare in etichetta ogni ulteriore elemento reputato utile a fidelizzare il consumatore (funzione commerciale).

Ebbene, se, come anticipato, la comunicazione di un prodotto come biologico rientra tra quelle indicazioni inseribili in etichetta dal produttore al fine di comunicare la sua sostenibilità, chiara risulta la sua capacità di orientare le scelte di acquisto dei consumatori<sup>17</sup>. Da questo punto di vista,

---

769 ss.; ID., *Il contratto del Duemila*, 3a ed., Torino, 2011; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; L. FERRONI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, Napoli, 2002; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 248 ss.; A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 555 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 581 ss.; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 641 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 515 ss.; A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 370 ss.; M.L. CHIARELLA, *Contratti asimmetrici. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016.

<sup>16</sup> Gli obblighi informativi gravanti sul produttore di alimenti sono disciplinati dal Regolamento 1169/2011/UE (relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori). In base agli artt. 9 ss., l'etichetta deve riportare informazioni scientificamente fondate circa l'assenza di rischi per la salute umana (indicazioni sulla salute) e le proprietà nutrizionali possedute dall'alimento (indicazioni nutrizionali). Inoltre, ai sensi dell'art. 7 ("Pratiche leali d'informazione"), la direttiva indica le modalità con le quali l'operatore economico è chiamato ad adempiere agli obblighi informativi a suo carico: si prevede che le informazioni sugli alimenti debbano essere «precise, chiare e facilmente comprensibili per il consumatore». In tema v.: L. COSTATO, *Le etichette alimentari nel nuovo regolamento n. 1169/2011*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, 674 ss.; M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, in L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, III, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, 604 ss.; A. JANNARELLI, *La fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori nel nuovo reg. 1169/2011 tra l'onnicomprendività dell'approccio e l'articolazione delle tecniche performative*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, 38 ss.; A. GERMANÒ, *Le indicazioni in etichetta (e la loro natura) e i segni degli alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, I, 207 ss.; S. BOLOGNINI, *Linee guida della nuova normativa europea relativa alla "fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 613 ss.; EAD., *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agroalimentare europeo*, Torino, 2012; A. DI LAURO, *Nuove regole per le informazioni sui prodotti alimentari e nuovi alfabetismi. La costruzione di una "responsabilità del consumatore"*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, 2, 6 ss.; G. BISCONTINI, *Il regolamento n. 1169 del 2011: tutele civilistiche per violazione del dovere di informazione nel settore alimentare*, in *Pers. e merc.*, 2012, 3, 162 ss.; R. TORINO, *Conoscere il cibo. Informazione e tutela del consumatore nella prospettiva del diritto europeo*, in M. De Castris (a cura di), *Cibo e società. Una relazione da esplorare*, Roma, 2018, 107 ss.

<sup>17</sup> Si ricorda, a titolo esemplificativo, quanto affermato dall'AGCM nel provvedimento sanzionatorio emesso il 20 marzo 2013 verso la società Rigoni Asiago in relazione alla presen-

l'etichettatura non solo consente di colmare il *gap* informativo esistente tra produttore e consumatore, ma svolge anche una importante funzione “educativa” verso quest'ultimo<sup>18</sup>. La presenza in etichetta di dati relativi alla produzione biologica garantisce la possibilità di riconoscere, tra i vari prodotti esistenti, quelli che si caratterizzano per un processo produttivo improntato alla sostenibilità, inducendo a preferirli rispetto agli altri. In questa prospettiva, l'etichettatura biologica può contribuire alla realizzazione di un circolo virtuoso: per un verso, educa il consumatore a privilegiare metodi di produzione più sostenibili; per altro verso, determina la formazione di una domanda di consumo maggiormente responsabile sul piano ambientale. Tanto contribuisce alla creazione di una spinta positiva verso le imprese a investire sul piano ecologico<sup>19</sup>.

Evidenti sono, dunque, le potenzialità dell'etichettatura biologica. Così come altrettanto evidente è l'importanza di una sua adeguata regolamentazione al fine di evitare il rischio che i consumatori vengano esposti a comunicazioni ingannevoli. Si intende dire che al produttore biologico è richiesto un particolare sforzo di trasparenza al fine di trasmettere dati completi e veritieri. Se, per un verso, la funzione commerciale dell'etichetta rende il consumatore edotto di una serie di informazioni utili circa la sostenibilità del prodotto; per altro verso, vi è il rischio che il produttore esalti caratteristiche o elementi non corrispondenti al vero, al solo fine di indurre il consumatore a preferire quel prodotto rispetto ad altri. Il rischio, insomma, è che le imprese omettano o, al contrario, valorizzino certi dati o informazioni sul reale impatto inquinante della produzione, falsando il contenuto dei “*green claims*” presenti in etichetta.

In considerazione della importanza e della delicatezza di tale forma di comunicazione, il legislatore europeo è intervenuto a dettare una serie di norme volte a garantirne la correttezza e la trasparenza, a tutela di una effettiva capacità di autodeterminazione del consumatore. A questo riguardo, la fonte normativa di riferimento, in termini generali, è rappresentata dal regolamento 2011/1169/UE. L'art. 7, nell'enunciare il principio di leale e traspa-

---

za nell'etichetta dei vasetti di confettura della dicitura “prodotto biologico” accompagnata dal *claim* sottostante in grassetto “senza zuccheri aggiunti”. Secondo l'AGCM «i *claim* nutrizionali relativi agli alimenti – come quelli oggetto del presente procedimento – hanno una grande rilevanza commerciale e possono fortemente orientare le scelte di acquisto dei consumatori. Per questa ragione, detti *claim* devono informare sul reale valore nutrizionale dell'alimento e risultare idonei ad essere percepiti immediatamente dai consumatori senza ambiguità od omissioni ed, infine, non devono suggerire abitudini alimentari scorrette» (cfr. procedimento 8486, provvedimento n. 24283, pubblicato sul Bollettino AGCM n. 13/2013).

<sup>18</sup> Cfr. spec. E. ROOK BASILE, *Prodotti agricoli, mercato di massa e comunicazione simbolica*, in *Dir. e giurisp. agr. e dell'amb.*, 1995, 3, 138 ss.; A. GERMANÒ, *Sull'etichetta degli alimenti*, cit., p. 64 ss.; ID., *Il mercato alimentare e la comunicazione nei contratti di cessione dei prodotti*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, 108 ss.; N. LUCIFERO, *La comunicazione simbolica nel mercato alimentare*, in L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, III, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, 322 ss.

<sup>19</sup> Su questi temi si rinvia specialmente a S. BOLOGNINI, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agro-alimentare europeo*, cit.; EAD., *Il consumatore nel mercato agro-alimentare europeo fra scelte di acquisto consapevoli e scelte di acquisto sostenibili*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, 4, 628 ss.; G. SPOTO, *Tutela del consumatore, etichette a semaforo e informazioni “negative”*, in *Riv. dir. alim.*, 2018, 2, 28 ss.

rente comunicazione, stabilisce che le informazioni fornite a mezzo dell'etichetta debbano essere comprensibili da parte di un consumatore “medio”, cioè di un consumatore che, secondo l'interpretazione consolidata della Corte di Giustizia, sia normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto<sup>20</sup>. Sia pure con la precisazione che l'interpretazione del parametro del consumatore medio è andata incontro a un'evoluzione tale per cui, soprattutto in un settore come quello agro-alimentare, esso non può più essere inteso in senso astratto e assoluto; al contrario, va concepito in termini concreti e relativizzati, tenendo conto degli interessi individuali di ciascuna classe di consumatori o della loro maggiore vulnerabilità (imputabile all'età o alle patologie di cui sono affetti)<sup>21</sup>.

Con particolare riguardo all'agricoltura biologica, occorre poi considerare che il menzionato regolamento 2018/848/UE dedica specifiche norme alla etichettatura dei prodotti biologici indicando quando l'utilizzo di questa dicitura sia legittimo (art. 30) e quali indicazioni debbono essere presenti (artt. 32-33). In tal modo, il legislatore europeo, individua non solo lo *standard* in base al quale un prodotto possa considerarsi biologico e, quindi, sostenibile, ma anche come vadano comunicate queste caratteristiche al consumatore, così da prevenire una possibile forma di “*greenwashing*”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 13 dicembre 1990, causa C-238/89 Pall Corp. contro P.J. Dahlhausen & Co.; Corte di Giustizia, 2 febbraio 1994, causa C-315/92 *Verband Sozialer Wettbewerb eV contro Clinique Laboratoires SNC e Estée Lauder Cosmetics GmbH*; Corte di Giustizia, 16 luglio 1998, causa C-210/96 *Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky contro Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung*; Corte di Giustizia 13 gennaio 2000, causa C-220/98 *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH*; Corte di Giustizia, 24 ottobre 2002, causa C-99/01 *Gottfried Linhart e Hans Biffl.*; Corte di Giustizia, 12 febbraio 2004, causa C-218/01 *Henkel KGaA*; Corte di Giustizia, 19 settembre 2006, causa C-381/05 *De Landsheer Emmanuel*. Per ulteriori approfondimenti sulla nozione di consumatore medio nel mercato agroalimentare, v. spec. S. CARMIGNANI, *Sulla persistente validità del consumatore medio*, in *Dir. agroalim.*, 2020, 693.

<sup>21</sup> In tema v. C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2007, p. 735 ss.; N. ZORZI F. GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2010, 550 ss.; H.W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercantizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 3, 859 ss.; L. AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale o digitalizzazione del consumatore?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 8 ss.; G. SPOTO, *Tutela del consumatore, etichette a semaforo e informazioni “negative”*, cit., 28 ss.; S. CARMIGNANI, *Sulla persistente validità del consumatore medio*, in *Dir. agroalim.*, 2020, 3, 693 ss.; S. PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 1 ss.

<sup>22</sup> Crescente negli ultimi anni è l'attenzione della dottrina rispetto al problema del c.d. *greenwashing*, soprattutto all'indomani di noti fatti di cronaca, come il caso *dieselgate*. È stato accertato che una nota causa automobilistica vendeva veicoli pubblicizzati come puliti e rispettosi di elevati standard ambientali mentre, in realtà, era stato inserito un dispositivo fraudolento che di fatto rendeva le automobili più inquinanti di quanto consentito. Si tratta di uno dei primi casi di accertamento giudiziario di “*greenwashing*”. Cfr. E. CAMILLERI, *Qualità pubblicizzate e affidamento del consumatore. Spunti per il caso dieselgate?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 704 ss.; I. GERACI, *Il dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, I, 61 ss.; E. RAJNERI, *Illeciti lucrativi, efficacia dissuasiva dei rimedi e responsabilità sociale d'impresa. Riflessioni a margine del “dieselgate”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 397 ss.; F. BERTELLI, *Profili civilistici del “dieselgate”. Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Napoli, 2021. Peraltro, si ricorda che una prima formale definizione

Senza possibilità di approfondire in via generale il fenomeno da ultimo menzionato, merita soffermare l'attenzione su alcuni aspetti rilevanti ai fini del presente discorso. Molteplici sono le fattispecie di *greenwashing* che potrebbero compromettere l'efficiente funzionamento del mercato dei prodotti biologici: dall'utilizzo abusivo di una certificazione di produzione biologica in realtà mai ottenuta, alla incompletezza delle informazioni concernenti quella certificazione; dalla selezione delle caratteristiche oggetto di comunicazione, alla assenza di prove in ordine a quanto dichiarato. Ci si limita a ricordare, a titolo esemplificativo, il recente caso di una famosa azienda italiana di produzione di polli che fregiava della dicitura "bio" detta produzione dichiarando di allevare a terra i polli, quando, invece, come scoperto da un'inchiesta giornalistica, solo l'11% del suo fatturato complessivo derivava dalla commercializzazione dei prodotti dell'allevamento a terra.

In questo contesto, l'importanza assunta dalla comunicazione di sostenibilità veicolata tramite specifiche etichette impone uno sforzo congiunto degli operatori teorici e pratici, diretto a individuare idonei strumenti di tutela del consumatore sul piano civilistico, di fronte ad affermazioni che non siano veritiere ovvero che risultino incomplete. In mancanza della previsione di norme specifiche, è alla disciplina generale che occorre rivolgersi. In particolare, è alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette che guardano i giudici, nel duplice intento di garantire una protezione effettiva per il consumatore e, nel contempo, di prevenire alterazioni nelle regole della concorrenza. La correttezza di tale impostazione, d'altra parte, trova conferma nel considerando 10 della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali scorrette: detta direttiva intende offrire «una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore» con lo specifico obiettivo di vietare «ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti».

Se non vi sono particolari difficoltà a inquadrare la non corrispondenza tra la condotta tenuta dall'impresa e le dichiarazioni di sostenibilità riportate nell'etichetta del prodotto nella nozione di "pratica scorretta" (ingannevole

---

del fenomeno *greenwashing* è offerta dagli Orientamenti della Commissione europea del 25 maggio 2016 per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE all'interno del capitolo 5 denominato "Applicazione della direttiva in settori specifici": esso consiste nella «appropriazione indebita di virtù ambientaliste finalizzata alla creazione di un'immagine "verde" "quando le asserzioni non sono veritiere o non possono essere verificate"». La letteratura su questi temi è oggi consistente. Si ricordano i seguenti studi giuridici: F. BERTELLI, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contr. e impr.*, 2021, 1, 286 ss.; A. PISTILLI, *Il green-washing tra pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta: quando può dirsi atto di concorrenza sleale?*, in *Dir. ind.*, 2022, 381 ss.; A. COBIANCHI, *Comunicare la sostenibilità. Oltre il Greenwashing*, Milano, 2022; A. QUARANTA, *La retorica green e le comunicazioni ingannevoli: il greenwashing per la prima volta al vaglio del giudice di merito*, in *Amb. svil.*, 2022, 404 ss.; B. LA PORTA, *Riflessioni a margine di un'ordinanza cautelare del Tribunale di Gorizia: greenwashing tra concorrenza sleale e diritto del consumatore all'acquisto consapevole*, in *Dir. agroalim.*, 2022, 14 ss.; A. TROISI, *La comunicazione ambientale: il "greenwashing" dietro la sostenibilità*, in *Analisi giur.*, 2022, 1, 353 ss.; G. MARCATAJO, *Trasparenza del mercato, tutela del consumatore e green washing*, in *Jus*, 2022, 184 ss.; T. RUMI, *La tutela del consumatore nelle asserzioni ambientali ingannevoli*, in *Jus civile*, 2022, 1408 ss.; L. ZOBOLI, *Il greenwashing e la tutela della corretta comunicazione d'impresa*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, 2, 271 ss.

o aggressiva) stigmatizzata dalla direttiva 2005/29/CE<sup>23</sup>, rilevanti sono, invece, i dubbi che sorgono in ordine alla individuazione del rimedio invocabile dal consumatore. Non è questa la sede per soffermarsi adeguatamente sulla disciplina di dettaglio delle pratiche commerciali scorrette. Ai presenti fini, ci si limita a ricordare che il legislatore italiano non individua un chiaro rimedio di *private enforcement*, nonostante la direttiva 2005/29/CE abbia contemplato la possibilità per i singoli ordinamenti di prevedere una tutela individuale. Le tesi sostenute in dottrina e in giurisprudenza sono molteplici e sono ricalcate sulla dibattuta questione dei rapporti tra regole di validità e regole di comportamento<sup>24</sup>: l'alternativa è tra un rimedio invalidante (declinato ora come annullabilità ora come nullità, eventualmente di protezione) e un rimedio risarcitorio per responsabilità pre-contrattuale. Ebbene, l'apparente ineffettività di una disciplina priva di un chiaro rimedio si stempera se si considera che, di fronte all'astratta percorribilità delle soluzioni proposte, spetta al giudice a stabilire, caso per caso, quale sia il rimedio che garantisca una tutela adeguata per ciascun consumatore, valorizzando le specificità e le circostanze di ciascuna fattispecie.

D'altra parte, la questione rimediale sembra rimanere aperta anche alla luce della recente direttiva 2024/825/UE “*Empowering Consumers for Green Transition*”. Come si dirà meglio nel prosieguo, la Commissione, preso atto della mancanza di norme comuni e specifiche contro le dichiarazioni ambientali ingannevoli, intende responsabilizzare i consumatori nell'ambito del processo di transizione verde rafforzando la loro tutela contro le pratiche commerciali scorrette. Sennonché, l'introduzione di regole uniformi per valutare lo *standard* di sostenibilità dei prodotti<sup>25</sup> è avvenuta

<sup>23</sup> Osserva condivisibilmente F. BERTELLI, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, cit., 288 che «oggetto di valutazione deve essere il comportamento dell'impresa che, affermandosi “socialmente responsabile”, dichiara pubblicamente di rispettare il proprio codice ed i principi ivi sostenuti, ovvero si avvale di claims di sostenibilità, ma attua comportamenti diametralmente opposti dal punto di vista sociale o ambientale».

<sup>24</sup> Ci si limita a ricordare che la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento è stata delineata in maniera compiuta da Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724-26725, in *Corr. giur.*, 2008, 107 ss., con nota di A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, e di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Contr.*, 2008, 393 ss., con nota di A. GENTILI, *Disinformazione e validità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*. Sul tema v. altresì: G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 40 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl.*, 2008, 104 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

<sup>25</sup> Tanto appare indispensabile non solo per tutelare in maniera effettiva i consumatori, ma anche, in termini più generali, per evitare che si creino condizioni di disparità nel mercato europeo a tutto svantaggio delle imprese realmente sostenibili. Due i problemi che la direttiva mira a risolvere: la mancanza di informazioni attendibili presso il punto vendita per compiere scelte di consumo sostenibili; la frequenza di pratiche commerciali ingannevoli legate alla sostenibilità dei prodotti. Per dare risposta a questi problemi, la direttiva prevede tre ordini di interventi sulla direttiva 2005/29/CE. In primo luogo, l'elenco delle pratiche commerciali ritenute sleali in ogni circostanza viene allargato con l'inserimento di una decina di pratiche di *greenwashing*. In secondo luogo, l'art. 6 viene modificato sotto due punti

senza alcun intervento diretto sulla configurazione dello strumento rimediabile lasciando aperto il dibattito.

### 3. La nuova frontiera del “*climate labelling*” nel contesto delle politiche europee sulla sostenibilità.

Tra le cause del cambiamento climatico non vi sono solo le grandi attività industriali o i sistemi di trasporto, ma anche la produzione agricola ha un ruolo in questo senso, soprattutto se si considera la crescita della popolazione mondiale. Da qui deriva l'emersione di una nuova istanza sociale, rappresentata dall'attenzione dei consumatori, soprattutto dei più giovani, all'intero ciclo “vitale” degli alimenti: in particolare, all'impronta carbonica della filiera agroalimentare, nonché agli sprechi e ai rifiuti. Siffatta nuova “categoria” di consumatori (c.d. climatariani) orienta le proprie scelte di consumo – e, prima ancora, i propri regimi alimentari e stili di vita – verso quei prodotti che, anche a prescindere dalle caratteristiche intrinseche o dal prezzo, siano in grado di contribuire alla lotta al cambiamento climatico. Si assiste, insomma, a una evoluzione del concetto di consumo e, quindi, di consumatore, caratterizzata dalla crescente rilevanza assunta dalle scelte di acquisto rispetto alla costruzione e alla estrinsecazione della identità personale di ciascun individuo. Sempre di più la scelta di consumare certi prodotti maggiormente conformi a un principio di tutela dell'ambiente contribuisce a connotare valori e stili di vita del singolo consumatore, quale parte integrante della manifestazione della propria personalità: il modo in cui alimento è stato prodotto e il rispetto di un standard di valore reputato irrinunciabile costituiscono presupposti fondamentali della decisione di consumo<sup>26</sup>. Per

---

di vista. Da un lato, l' “impatto ambientale o sociale” integra una caratteristica del prodotto tra quelle indicate nell'elenco dell'art. 6, in merito alle quali il professionista non dovrebbe ingannare il consumatore. Dall'altro, vengono qualificate come azioni ingannevoli tanto la formulazione di una dichiarazione ambientale che non includa impegni e obiettivi chiari, oggettivi e verificabili, quanto la pubblicizzazione come vantaggi per il consumatore caratteristiche considerate pratica comune nel mercato rilevante. In ultimo, viene modificato l'art. 7 allo scopo di annoverare tra le informazioni la cui omissione può far ritenere ingannevole una pratica anche le informazioni derivanti da un servizio di raffronto tra prodotti fornito dal professionista.

<sup>26</sup> Osserva l'economista S. ZAMAGNI, *Il consumatore socialmente responsabile: note sulla Caritas in veritate*, in *Cons., dir. e merc.*, 2010, 1, p. 115: «Una novità emergente dell'attuale passaggio d'epoca è costituita dal fatto che la figura del consumatore come riceettore passivo delle proposte che gli vengono dal lato della produzione va cedendo il passo alla figura di un soggetto che vuole sì consumare, ma in modo critico, responsabile». Per uno studio multi-disciplinare sul fenomeno in esame si rinvia alla seguente letteratura: T. WILHELMSSON, *Consumer Law and the Environment: From Consumer to Citizen*, in *Jour. Cons. Pol.*, 1998, 45 ss.; G. FABRIS, *Il nuovo consumatore: verso il postmoderno*, Milano, 2003; S. TOSI, *Consumi e partecipazione politica: tra azione individuale e mobilitazione collettiva*, Milano, 2006; M. LORI, F. VOLPI, *Scegliere il “bene”*. Indagine sul consumo responsabile, Milano, 2007; Z. BAUMAN, *Consumo dunque sono*, Roma-Bari, 2008; L. CECCARINI, *Consumare con impegno. La politica quotidiana tra botteghe del mondo e supermercato*, Roma-Bari, 2008; E. MONTAGNINI, T. REGGIANI, *I gruppi di acquisto solidale: tra consumo e socializzazione*, in *Cons., dir. e merc.*, 2010, 1, 91 ss.; S. MANCINI, *Diritto all'informazione ed evoluzione in senso “personalista” del consumatore*, in *Riv. dir. agr.*,



convincersene, basti pensare al successo commerciale di prodotti alimentari c.d. a filiera corta o a chilometro zero<sup>27</sup>.

In questa prospettiva, lo strumento dell'etichettatura può assumere una rilevanza cruciale, disvelando rilevanti potenzialità proprio rispetto all'impatto del processo produttivo di un alimento sul clima. Ci si riferisce all'interesse manifestato dai produttori per i c.d. “*climate claims*”. Si tratta della possibilità di impiegare l'etichetta apposta al prodotto alimentare per comunicare a chi acquista una serie di dati che permettano di stimare l'impatto ambientale dell'intero ciclo di vita dell'alimento: quali l'anidride carbonica emessa per la sua produzione, i chilometri percorsi per la sua produzione e distribuzione, l'energia impiegata, i rifiuti prodotti. Pur non sussistendo a oggi previsioni normative specifiche e vincolanti al riguardo, sono da segnalare interessanti sperimentazioni in vari Paesi europei, tra i quali Danimarca, Svezia, Francia e Inghilterra, nonché studi accademici riguardo l'utilità della etichetta climatica<sup>28</sup>. Le sue potenzialità in termini di effettivo contributo alla lotta al cambiamento sembrano promettenti. La possibilità di illustrare in etichetta il costo degli alimenti in termini di emissioni di anidride carbonica potrebbe favorire notevolmente la transizione ecologica del sistema agro-alimentare, incentivando i produttori a porre attenzione alle emissioni connesse all'intera filiera.

In questa direzione, d'altro canto, sembra orientarsi anche l'Unione europea, in coerenza con l'ambizioso obiettivo ambientale fissato per il 2050. Si ponga mente alla circostanza che nel 2022 il Comitato economico e sociale europeo ha reso il proprio parere rispetto all'iniziativa della Commissione europea di istituire un quadro giuridico per l'etichettatura di sostenibilità dei

---

2011, I, 576 ss.; F. SETIFFI, *Il consumo come spazio di riconoscimento sociale*, Milano, 2014; E. MAITRE-EKERN, C. DALHAMMAR, *Towards a hierarchy of consumption behaviour*, in *Maastr. Journ. Eur. Comp. Law*, 2019, p. 394 ss.; B. KEIRSBILCK, E. TERRY, A. MICHEL, I. ALOGNA, *Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation*, Luxembourg, 2020; P. LANZINI, *Responsible citizens and Sustainable Consumer Behaviour. New Interpretative Frameworks*, Londra, 2018; A. ZAMBON, *Primi argomenti per una filosofia del diritto dei consumatori*, Pisa, 2020.

<sup>27</sup> Il concetto di “*food miles*” ha trovato il suo primo formale riconoscimento da parte della ONG britannica SAFE Alliance a partire dal 1994. Sul tema v. C. MEDDA, *Promuovere la filiera corta*, in *Bioagricoltura*, 87-2004, 10 ss.; M.R. ALABRESE, *La vendita diretta dei prodotti agricoli*, in *Riv. dir. alim.*, 2008, 3, 3 ss.; S. BOLOGNINI, voce *Vendita diretta dei prodotti agricoli*, in *Dig.*, IV, Torino, 2009, 593 ss.; F. ALBISINNI, *La vendita diretta dei prodotti agricoli*, in L. Costato, A. Germanò, E. Rook Basile (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, cit., 263 ss.; E. CRISTIANI, *La filiera corta in agricoltura biologica*, *ivi*, p. 15 ss.; R. TOMMASINI, *Produzioni biologiche e filiera corta in funzione di un'alimentazione sostenibile*, in *Riv. dir. agrar.*, 2014, I, 33 ss.; M. FERRARI, *Etichettatura di prossimità e filiere corte: uno sguardo comparato*, in *Riv. dir. alim.* 2015, 4, 44 ss.; G. COCCO, *Filiera corta e “farmer” markets*, in *Riv. giur. amb.*, 2015, 2 ss.

<sup>28</sup> Si pensi, per citare uno dei più famosi esempi di sperimentazione, al marchio “*air freighted*” apposto sui prodotti alimentari della catena inglese Marks&Spencer e Tesco, volta a trasmettere al consumatore informazioni relative alle modalità di trasporto del prodotto. Sul punto v. S. BOLOGNINI, *Le nuove etichettature “ambientali”*, in M. Goldoni, E. Sirsi (a cura di), *Il ruolo del diritto nella valorizzazione e nella promozione dei prodotti agro-alimentari*, Atti del Convegno (Pisa 1-2 luglio 2011), Milano, 2011, 304 ss.; G. CALABRÒ, G. LAGIOIA, *L'etichetta climatica sui prodotti alimentari: un nuovo approccio dell'industria alimentare*, in *Ind. alim.*, 2013, 15 ss.

prodotti alimentari<sup>29</sup>. Tale iniziativa testimonia proprio quanto sin qui osservato, ossia che regimi di qualità già esistenti, come l'agricoltura biologica e le indicazioni geografiche, pur contribuendo a una maggiore sostenibilità del sistema alimentare, non sono sufficienti, se non sono inserite in un quadro normativo più ampio che abbracci l'intero processo di produzione.

Ma vi è di più. La riflessione relativa all'utilità del *climate labelling* assume oggi ancora maggior rilevanza se la si inserisce nel più ampio contesto degli obblighi di rendicontazione della sostenibilità gravanti su (talune) imprese introdotti dalla legislazione europea. Anzi, se si considera che le nuove regole dovrebbero esplicare un effetto incentivante indiretto anche verso le imprese che non siano destinatarie di tali obblighi, chiara appare la loro importanza anche per il settore in esame. Il rafforzamento degli obblighi informativi *green*, culminato con la menzionata direttiva 2022/2464/UE (*Corporate Sustainability Reporting Directive*), esprime la tendenza a incorporare nella strategia aziendale, in maniera stabile e concreta, l'impatto dei fattori della sostenibilità sulle scelte aziendali e, viceversa, gli output che scelte aziendali sostenibili realizzano per la società (c.d. duplice materialità). La trasparenza su queste informazioni diviene un elemento cruciale per conformare tanto l'offerta, quanto la domanda nelle loro reciproche interconnessioni. L'impresa comunica ai consumatori che adotta misure idonee a riconoscere rilevanza, nella propria strategia aziendale, anche a un interesse sociale, non solo a un interesse meramente lucrativo. In tal modo, assume una responsabilità verso la società in ordine alla realizzazione dell'interesse sociale, e nel contempo, orienta le scelte economiche dei consumatori; i quali dispongono così dei dati necessari a valutare se e quanto la singola impresa contribuisca alla realizzazione dell'obiettivo di sostenibilità.

Ebbene, con riguardo al settore agroalimentare, un effetto simile potrebbe essere raggiunto proprio attraverso lo strumento della etichettatura climatica. Sennonché, l'utilità della stessa è subordinata al ricorrere di determinati requisiti. È necessario, cioè, che la sua grafica e il suo contenuto siano ispirati a principi di comprensibilità, semplicità, affidabilità. E questo è il punto dolente del discorso. In effetti, uno delle possibili criticità di un tale sistema di etichettatura climatica riguarda proprio la individuazione di efficaci strumenti di illustrazione dei dati. È d'uopo osservare che se già la comunicazione dei dati nutrizionali pone noti problemi in punto di corretta e chiara trasmissione dell'informazione ai consumatori, analoghi – se non maggiori – sarebbero le criticità connesse alla comunicazione intermediata dalla etichettatura climatica. Il riferimento è alla oggettiva difficoltà di tracciare chiaramente e in modo certo l'impronta di CO<sub>2</sub> lungo l'intera filiera produttiva; di individuare omogenei parametri per l'accertamento del livello di emissioni; nonché di certificare in maniera imparziale quanto dichiarato nelle etichette. A ciò si aggiunga il connesso problema della individuazione della modalità più idonea a trasmettere in maniera chiara e comprensibile informazioni spesso caratterizzate da elevato tecnicismo. A questo riguardo, il Comitato economico e sociale europeo suggerisce di adottare una scala di valutazione

<sup>29</sup> Cfr. Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema “*Verso un quadro per l'etichettatura di sostenibilità dei prodotti alimentari che consenta ai consumatori di compiere scelte alimentari sostenibili*” del 27 ottobre 2022.



e di classificazione dei dati (come i sistemi a semaforo) fondata su elementi scientifici e oggettivamente misurabili e basata sull'impiego di strumenti tecnologici ormai diffusi, come il *QR code* o la *blockchain* o etichette elettroniche microscopiche. Ma, come è noto, anche questi sistemi presentano criticità non trascurabili in punto di effettiva comprensione circa il loro funzionamento e di inclusività rispetto a fasce della popolazione più vulnerabili sul piano della fruizione delle moderne tecnologie<sup>30</sup>.

Nell'impossibilità in questa sede di avanzare soluzioni efficaci, ci pare più coerente con i limitati fini del presente studio mettere in luce i termini del problema, la cui complessità richiede risposte molteplici e altrettanto articolate. Se, per un verso, la diffusione di etichette climatiche promuoverebbe una maggior sensibilizzazione tanto dei produttori quanto dei consumatori; per altro verso, il rischio di una tutela ineffettiva per questi ultimi potrebbe incrementare laddove la comunicazione verde non assicurasse un corretto processo di autodeterminazione nelle scelte di acquisto. Ci si riferisce alla nota possibilità che l'eccesso informativo, scoraggiando l'interesse alla conoscenza del consumatore, finisca per ostacolare la corretta trasmissione di un messaggio positivo come quello sull'impatto climatico di un alimento. In effetti, la molteplicità e la varietà di dati, immagini e colori presenti sull'etichetta spesso ingenera confusione in chi la visualizza, accentuando i c.d. "bias cognitivi", che – come dimostrato dagli studi di psicologia comportamentale – anche a condizioni normali possono indurre a prendere decisioni errate a causa di automatismi mentali<sup>31</sup>. E poi non tutti i consumatori possiedono le conoscenze e gli strumenti idonei a comprendere o interpretare correttamente l'insieme di dati presente in etichetta. Ma vi è di più. L'eccesso informativo nasconde pericoli ancora maggiori, potendo incidere in profondità sulle scelte dei consumatori, laddove conduca a una saturazione tale da renderli del tutto indifferenti o disaffezionati rispetto a questi profili. Si

<sup>30</sup> Per una panoramica sulla possibile inefficacia di tali sistemi v. L. CUOCOLO, *The questionable Eligibility of Traffic Light Labelling*, in *European Food and Feed Law Review*, 2014, 382 ss.; L. GONZALES VAQUÉ, *Quando la legislazione può essere un ostacolo alla libera circolazione di prodotti alimentari: il caso del "Semaforo nutrizionale"*, in *Alimenta*, 2016, 100; P. BORGHI, *Rosso, giallo o verde? L'ennesima etichetta alimentare "a semaforo"*, *l'ennesimo segno di disgregazione*, in *Riv. Dir. alim.*, 2017, 2, 79 ss.; G. SPOTO, *Tutela del consumatore, etichette a semaforo e informazioni "negative"*, in *Riv. dir. alim.*, 2018, 2, 28 ss.; V. PULLINI, *L'etichettatura nutrizionale front-pack: la «nutrinform battery» italiana e la «nutri-score» francese*, in *Alimenta*, 2021, 1, 35 ss.

<sup>31</sup> Per una panoramica su questi temi v.: J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking behaviourism seriously: the problem of market manipulation*, in *New York University Law Review*, 1999, 630 ss.; D. DALLI, S. ROMANI, *Il comportamento del consumatore. Teoria e applicazioni di marketing*, Milano, 2004; N. GUEGUEN, *Psicologia del consumatore*, Bologna, 2009; M. FRANCHI, A. SCHIANCHI, *Scelte economiche e neuroscienze. Razionalità, emozioni e relazioni*, Roma, 2009; R. CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Analisi giur. econom.*, 2012, 1, 1 ss.; N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, *ivi*, 7 ss.; E. BRODI, *Abitudini e preferenze di consumo. Nuove forme di disclosure per la tutela del consumatore*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2012, 1, 393 ss.; A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del "buon padre di famiglia"*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014, 11 ss.; ID., *Contratto ed economia comportamentale*, in *Enc. dir.*, I tematici, I, *Contratto*, Milano, 2021, 316 ss.

otterrebbe così un risultato opposto a quello avuto di mira del tutto contro-produttore<sup>32</sup>.

Alla luce di quanto sin qui osservato, è possibile svolgere la seguente considerazione. Come già avvenuto in altri settori economici, anche per il mercato agroalimentare si renderà necessaria la fissazione di regole chiare e omogenee in ordine alle comunicazioni di sostenibilità. Ad esse andrebbe affidato il compito di contribuire a ridurre il rischio di fenomeni di sfruttamento dei meccanismi di etichettatura sostenibile da parte dei produttori; i quali spesso appaiono più attratti dalla possibilità di aumentare i propri profitti piuttosto che contribuire in maniera leale e trasparente nella formazione di una coscienza comune sui temi della sostenibilità ambientale.

#### 4. La tendenza alla responsabilizzazione del consumatore tra potenzialità e criticità.

Di là delle problematiche da ultimo evidenziate non è possibile negare l'importanza che riveste una corretta comunicazione circa la sostenibilità dei

<sup>32</sup> Sul punto cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio “Nuova Agenda dei consumatori. Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile”, COM (2020) 696 final del 13 novembre 2020, spec. p. 8: «per consentire una diffusione socialmente ottimale di nuovi beni e servizi nonché di nuovi approcci al consumo, occorre fornire ai consumatori informazioni migliori e più affidabili sugli aspetti relativi alla sostenibilità dei beni e dei servizi, evitando al contempo un sovraccarico di informazioni». Sul problema dell'eccesso informativo, che riguarda, in generale, tutti i rapporti contrattuali squilibrati nei vari settori economici (consumeristico, finanziario, bancario, ecc.) si vedano: R. RORDORF, *La tutela del risparmiatore: nuove norme, problemi vecchi*, in *Soc.*, 2008, 3, 269 ss.: «Mi chiedo fino a qui punto l'enfasi che da anni si pone sull'esigenza dell'informazione dell'investitore corrisponda ad un'effettiva esigenza di tutela del risparmiatore e di efficienza del mercato, sul presupposto che solo la completezza dell'informazione valga davvero a rendere il mercato efficiente, o se il vessillo dell'informazione non sia viceversa in qualche misura trasformato in poco più che un idolo del foro. Il cliente non professionale non solo ha minori capacità di fruirne, ma spesso neppure davvero lo desidera e si affida alla personalità dell'intermediario proprio perché, pur non disdegnando l'investimento finanziario, ritiene più conveniente (o magari anche solo più piacevole) utilizzare il proprio tempo altrimenti che nello studio dei mercati finanziari»; O. BEN-SHAHAR, C. SCHNEIDER, *More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*, Princeton, 2014; A. ZOPPINI, *Eccesso informativo e tutela degli investitori*, in G. MOLLO (a cura di), *Quaderni giuridici. Atti dei seminari celebrativi per i 40 anni dall'istituzione della Consob*, Roma, 2015, 257 ss.; F. GRECO, *L'onere/obbligo informativo: dalla normazione paternalistica all'informazione overload(ing)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 399 ss.; A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2018, 165 ss.; L. BAIRATI, *Protezione del consumatore di alimenti e disinformazione per eccesso*, in L. Scaffidi, V. Zeno-Zencovich, *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, vol. II, Roma, 2020, 633 ss.; G.M. MARSICO, *Obblighi informativi nei contratti di investimento e allocazione della responsabilità dell'intermediario finanziario*, in *Dir. econom. e impr.*, 2024, 2, 218 ss.; S. CARMIGNANI, *L'informazione ai tempi della sostenibilità*, in *Riv. dir. alim.*, 2024, 1, 27 ss., la quale si chiede se «gli obiettivi della sostenibilità ambientale coincidono con la sostenibilità dell'informazione al consumatore, immerso in un labirinto informativo fra informazioni nutrizionali, informazioni sui processi produttivi, informazioni sull'origine e sulla tracciabilità, informazioni sull'uso di biotecnologie, informazioni ambientali».

prodotti agroalimentari. È anzi necessario uno sforzo comune (dei legislatori, delle imprese, delle associazioni dei consumatori) volto a sviluppare un *design* dell'etichetta adeguato in contenuti e simboli. La finalità informativa perseguita dall'etichettatura di sostenibilità contribuisce, infatti, a realizzare un obiettivo di cruciale importanza che non può essere obliterato<sup>33</sup>. Come si è evidenziato, le informazioni veicolate tramite una etichetta non esplicano solamente una funzione informativa strumentale al compimento della singola e specifica scelta di acquisto, cioè alla soddisfazione del bisogno individuale. Nel contempo, soddisfano anche l'interesse più generale a educare i consumatori a compiere acquisti che tengano conto tanto della qualità e/o del prezzo, quanto della sostenibilità complessiva del prodotto alimentare in relazione all'intera filiera coinvolta.

Ove si condivida siffatta osservazione, si perverrà a svolgere una considerazione ulteriore. Non si deve credere che la funzione ascritta alla etichettatura implichi un ruolo del tutto passivo dei consumatori, quali meri “contenitori” da “riempire” di dati e da indirizzare nelle loro scelte. La ineffettività di siffatto approccio è da tempo evidente in vari settori del mercato caratterizzati da asimmetrie informative. Tutto al contrario, la costruzione di un sistema agroalimentare resiliente sul piano ambientale esige una partecipazione pro-attiva del consumatore; il quale deve acquisire la consapevolezza di essere parte, con le sue scelte di acquisto, di un ecosistema complesso, nel quale ogni singola azione può avere un impatto concreto sull'ambiente e sulla lotta al cambiamento climatico. Come si è già avuto modo di dire, nel preferire prodotti con etichettatura biologica o climatica, i consumatori possono divenire parte integrante della configurazione dell'offerta, poiché esercitano una indiretta pressione sulle imprese agricole idonea a influenzarne le scelte aziendali in punto di sostenibilità. In tal modo, contribuiscono allo sviluppo di un'economia sostenibile e circolare.

I consumatori di prodotti sostenibili, in altri termini, sono e possono essere sempre di più i veri protagonisti del processo di transizione verde del mercato europeo secondo una strategia ormai collaudata in vari campi di intervento dell'Unione europea<sup>34</sup>. Tale approccio è, infatti, coerente con le linee di fondo della politica europea contemporanea, che intende l'obiettivo della sostenibilità del mercato unico in una dimensione omnicomprensiva,

<sup>33</sup> Osserva condivisibilmente anche B. LA PORTA, *Riflessioni per una definizione di “prodotto agroalimentare sostenibile”*, in *Riv. dir. agrar.*, 2021, 2, 307-308: «l'adozione di modelli di consumo sostenibile, anche con il fine di contrastare l'impoverimento delle risorse del nostro pianeta e garantire alle generazioni future la capacità di soddisfare i propri bisogni, non può in alcun modo realizzarsi se non vi è una piena consapevolezza da parte del consumatore che, in sede di acquisto, deve essere posto nelle condizioni di valutare correttamente le informazioni sull'impatto dei beni e servizi di cui usufruisce e poi orientare le proprie scelte sulla base di tali dati».

<sup>34</sup> La stessa strategia peraltro era già stata sperimentata dall'Unione europea nel regolamentare la etichettatura alimentare sul piano della trasmissione delle informazioni nutrizionali del prodotto con l'obiettivo di combattere educare il consumatore a un'alimentazione sana e di combattere l'obesità. Sul punto v. S. BOLOGNINI, *Informazioni alimentari e lotta all'obesità. Il contributo delle normative europee relative alla fornitura di informazioni alimentari alla strategia europea per la prevenzione dell'obesità*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, II, *Diritto alimentare. Diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2014, 45 ss.; L. SCAFFIDI, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, cit.

cioè non più solo economica, ma anche ambientale e sociale<sup>35</sup>. È in atto, insomma, un'evoluzione del ruolo del consumatore nei processi produttivi del settore agroalimentare: da mero oggetto di protezione da parte dell'ordinamento a motore pulsante delle scelte economiche e sociali europee<sup>36</sup>.

Affinché il descritto ecosistema sia in grado di funzionare correttamente occorre, però, rendere consapevoli i consumatori del ruolo attivo che possono svolgere e delle sue implicazioni. Tanto significa che non può esservi responsabilizzazione dei consumatori se, a monte, non sia garantita non solo una informazione adeguata sui prodotti acquistabili, ma anche, e prima ancora, una educazione adeguata alla sostenibilità<sup>37</sup>. Non a caso, una delle priorità più importanti della “Nuova Agenda dei consumatori” è proprio quella legata all'educazione: chiaro è l'impegno assunto dalla Commissione nello sviluppare «un approccio strategico per migliorare la consapevolezza e l'educazione dei consumatori, tenendo conto anche delle esigenze dei diversi gruppi sulla base, tra l'altro, di approcci incentrati sulla parità e la non discriminazione»<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Tale impostazione trova esplicita manifestazione nella Risoluzione 2020/2021 del Parlamento UE “Verso un mercato unico più sostenibile per imprese e consumatori”. Sul punto si vedano le interessanti osservazioni di G. CAPALDO (a cura di), *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, Roma, 2023, 2-3: la «dimensione ambientale si è ormai inserita come elemento essenziale della opzione di mercato macroeconomico dell'Unione Europea e il mercato deve crescere in modo sostenibile, deve favorire l'innovazione, attrarre investimenti, promuovendo una competitività che sia anch'essa sostenibile. In questa prospettiva discorrere di crescita sostenibile significa che la crescita non dovrebbe fondarsi solo sulla quantità, ma anche (e in realtà persino di più) sulla qualità».

<sup>36</sup> Cfr. A. PUNZI, *Conviene, all'impresa che persegue il profitto, agire in modo responsabile?*, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto all'etica e alla politica*, Napoli, 2017, 378-379: nel momento in cui fossero disponibili e facilmente accessibili «tutte le informazioni lato sensu pertinenti rispetto a ciascun prodotto, dunque non solo alla sua composizione fisico-chimica o agli effetti sulla salute, ma all'intera filiera della produzione distribuzione in generale al rispetto delle leggi vigenti da parte dell'impresa» il consumatore «potrebbe compiere la sua decisione d'acquisto non più solo sulla base dell'abitudine, del “sentito dire” o valutando il prezzo e il suo rapporto con la qualità, ma anche in ragione della “storia” del prodotto, dunque delle tracce in esso impresse dall'intero processo produttivo». Con una chiara conseguenza: «Una decisione economica assunta secondo una simile logica bene potrebbe addirittura essere considerata una vera e propria scelta politica, in quanto intesa, sul medio e lungo periodo, ad incidere sul sistema produttivo, indirettamente inducendo l'impresa ad assumere condotte responsabili in quanto idonee ad accrescere il suo capitale reputazionale fino a rendere maggiormente appetibili i suoi prodotti».

<sup>37</sup> Cfr. A. PUNZI, *Conviene, all'impresa che persegue il profitto, agire in modo responsabile?*, cit., 377: «(...) non può escludersi che l'utente/consumatore, specie se adeguatamente educato, trasformi la propria decisione economica nell'attribuzione di un valore che da un lato possa rappresentarlo socialmente come portatore di preferenze responsabili, anziché come dissolto in una massa indistinta di fruitori passivi e acritici, dall'altro possa incidere sugli assetti del mercato».

<sup>38</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio “Nuova Agenda dei consumatori. Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile”, cit., con particolare riguardo all'Azione n. 18, il cui sviluppo era previsto entro il 2023. Siffatta azione, peraltro, risulta del tutto coerente e coordinata con la seconda missione del PNRR dedicata alla “Rivoluzione verde e Transizione ecologica”. In particolare, la Componente 1 è dedicata all'economia circolare e all'agricoltura sostenibile: «Cultura e consa-

Ma proprio la strutturazione del rapporto informazione-educazione presenta degli elementi di criticità, non essendo ancora interessato da interventi normativi specifici. Per spiegare quest'ultima affermazione merita svolgere alcune precisazioni. Non c'è dubbio che il progetto educativo connesso alla etichettatura dei prodotti agroalimentari già rappresenti uno strumento fondamentale per la costruzione di una generazione di consumatori "responsabili", i quali concorrano solidaristicamente a perseguire gli obiettivi fissati dalle politiche europee in una prospettiva di medio-lungo termine e in ottica intergenerazionale. Come è stato autorevolmente rilevato in dottrina, l'etichettatura sostenibile implica l'assunzione di un'inedita assunzione di responsabilità in capo ai consumatori verso gli altri membri della società e verso le nuove generazioni<sup>39</sup>. Siffatta responsabilizzazione dovrebbe tradursi non solo, come detto, in scelte di consumo più consapevoli, ma anche nella formazione di una coscienza collettiva in grado di incidere sulle strategie aziendali dei produttori agricoli<sup>40</sup>. Tuttavia, nella prospettiva della responsabilizzazione consumeristica sottesa alla nuova direttiva 2024/825/UE, quanto sin qui rilevato, probabilmente, non è ancora sufficiente. Gli Stati membri sono chiamati a puntare non solamente su un'educazione mirata e circoscritta al singolo prodotto, bensì sulla costruzione di un vero e proprio

pevolezza dei temi e delle sfide ambientali, diffuse in modo ampio nella cittadinanza, in particolar modo nelle nuove generazioni, rappresenta un presupposto essenziale per affrontare con successo la transizione ecologica».

<sup>39</sup> Osserva acutamente S. BOLOGNINI, *Il consumatore nel mercato agro-alimentare europeo fra scelte di acquisto consapevoli e scelte di acquisto sostenibili*, cit., 636: in virtù della rilevanza della c.d. comunicazione della sostenibilità «accanto alla responsabilità sociale delle imprese, si sta venendo a configurare una responsabilità sociale dei consumatori». Si vedano anche le considerazioni di S. CARMIGNANI, *L'informazione ai tempi della sostenibilità*, cit., 32: «Non si tratta di una mera azione di sensibilizzazione del consumatore, ma di una vera e propria investitura che il legislatore europeo accorda al consumatore, inducendolo ad assumersi le proprie responsabilità sociali e collettive nelle scelte di acquisto e tenendolo consapevole che il consumatore, nell'era della sostenibilità, ha ora un compito da svolgere, cioè quello di essere parte attiva del processo di transizione ecologica».

<sup>40</sup> Sul punto v. S. BOLOGNINI, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agroalimentare europeo*, cit., 157 ss.; EAD., *Il consumatore nel mercato agroalimentare europeo fra scelte di acquisto consapevoli e scelte di acquisto sostenibili*, cit., 626: vi è «l'idea che il consumatore possa svolgere una funzione propulsiva: mai come in questo periodo, in cui la forte integrazione degli scambi commerciali internazionali e la saturazione per certi versi dell'offerta costringono a calibrare – quantitativamente e qualitativamente – la produzione sulla base di ciò che può trovare un'effettiva allocazione sul mercato, il consumatore, con le sue scelte d'acquisto, avrebbe il potere di decretare il successo di determinati prodotti e, quindi di indirizzare i modelli di produzione»; A. DI LAURO, *Nuove regole per le informazioni sui prodotti alimentari e nuovi analfabetismi. La costruzione di una "responsabilità del consumatore"*, cit., 6 ss.; E. GRASSO, C. PONCIBÒ, *Nutrition Labelling Chaos: How Far Shall We Go in Nudging Consumers?*, in B. HEIDERHOFF, R. SCHULZE (a cura di), *Verbraucherrecht und Verbraucherverhalten*, Nomos, 2015, 119 ss.; D. ROMANO, *Le informazioni obbligatorie nel mercato alimentare: tutela o autoresponsabilità del contraente debole?*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 1, 247 ss.; M. GIORGIANNI, *Un viaggio nella storia delle guide al consumo in cerca della nuova veste "responsabile" dei consumatori*, in *Pol. dir.*, 2021, 3, 359 ss.; T. PERILLO, *Dal consumatore "debole" al consumatore "attivo": itinerari della "conversione ecologica"*, in *Ambienteditto*, 2022, 4, 391 ss.; S. LANG, G. MINNICUCCI, M. MUELLER, M. SCHLAILE, *The Role of Consumers in Business Model Innovations for a Sustainable Circular Bioeconomy*, in *Sustainability*, 2023, 9573 ss.; S. CARMIGNANI, *L'informazione ai tempi della sostenibilità*, cit., 27 ss.

“programma educativo”, dotato di un chiaro obiettivo: garantire la formazione di una coscienza collettiva della platea dei consumatori circa il loro ruolo nel mercato. A oggi, una tale coscienza è ancora ben lungi dal potersi dire esistente. Non solo, ma la legislazione europea richiede che detto “programma educativo” garantisca una educazione non standardizzata, bensì diversificata in relazione alla tipologia di consumatore destinatario. Ben noti e forti sono i rischi di una tutela ineffettiva, soprattutto nel commercio in ambiente digitale, per i consumatori più vulnerabili, quali bambini e anziani. L’etichettatura, dunque, non dovrebbe solo assicurare la trasmissione di determinati dati, ma, di più, dovrebbe trasmettere quei dati in una maniera che permetta ai consumatori - a tutti i consumatori - di comprenderne il significato effettivo e, dunque, di assumere la propria parte di responsabilità nella conformazione del mercato in termini di sostenibilità.

Un ulteriore elemento di criticità emerge anche e soprattutto sul piano della reazione ordinamentale al mancato rispetto della nuova normativa. Il fatto che le nuove regole uniformi in materia di responsabilizzazione dei consumatori nella transizione verde (direttiva 2024/825/UE) lascino agli Stati membri il compito di adottare adeguati sistemi e strumenti sanzionatori, implica risalenti problemi: nasconde il rischio di standard di tutela diseguali e, dunque, ineffettivi.

Essenziale rimane, allora, il ruolo delle imprese, le quali, lungi dal vedere ridotta la propria responsabilità sol che abbiano adempiuto formalisticamente i doveri informativi, sono chiamate a stringere un serio impegno di lealtà verso i consumatori: alle imprese è richiesto di compiere e di dimostrare di aver compiuto tutti gli sforzi necessari a garantire sia prodotti realmente sostenibili sia una comunicazione di sostenibilità corretta ed esaustiva. Come la più recente legislazione euro-unitaria dimostra, la responsabilizzazione dei consumatori non può certo andare disgiunta dall’assunzione di una chiara responsabilità sociale, oltre che civile, degli imprenditori per le scelte di produzione, soprattutto in un settore di importanza fondamentale come quello agroalimentare<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Una responsabilità sociale, quella delle imprese, che trova oggi maggior valorizzazione anche alla luce della già menzionata direttiva 2024/1760/UE (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*), il cui obiettivo di lungo periodo è di «assicurare che le società attive nel mercato interno contribuiscano allo sviluppo sostenibile e alla transizione economica e sociale verso la sostenibilità attraverso l’individuazione, e, ove necessario, l’attribuzione di priorità, la prevenzione, l’attenuazione, l’arresto, la minimizzazione e la riparazione degli impatti negativi, siano essi effettivi o potenziali, sui diritti umani e sull’ambiente connessi alle attività delle società stesse nonché alle attività delle loro filiazioni e dei loro partner commerciali nelle catene di attività cui le società partecipano, e garantendo che le persone colpite dal mancato rispetto di tale obbligo abbiano accesso alla giustizia e ai mezzi di ricorso». Su questi temi v.: P. DI TORO, *L’etica nella gestione di impresa*, Padova, 1993; R. IANNONE, *L’equivoco della responsabilità sociale delle imprese*, Soveria Mannelli, 2006; S. SCIARELLI, *Etica e responsabilità sociale nell’impresa*, Milano, 2007; G. RUSCONI, M. DORIGATTI, *La responsabilità sociale dell’impresa*, Milano, 2004; L. BRIAMONTE, L. HINNA (a cura di), *La responsabilità sociale per le imprese del settore agricolo e agroalimentare*, Napoli, 2008; P. COLANERI, *Il fenomeno della responsabilità sociale di impresa in agricoltura*, in *Econom. e dir. agroalim.*, 2010, XV, 227 ss.; D. RUSSO, *La promozione della responsabilità sociale d’impresa nel diritto dell’Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 477 ss.; A. ADDANTE, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell’impresa*, Napoli, 2012; A. PUNZI, *Convieni, all’impresa che persegue il profitto, agire in modo responsabi-*

---

le?, cit., 367 ss.; C. ANGELICI, *Divagazioni sulla “responsabilità sociale” dell’impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, 3 ss.; S. ROSSI, *Il diritto della corporate social responsibility*, in *Orizz. dir. comm.*, 2021, 1, 100 ss.; G. D’ATTORRE, *La responsabilità sociale dell’impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 60 ss.; M.C. ZARRO, *Tutela dell’ambiente e responsabilità dell’impresa nella recente proposta di direttiva sulla due diligence aziendale*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 1212 ss.; G.D. MOSCO, R. FELICETTI, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, cit., 185 ss.; C.G. CORVESE, *La sostenibilità ambientale e sociale delle società nella proposta di Corporate Sustainability Due Diligence (dalla “insostenibile leggerezza” dello scopo sociale alla “obbligatoria sostenibilità” della due diligente)*, cit., 391 ss.; M. LIBERTINI, *Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contr. e impr.*, 2023, 54 ss.



## INDICAZIONI GEOGRAFICHE E PRATICHE SOSTENIBILI: PRIME CONSIDERAZIONI ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO (UE) 2024/1143

Di Maria Carlotta Rizzuto

| 615

**SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le indicazioni geografiche tra tradizione e innovazione. – 3. L’incidenza della sostenibilità sulle indicazioni geografiche – 4. Criticità derivanti dall’ingresso delle pratiche di sostenibilità nei disciplinari di produzione. – 5. Pratiche di sostenibilità e prospettive per i Consorzi di tutela – 6. Considerazioni conclusive**

*ABSTRACT. Nel corso degli ultimi anni, la strategia del Green Deal europeo nonché i conseguenti interventi a cascata che ne sono derivati, ha portato ad una pervasiva conformazione dello statuto normativo applicabile all’attività dell’impresa agricola verso nuovi obiettivi dettati dalla multidimensionale della sostenibilità.*

*Lungo siffatta prospettiva, si inserisce anche la proposta di modifica del regolamento europeo [COM (2022) 134 final 2], il cui iter normativo è terminato con l’emanazione del Reg. (UE) 2024/1143, concernente i prodotti agroalimentari di qualità. Si tratta di un testo dalla forte valenza giuridica, non solo perché riunisce in un solo provvedimento la disciplina delle IG relative a tutti i settori, compreso quello del vino, ma anche sul piano della governance, per il potere riconosciuto ai gruppi di produttori, e ancor più per gli impegni correlati alla sostenibilità che coinvolgono le regole della produzione di qualità.*

*Il coinvolgimento delle produzioni di qualità nella strategia sulla sostenibilità determina nuove prospettive che si articolano tra tradizione e innovazione, sostenibilità e nuovi obiettivi in un contesto legato alla conservazione di sistemi produttivi fortemente radicati a livello territoriale. Si ha una sorta di intrusione di una disciplina da tempo consolidata a livello europeo, non tanto con riguardo alle regole sul riconoscimento e sulla protezione delle IG, quanto piuttosto su nuovi criteri che possono inserirsi nei procedimenti previsti dal disciplinare di produzione. In particolare, il canone della sostenibilità trova all’art. 7 del regolamento un particolare riferimento ove si consideri il ruolo demandato alle associazioni di produttori di concordare “pratiche di sostenibilità” da rispettare nella produzione del prodotto designato da IG con lo scopo di prevedere norme di sostenibilità più rigorose di quella prescritta dal diritto UE o nazionale e, per molti aspetti, di andare oltre le buone pratiche in termini di impegni sociali, ambientali o economici.*

*In un tale contesto, si colloca la ricerca che si propone di effettuare una prima analisi in ordine all’adozione, rimessa su base volontaria, di tali impegni, al suo impatto sulla conservazione delle produzioni di qualità, nonché sulle modalità con cui l’informazione relativa all’attuazione di questi ultimi debba essere comunicata. L’indagine vuole investigare gli obiettivi perseguiti dell’intervento legislativo e la valenza della sua portata nel contesto più ampio del diritto agroalimentare europeo mettendo in luce le potenziali criticità che si possono rilevare sul piano dell’autonomia dei consorzi nella previsione e adozione di detti impegni, sugli inadempiamenti degli agricoltori e quindi sui controlli.*

*Over the last few years, the strategy of the European Green Deal as well as the consequent cascade interventions that have resulted from it, has led to a pervasive*



*conformation of the regulatory statute applicable to the activity of agricultural businesses towards new objectives dictated by the multidimensional sustainability. Along this perspective, the proposal to amend the European regulation [COM (2022) 134 final 2] also fits, the regulatory process of which ended with the issuing of Reg. (EU) 2024/1143, concerning quality agri-food products. This is a text with strong legal value, not only because it brings together in a single provision the regulation of GIs relating to all sectors, including the wine sector, but also on a governance level, due to the power granted to groups of producers, and even more so for sustainability-related commitments that involve the rules of quality production. The involvement of quality production in the sustainability strategy determines new perspectives that are articulated between tradition and innovation, sustainability and new objectives in a context linked to the conservation of production systems strongly rooted at a territorial level. There is a sort of intrusion of a discipline that has long been consolidated at European level, not so much with regard to the rules on the recognition and protection of GIs, but rather on new criteria that can be included in the procedures envisaged by the production specifications. In particular, the sustainability canon is found in art. 12 of the proposal, a particular reference when considering the role delegated to producer associations to agree on " sustainability practices" to be respected in the production of the product designated by IG with the aim of providing for more rigorous sustainability standards than those prescribed by EU or national law and, in many respects, to go beyond good practices in terms of social, environmental or economic commitments.*

*In this context, the research is placed which aims to carry out an initial analysis regarding the adoption, on a voluntary basis, of these commitments, its impact on the conservation of quality productions, as well as on the ways in which information relating to the implementation of the latter must be communicated. The investigation aims to investigate the objectives pursued by the legislative intervention and the value of its scope in the broader context of European agri-food law, highlighting the potential critical issues that can be detected in terms of the autonomy of the consortia in the forecast and adoption of said commitments, on farmers' non-compliances and therefore on controls.*

## 1. Premessa.

Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Regolamento (UE) n. 1143/2024<sup>1</sup> si è concluso il 23 aprile 2024 l'iter volto alla modifica dei regolamenti (UE) n. 1308/2013, (UE) 2017/1001 e (UE) 2019/787 nonché all'abrogazione del regolamento (UE) n. 1151/2012<sup>2</sup>, il quale aveva tratto avvio dalla proposta del 2 maggio 2022 [COM (2022) 134 final 2].

Si tratta di un testo dalla forte valenza giuridica che rileva, sul piano sistematico per la tendenza ad unificare in un unico provvedimento la disciplina delle indicazioni geografiche relative ai prodotti agricoli comprendo anche quello del vino, la cui disciplina era fino a questo momento prevista all'interno del reg. (UE) 1308/2013. Inoltre, sinteticamente, riconosce ai gruppi dei produttori un ruolo primario sul piano della *governance* della indicazione geografica<sup>3</sup>; introduce tempi certi per la registrazione e modifica dei disciplinari di produzione<sup>4</sup> e, ancora, sul piano della protezione, estende lo strumento della tutela *ex officio online* per i domini<sup>5</sup>, e incrementa la salvaguardia delle indicazioni geografiche dei prodotti trasformati<sup>6</sup>, oltre a intervenire sul sistema della registrazione automatica all'Atto di Ginevra<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Regolamento (UE) 2024/1143 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 aprile 2024 relativo alle indicazioni geografiche dei vini, delle bevande spiritose e dei prodotti agricoli, nonché alle specialità tradizionali garantite e alle indicazioni facoltative di qualità per i prodotti agricoli, che modifica i regolamenti (UE) n. 1308/2013, (UE) 2019/787 e (UE) 2019/1753 e che abroga il regolamento (UE) n. 1151/2012.

<sup>2</sup> Proposta di modifica Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alle indicazioni geografiche dell'Unione europea di vini, bevande spiritose e prodotti agricoli e ai regimi di qualità dei prodotti agricoli del 2 maggio 2022, [COM (2022) 134 final 2].

<sup>3</sup> Cfr. Artt. 32, 33, 34, del Regolamento (UE) n. 1143/2024.

<sup>4</sup> Cfr. Artt. 13-18 e 24 del Regolamento (UE) n. 1143/2024.

<sup>5</sup> Cfr. Art. 42 del Regolamento (UE) n. 1143/2024.

<sup>6</sup> Cfr. Art. 27 del Regolamento (UE) n. 1143/2024.

<sup>7</sup> In particolare, il considerando 74 del Regolamento (UE) n. 1143/2024 stabilisce che «il regolamento (UE) 2019/1753 del Parlamento europeo e del Consiglio (18), relativo all'attuazione dell'atto di Ginevra dell'accordo di Lisbona sulle denominazioni di origine e le indicazioni geografiche («atto di Ginevra») nell'Unione, deve essere modificato al fine di rafforzare il ruolo del gruppo di produttori riconosciuto nella procedura di registrazione delle indicazioni geografiche dell'Unione nel registro internazionale ai sensi dell'atto di Ginevra. Il Regolamento (UE) n. 1753/2019 dovrebbe inoltre essere adattato per consentire la registrazione, ai sensi dell'atto di Ginevra, delle denominazioni di origine dei sette Stati membri che sono parte dell'accordo di Lisbona in relazione a prodotti che non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento (UE) n. 1151/2012 ma che rientrano nell'ambito di applicazione del presente regolamento». In tale direzione, l'art. 86 del nuovo regolamento stabilisce che all'articolo 11 del Regolamento (UE) n. 1753/2019 sia inserito che: «2 bis. Per ciascuna denominazione di origine, originaria di uno Stato membro che è parte dell'Accordo di Lisbona, di un prodotto che non rientra nell'ambito di applicazione del regolamento (UE) n. 1151/2012 ma rientra in quello del regolamento (UE) 2024/1143, lo Stato membro interessato, sulla base di una richiesta di una persona fisica o giuridica di cui all'articolo 5, paragrafo 2, punto ii), dell'Atto di Ginevra, o di un beneficiario quale definito all'articolo 1, punto xvii), del medesimo, oppure di propria iniziativa, sceglie di chiedere: a) la registrazione internazionale della denominazione di origine in questione nell'ambito dell'Atto di Ginevra entro 12 mesi dalla data della sua registrazione ai sensi del regolamento (UE) 2024/1143, se tale Stato membro ha ratificato l'Atto di Ginevra o aderito al medesimo conformemente all'autorizzazione di cui all'articolo 3 della decisione (UE)



Ancor più rilevanti risultano le novità correlate alla sostenibilità che coinvolgono le regole sulla produzione di qualità là dove, in un contesto disciplinare altamente consolidato<sup>8</sup>, si prevede che i produttori di prodotti designati da indicazioni geografiche debbano essere incoraggiati a rispettare pratiche sostenibili comprendenti obiettivi ambientali, sociali ed economici.

In particolare, nel corpo del nuovo regolamento, si inseriscono alcune specifiche disposizioni<sup>9</sup>, tra l'altro più volte modificate nel corso dell'*iter* normativo<sup>10</sup>, attraverso le quali si prevede la possibilità per un gruppo di produttori o un gruppo di produttori riconosciuti, nel caso in cui quest'ultimo esista, di concordare pratiche sostenibili da inserire nel disciplinare di produzione, le quali mirino ad applicare norme di sostenibilità più rigorose di quelle prescritte dal diritto dell'Unione o nazionale in termini di sostenibilità, ambientale, sociale o economica o di benessere degli animali.

Tali pratiche sostenibili sono tipizzate nel secondo comma dell'art. 7, rimettendo, di fatto, ai Consorzi di tutela la possibilità di modificare i disciplinari di produzione mediante l'inserimento in questi ultimi delle suddette pratiche così da perseguire l'implementazione delle regole sulla sostenibilità nel contesto dei processi produttivi. Siffatta scelta sembrerebbe confermare la tendenza, già avviata dalla riforma della politica agricola comune del 2013<sup>11</sup>, di rafforzare il ruolo regolativo dei soggetti privati nel mercato

---

2019/1754, oppure b) l'annullamento della registrazione della denominazione di origine in questione nel registro internazionale».

<sup>8</sup> La promozione della qualità, introdotta con la prima riforma della Politica Agricola Comune (PAC) nei regolamenti del 1992, è emersa con l'obiettivo specifico di correggere gli effetti distorsivi della politica dei prezzi, che aveva portato a un aumento sproporzionato delle produzioni in molti settori. Questo concetto ha costituito un elemento costante nella PAC, pur subendo una progressiva evoluzione dal punto di vista teologico-funzionale [Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa dei segni di qualità, si veda per tutti M. GIUFFRIDA, *Voce Segni degli alimenti: Dop, Igp e Stg*, in *Dig. disc. pubbl. sez. civ.*, Torino, 2018, 435 e ss.]

Ancora prima, invero, la politica della qualità aveva interessato il settore vitivinicolo nel quale, con il Regolamento (CE) n. 817/197, del Consiglio del 28 aprile 1970 che stabilisce disposizioni particolari relative ai vini di qualità prodotti in regioni determinate, Art. 4-7, 12, era stato introdotto l'acronimo v.q.p.r.d. per indicare i vini di qualità sul piano europeo, che si traduceva, a livello nazionale, nei segni DOCG, DOC, IGT, abbandonati poi nel 2008, in virtù del Regolamento n. 479, il quale ha, poi, introdotto, anche per il vino, i segni DOP e IGP, allineandoli ai prodotti agricoli e alimentari.

<sup>9</sup> Cfr. Artt. 7 e 8 del Regolamento (UE) n. 1143/2024.

<sup>10</sup> Diversamente dall'art. 7 del Regolamento (UE) n. 1143/2024, l'art. 12 della proposta di modifica [COM (2022) 134 *final* 2] del regolamento discorreva di "impegni di sostenibilità".

<sup>11</sup> Al riguardo, si vedano A. JANNARELLI, *Profili giuridici del sistema agroalimentare. Soggetti e concorrenza*, Bari, 2018, 85 ss.; I. CANFORA, *Le Organizzazioni di produttori agricoli tra funzioni di mercato e composizione interna. Riflessioni a margine della sentenza della Corte di giustizia nel caso Saint-Luis Sucre*, in *Dir. agroal.*, 3, 2023, 413; EAD, *Raggiungere un equilibrio nella filiera agroalimentare. Strumenti di governo del mercato e regole contrattuali, in Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, a cura di L. Scaffardi, V. Zeno-Zencovich, Vol. I, Roma, 2020, 24 la quale sottolinea come i gruppi di produttori abbiano acquisito nel quadro normativo attuale un ruolo particolarmente importante nella regolazione dei mercati agroalimentari europei; da ultimo, in una logica ricostruttiva della regolazione del mercato dei prodotti agroalimentari, v. N. LUCIFERO, *Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari nella disciplina del mercato e della concorrenza*, Milano, 2023, 113 ss.

agroalimentare che, in tal caso, sarebbe integrato dalla rimessione ai gruppi di produttori della scelta sul se ed eventualmente su quali pratiche sostenibili inserire nei disciplinari di produzione.

Eppure, se ad una disamina preliminare, si potrebbe sostenere che la riforma sui regimi di qualità si ponga in linea di continuità con la disciplina previgente, al fine di coglierne la rilevanza, occorre inquadrarla, anche in una prospettiva di ordine sistematico, nel contesto della strategia *green* dell'UE che coinvolge l'agricoltura<sup>12</sup>.

L'incidenza di tale strategia sulle produzioni di qualità determina, infatti, nuove prospettive che si articolano tra tradizione e innovazione, sostenibilità e nuovi obiettivi in un contesto legato alla conservazione di sistemi produttivi fortemente radicati a livello territoriale<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> La sostenibilità è divenuta un paradigma che risulta, ormai, acquisito in tutto il sistema della filiera agroalimentare; essa ha indotto, in una prospettiva teleologica-evolutiva, una rimeditazione di istituti consolidati; basti riflettere, in via meramente esemplificativa, in ordine alle piccole produzioni locali, filiere corte e prodotti a chilometro zero, da sempre, considerati strumenti di valorizzazione del territorio nell'ambito delle misure sullo sviluppo rurale e che, in virtù dei recenti interventi legislativi [Legge n. 61 del 17 maggio 2022, recanti, "Norme per la valorizzazione e la promozione dei prodotti agricoli e alimentari a chilometro zero e di quelli provenienti da filiera corta"], sembrerebbero anch'essi piegati al canone della sostenibilità. In dottrina, tra molti, si vedano P. LATTANZI, *La transizione verso un sistema alimentare sostenibile nel Green Deal*, in *Trattato di diritto alimentare e dell'Unione Europea*, a cura di P. Borghi, I. Canfora, A. Di Lauro, L. Russo, Milano, 2024, p. 29. Ed ancora si veda S. MASINI, V. RUBINO (a cura di), *La sostenibilità in agricoltura e la riforma della Pac*, bari, 2021.

<sup>13</sup> La letteratura sulle indicazioni geografiche è veramente ampia. *Ex multis* si vedano M. GIUFFRIDA, *Voce Segni degli alimenti: Dop, Igp e Stg*, in *Dig. disc. pubbl. sez. civ.*, Torino, 2018; A. DI LAURO, *Le denominazioni d'origine protette e le indicazioni geografiche protette di fronte alla sfida dello Sviluppo sostenibile*, in *Riv. dir. agr.*, 2018, I, 381 ss.; A. GERMANÒ, *Sulla titolarità dei segni Dop e IGP*, in *Dir. agroalim.*, 2, 2017, 289; F. ALBISINNI, *Marchi e indicazioni geografiche: una coesistenza difficile*, in *Riv. dir. agr.*, 2015, I, 434 ss.; A. GERMANÒ, V. RUBINO (a cura di), *La tutela dell'origine dei prodotti alimentari in Italia, nell'Unione europea e nel commercio internazionale*, Milano, 2015; F. PRETE, *La protezione nazionale delle indicazioni geografiche semplici. La saga del Salame Felino: ultimo atto*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 2, 2014, 30 ss.; P. BORGHI, *L'insostenibile leggerezza delle versioni linguistiche: condizionamento e confezionamento dei prodotti Dop e IGP nel recente regolamento UE n. 1151/2012*, in *Riv. dir. agr.*, 2013, I, 29 ss.; V. RUBINO, *Le Denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari*, Alessandria, 2007; M. MINELLI, *L'uso dei prodotti Dop e IGP come componenti*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 1, 2014, 43 ss.; ID, *La protezione delle denominazioni geografiche dei prodotti alimentari nell'Unione europea dopo il regolamento 1151/2012 UE*, in *Riv. dir. alim.*, 4, 2013, 4 ss.; S. CARMIGNANI, *La tutela delle indicazioni geografiche nell'Accordo TRIPS: localizzazione geografica del prodotto e mercato globale*, in A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, *Il diritto alimentare tra comunicazione e sicurezza dei prodotti*, Torino, 2005, 149; F. CAPELLI, *Il regolamento (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agro-alimentari: luci e ombre*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, I, 52 ss.; E. ROOK BASILE, *I segni distintivi dell'impresa e dei prodotti agricoli*, in L. COSTATO (diretto da), *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, Padova, 2003, 735 ss.; EAD, *Marchi e certificazione dei prodotti agricoli ed agro-alimentari*, in *Riv. dir. agr.*, 1993, I, 325 ss.; EAD, voce *Segni distintivi dell'impresa e dei prodotti agricoli*, in *Dig. civ. disc. priv.*, Torino, 2003; N. LUCIFERO, *La comunicazione simbolica nel mercato alimentare*, in *Trattato di Diritto Agrario, Il diritto agroalimentare*, diretta da L. Costato, A. Germanò, E. Rook Basile, vol. III, Torino, 2011, 321-423; L. PETRELLI, *I regimi di qualità nel diritto alimentare dell'Unione europea*, Milano, 2012; L. LA TORRE, M. CERRETO, *La tutela delle DOP e IGP*, Napoli, 2010; F. ALBISINNI, *Un Libro Verde sulla*



In tale ambito, si colloca il presente lavoro, il quale si propone di effettuare una prima analisi in ordine all'adozione, rimessa su base volontaria, di tali pratiche di sostenibilità, al suo impatto sulla conservazione delle tradizionali produzioni di qualità nonché sulle modalità con cui l'informazione relativa all'attuazione di questi ultimi debba essere comunicata.

L'indagine vuole investigare gli obiettivi perseguiti dall'intervento legislativo e la valenza della sua portata nel contesto più ampio del diritto agroalimentare europeo, mettendo in luce le potenziali prospettive e criticità che si possono rilevare sul piano dell'autonomia dei consorzi nella previsione e adozione di dette pratiche, sugli inadempimenti degli agricoltori e, quindi, sui controlli.

## 2. Le indicazioni geografiche tra tradizione e innovazione.

In via preliminare, occorre osservare che il nuovo regolamento sulle indicazioni geografiche non modifica l'architettura della disciplina sulla qualità<sup>14</sup>, ossia le regole sul riconoscimento e sulla protezione delle indicazioni geografiche<sup>15</sup>, la natura pubblicistica del segno di qualità riconosciuta a livello

---

*comunicazione, verso il 2013, in Riv. dir. alim.*, 1, 2009, 15 ss.; ID, *La qualità in agricoltura e nell'alimentazione*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 3, 2009, 3 ss.; L. COSTATO, *DOP, IGP e STG nei regolamenti del 2006, adottati anche in relazione ai negoziati WTO*, in *Riv. dir. agr.*, 2006, I, 351 ss.; ID, *La protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine e le attestazioni di specificità*, in *Riv. dir. agr.*, 1995, I, 488 ss.; M. GOLDONI, *Denominazione di origine*, in *Dig. civ.*, vol. V, Torino, 1989, 190 ss.

Ed ancora si veda la letteratura recente: A. DI LAURO, *Le denominazioni protette (DOP) e le indicazioni geografiche protette (IGP) in Trattato di diritto alimentare e dell'Unione Europea*, a cura di P. Borghi, I. Canfora, A. Di Lauro, L. Russo, cit., p. 605; I. CANFORA, *La politica della qualità dei prodotti agroalimentari dell'UE*, ivi, p. 599; EAD, *Il regime di tutela delle indicazioni geografiche a livello europeo ed internazionale*, in *La tutela internazionale delle indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari*, a cura di N. Lucifero, Milano, 2023, 19 e ss.; S. BOLOGNINI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nella definizione delle indicazioni geografiche*, ivi, 69 e ss.; N. LUCIFERO, *Il modello europeo sulle indicazioni geografiche a seguito dell'adesione dell'UE dell'Atto di Ginevra dell'Accordo di Lisbona per la registrazione e la protezione internazionale delle indicazioni geografiche*, ivi, 195 e ss.

<sup>14</sup> Il sistema sulle politiche di qualità è estremamente radicato sul territorio europeo, con uno strumentario giuridico ben preciso che, con riferimento ai prodotti agricoli e agli alimenti, rinveniva il suo principale riferimento normativo nell'ormai abrogato Regolamento (UE) n. 1151/2012, la cui base giuridica - è bene ricordare - era plurima, facendo riferimento, sì, all'art. 118 del TFUE in tema di diritti di proprietà intellettuale, ma, soprattutto, all'art. 39 TFUE, tra l'altro, unica base presente nei reg. 1992 e in quelli del 2006, con l'obiettivo di sostenere il reddito degli agricoltori e la permanenza della popolazione rurale nelle zone agricole oltre che di fornire risposte disciplinari alle domande dei consumatori di porre in relazione la qualità dei prodotti agricoli e alimentari con la loro origine territoriale. In dottrina si veda F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Milano, 2023, 318.

<sup>15</sup> Cfr. Artt. 9-25 del Regolamento (UE) n. 1143/2024, i quali prevedono come nei Reg. (UE) 1151/2012 e 1308/2013 una fase nazionale ed una unionale al termine delle quali avviene la registrazione della indicazione geografica. In particolare, la domanda di registrazione, unitamente al disciplinare di produzione, al documento unico e alla documentazione di accompagnamento, è presentata da parte di un gruppo di produttori interessati allo Stato membro, il quale, una volta esaminata e valutato i risultati delle eventuali opposizioni rice-

europeo<sup>16</sup> e i conseguenti diritti che sono in capo ai produttori della zona di origine, sottoposti al sistema di controllo per l'impiego del segno geografico<sup>17</sup>; la strategia sulla sostenibilità incide nei processi produttivi e nelle pratiche collegate alle tecniche, pur riconosciute, di valorizzazione del prodotto.

In particolare, a fronte di uno schema di riconoscimento e tutela<sup>18</sup> che è rimasto forte nel suo impianto normativo, il nuovo regolamento interviene, con riferimento alla sostenibilità<sup>19</sup>, in modo innovativo, sotto tre profili, i quali possono essere sintetizzabili come di seguito: contenuto del disciplinare attraverso la possibilità, riconosciuta ai gruppi di produttori, di concordare e inserire in questi ultimi pratiche sostenibili; legittimazione ossia individuazione del soggetto legittimato a portare avanti le iniziative collegate alla sostenibilità; tecnica legislativa.

Al riguardo, infatti, è noto come tradizionalmente questo sistema nasca con un approccio *bottom down* ossia secondo una disciplina che proviene

---

vute, la trasmette elettronicamente tramite un sistema digitale alla Commissione [Art. 10]. Quest'ultima esamina la domanda, verifica che contenga le informazioni richieste e che sia priva di errori manifesti, tenendo conto dell'esito della procedura nazionale di esame e di opposizione espletata dallo Stato membro interessato [Art. 15]. Valutata la presenza dei requisiti necessari per ottenere la protezione, la Commissione pubblica la domanda nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea al fine di consentire a coloro che abbiano un interesse legittimo di proporre eventuale opposizione [Art. 21] e nel caso in cui non siano presentate, il nome geografico è iscritto nel registro delle indicazioni geografiche dell'Unione [Art. 22].

<sup>16</sup> Si è molto discusso sulla natura pubblicistica o privatistica dei segni distintivi, concludendo la dottrina per la natura pubblicistica. In tal senso, si vedano F. ALBISINNI, *Strumentario*, cit., 335; M. GIUFFRIDA, *Voce Segni degli alimenti: Dop, Igp e Stg*, cit. Sul profilo concernente la titolarità si vedano A. GERMANÒ, *Sulla titolarità dei segni Dop e Igp*, in *Dir. agroal*, 2, 2017, 287, il quale conclude che sia nel diritto europeo che in quello nazionale il titolare delle Dop e Igp italiane sia la comunità dei produttori che, però, è una collettività in forma non organizzata cioè priva di personalità giuridica. Ed ancora si veda G. CARRARO, *Sulla titolarità dei segni di qualità: res communes omnium?* in *Nuov. giur. civ. com*, 3, 2018, 444 ss. il quale afferma che l'intero impianto normativo è qualificato in modo essenziale dall'interesse generale di carattere pubblicistico a preservare tradizioni produttive locali «se dunque le qualità certificate sono eterodeterminate dalla tradizione del territorio, denominazioni e indicazioni geografiche che costituiscono una sorta di patrimonio indisponibile culturale di una certa comunità territoriale e sono equiparabili nel mondo materiale a *res communes omnium* aperte all'uso generale».

<sup>17</sup> Cfr. Artt. 38-39 del Regolamento (UE) n. 1143/2024 e Regolamento (UE) n. 625/2017.

<sup>18</sup> Sulla tutela delle IG *ex multis*, I. CANFORA, *Il regime di tutela delle indicazioni geografiche a livello europeo ed internazionale*, cit. 19 e ss.; M. FERRARI, *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. uno studio di diritto comparato*, Napoli, 2015; V. RUBINO, *La protezione delle denominazioni geografiche dei prodotti alimentari nell'Unione europea dopo il regolamento 1151/2012 UE*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 4, 2013, 4 e ss.; A. DI LAURO, *La tutela dell'origine degli alimenti o la composizione im(possibile) del tempo e dello spazio*, in *La tutela dell'origine dei prodotti alimentari in Italia, nell'Unione europea e nel commercio internazionale*, Atti del Convegno di Alessandria del 21-22 maggio 2015, a cura di A. Germanò, V. Rubino Milano, 2015, 34 e ss.; L. LA TORRE, M. CERRETO, *La tutela delle DOP e IGP*, Napoli, 2010.

<sup>19</sup> Sul rapporto tra Dop, Igp e sostenibilità si veda A. DI LAURO, *Le denominazioni d'origine protette di fronte alla sfida di sviluppo sostenibile*, in *Riv. dir. agr.*, 2018, I, 382. Si veda altresì, EAD, *Gli effetti dei cambiamenti climatici sulla disciplina delle indicazioni geografiche: criticità e prospettive*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 3, 2022, 22.

dal basso, dai produttori e che, successivamente, è portata avanti dalla associazione costituenda che si fa promotrice dell'iniziativa<sup>20</sup>.

Il nuovo regolamento, come sarà di seguito meglio esplicitato, sembrerebbe, diversamente, introdurre le pratiche sostenibili nel sistema tradizionale della qualità attraverso una forma di etero-direzione, sì da avere una sorta di intrusione, in una disciplina da tempo consolidata a livello europeo, di nuovi criteri che possono inserirsi nei procedimenti previsti dal disciplinare di produzione<sup>21</sup>.

Ed invero, le regole sulle indicazioni geografiche hanno gradualmente subito l'influenza del canone della sostenibilità, il quale ne ha indotto una graduale modifica, lasciando, persino, intravedere una sua evoluzione in senso funzionale<sup>22</sup>. Come, peraltro, si evince dai primi considerando del regolamento, la strategia *green* dell'Unione europea rappresenta il propulsore dell'intervento normativo, la cui disciplina richiede di essere conformata a siffatta strategia.

In particolare, nel *Green Deal* europeo, la Commissione sottolinea come “il cibo europeo noto per essere sicuro, nutriente e di alta qualità, debba diventare anche il riferimento mondiale per la sostenibilità”<sup>23</sup>; obiettivo che è

<sup>20</sup> Si veda al riguardo A. MARESCOTTI, *Il ruolo del disciplinare di produzione nella costruzione dei legami tra prodotti DOP e IGP e sviluppo rurale*, in *Agriregionieuropa* 20, Mar 2010, il quale sottolinea come il percorso che porta alla richiesta della protezione comunitaria è il momento in cui la comunità dei produttori (spesso coadiuvata da una rete di soggetti esterni) si organizza per dotarsi di regole. «Sono dunque i produttori, ereditari di una conoscenza tramandata nel tempo, ad essere i soli legittimati a fissare le regole di produzione e le caratteristiche del prodotto. Una volta ottenuta la registrazione, cessa di fatto l'obbligatorietà dell'esistenza di un'organizzazione collettiva, e l'utilizzazione dell'indicazione geografica può tornare ad essere una scelta delle singole imprese». L'A. continua sottolineando come sia un raro caso di standard agro-alimentare che viene definito “dal basso” in un processo che vede la partecipazione attiva dei produttori locali, e questo a differenza di altre tipologie di standard di qualità dove è un unico soggetto, sempre più spesso a livello nazionale o sovranazionale, che definisce le regole senza ulteriore bisogno di legittimazione di un'altra Autorità, «vuoi perché si tratta di standard emanati da un'istituzione pubblica (come nel caso ad esempio del regolamento comunitario sull'agricoltura biologica), vuoi perché non è prevista una procedura autorizzativa da parte di terzi (come nel caso degli standard GLOBAL-GAP, BRC, IFS3). Per le DOP e IGP vi è dunque una maggior capacità di adattamento al contesto locale, e flessibilità nel decidere anche sulle regole che maggiormente sono in grado di esercitare effetti positivi sullo sviluppo rurale».

<sup>21</sup> Cfr. Art. 7 Regolamento (UE) n. 1151/2012; Art. 9 Regolamento (UE) n. 1308/2013; Art. 22 Art. 7 Regolamento (UE) n. 787/2019; Art. 49 Regolamento (UE) n. 1143/2024.

<sup>22</sup> La tradizionale qualità di eccezione riviene il suo fondamento negli intrinseci fattori naturali e umani collegati al territorio e, proprio in virtù di questo legame, i segni di qualità possono essere, altresì, appellati “segni del territorio”, dicitura, quest'ultima, ancor più idonea ad esprimere quel plus-valore che, con intensità variabile, caratterizza siffatti prodotti. È capace, cioè, di raccontare e rappresentare lo stretto e intrinseco collegamento tra questi ultimi ed il territorio da cui originano; quel terroir, quelle caratteristiche geomorfologiche, quegli elementi ambientali, climatici, paesaggistici, produttivi e culturali e/o la loro derivazione da pratiche produttive tradizionali, radicate storicamente in un determinato ambito territoriale. Al riguardo, si veda F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, cit., p. 332.

<sup>23</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 11 dicembre 2019, COM (2019) 640 *final*, *Il Green Deal europeo*, p. 13.

stato meglio esplicitato nell'ambito della Strategia dal "produttore al consumatore", là dove si evidenzia l'opportunità di includere nelle IG specifici criteri di sostenibilità<sup>24</sup>.

Tale strategia ha avuto, anche in questo contesto, un notevole impatto sui nuovi regolamenti Pac<sup>25</sup> ed, in particolare, sul Regolamento (UE) n. 2117/2021, il quale ha condotto alla modifica di alcune disposizioni sia del regolamento sulla qualità che di quello sull'OCM<sup>26</sup> sul presupposto, ben rimarcato nel considerando n. 30, che, tra i fattori umani da prendere in considerazione per la descrizione del legame tra la qualità o le caratteristiche di un prodotto e un particolare ambiente geografico da includere nel disciplinare, possano essere inclusi altresì "fattori quali la gestione del suolo e del paesaggio, le pratiche di coltivazione e tutte le altre attività umane che contribuiscano al mantenimento dei fattori naturali essenziali che determinano in modo predominante l'ambiente geografico e la qualità e le caratteristiche del prodotto in questione".

È lungo la medesima prospettiva che si pone il nuovo Regolamento sulle indicazioni geografiche del vino, delle bevande spiritose e dei prodotti agroalimentari, il quale introduce importanti novità nel contesto della qualità tradizionale<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 maggio 2020, COM (2020) 381 final Una strategia "Dal produttore al consumatore" <sup>(L. 17)</sup> per un sistema alimentare equo, sano e rispettoso dell'ambiente, p. 14.

<sup>25</sup> Si vedano i reg. (UE) 2021/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021 recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono redigere nell'ambito della politica agricola comune (piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga i regolamenti (UE) 1305/2013 e 1307/2013; reg. (UE) 2021/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021 sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune e che abroga il regolamento (UE) n. 1306/2013; reg (UE) 2021/2017 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021 che modifica i regolamenti (UE) 1308/2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, 251/2014 concernente la definizione, la designazione, la presentazione, l'etichettatura e la protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vitivinicoli aromatizzati e 228/2013 recante misure specifiche nel settore dell'agricoltura a favore delle regioni ultraperiferiche dell'Unione. In dottrina, tra molti, si vedano S. MASINI, V. RUBINO (a cura di), *La sostenibilità in agricoltura e la riforma della Pac*, cit.; P. LATTANZI, *Il "Green Deal", la Pac 2021-27 e la sostenibilità nelle produzioni alimentari*, in *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'unione europea*, a cura di P. Borghi, I. Canfora, A. Di lauro, L. Russo, 2021, 705; A. JANNARELLI, *Cibo e diritto. Per un'agricoltura sostenibile*, Torino, 2015, 137.

<sup>26</sup> In particolare, il Regolamento (UE) n. 2117/2021 ha introdotto, all'art 7, par. 1, Regolamento n. 1151/2012 e nel secondo comma, dell'art. 94 del Regolamento n. 1308/2013 che «il disciplinare possa contenere una descrizione del contributo che la denominazione d'origine o l'indicazione geografica dia allo sviluppo sostenibile».

<sup>27</sup> La tradizionale qualità di eccezione riviene il suo fondamento negli intrinseci fattori naturali e umani collegati al territorio e, proprio in virtù di questo legame, i segni di qualità possono essere, altresì, appellati "segni del territorio", dicitura, quest'ultima, ancor più idonea ad esprimere quel plus-valore che, con intensità variabile, caratterizza siffatti prodotti. È capace, cioè, di raccontare e rappresentare lo stretto e intrinseco collegamento tra questi ultimi ed il territorio da cui originano; quel terroir, quelle caratteristiche geomorfologiche, quegli elementi ambientali, climatici, paesaggistici, produttivi e culturali e/o la loro deriva-

### 3. L'incidenza della sostenibilità sulle indicazioni geografiche.

Con particolare riferimento alla sostenibilità<sup>28</sup>, le disposizioni del nuovo regolamento si individuano negli artt. 7 e 8, il cui contenuto merita di essere riportato integralmente, al fine di coglierne i profili di rilevanza, anche alla luce di quella che è stata l'evoluzione normativa che ha condotto alla versione definitiva di siffatte regole giuridiche.

In particolare, l'art. 7, diversamente dall'art. 12 della proposta<sup>29</sup>, il quale discorreva di “impegni di sostenibilità”, introduce la possibilità per «un gruppo di produttori, o un gruppo di produttori riconosciuto, se tale gruppo esista, di concordare - su base volontaria- pratiche sostenibili da rispettare nella produzione del prodotto designato da un'indicazione geografica o nello svolgimento di altre attività soggette a uno o più obblighi previsti dal disciplinare. Tali pratiche – continua la disposizione- mirano ad applicare norme di sostenibilità più rigorose di quelle prescritte dal diritto dell'Unione o nazionale in termini di sostenibilità, ambientale, sociale o economica o di benessere degli animali».

Ed ancora, se nella proposta di modifica era demandata alla Commissione l'adozione di atti delegati che definissero le norme di sostenibilità nei di-

---

zione da pratiche produttive tradizionali, radicate storicamente in un determinato ambito territoriale. In tal senso, si veda F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, cit., p. 332. Sono le peculiari caratteristiche e proprietà di tali prodotti che li hanno fatti divenire valido strumento di diversificazione delle produzioni agricole, di incentivazione della competitività dei produttori ed utile occasione di sviluppo per il mondo rurale sia per l'accrescimento del reddito degli agricoltori sia per la stabilizzazione della popolazione rurale nelle zone agricole. Tali finalità sono confermate sia nel considerando 4 del Regolamento (UE) n. 1151/2012 sia nel considerando 5 del Regolamento (UE) n. 1753/2019 di adesione all'Atto di Ginevra, ma ancor più dalle misure di finanziamento dedicate nei regolamenti per lo sviluppo rurale e dalla notevole estensione del livello di tutela di tali segni.

<sup>28</sup> Pur non contenendo il termine “sostenibilità”, nel suo preambolo, il Regolamento (UE) n. 1151/2012 metteva già in evidenza il potenziale delle indicazioni geografiche, ai fini della preservazione dell'ambiente, del paesaggio e del benessere degli animali. In particolare, si affermava che la qualità e la varietà della produzione agricola, ittica e dell'acquacoltura dell'Unione rappresentano un punto di forza e un vantaggio competitivo importante per i produttori dell'Unione e sono parte integrante del suo patrimonio culturale e gastronomico vivo. Ciò è dovuto alle competenze e alla determinazione degli agricoltori e dei produttori dell'Unione, che hanno saputo preservare le tradizioni pur tenendo conto dell'evoluzione dei nuovi metodi e materiali produttivi. In tal guisa, già in questa sede, seppur implicitamente, si attribuiva alle indicazioni geografiche, oltre alla funzione di fornire un vantaggio in termini comparativi ai produttori dell'Unione Europea, come strumenti di sviluppo rurale, il fine di proteggere le risorse naturali, il paesaggio ed il benessere animale

<sup>29</sup> Cfr. art. 12, Proposta di modifica Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alle indicazioni geografiche dell'Unione europea di vini, bevande spiritose e prodotti agricoli e ai regimi di qualità dei prodotti agricoli del 2 maggio 2022, [COM (2022) 134 final 2] là dove era stato inserito che «1. Un'associazione di produttori può concordare impegni di sostenibilità da rispettare nella produzione del prodotto designato da un'indicazione geografica. Tali impegni hanno lo scopo di applicare una norma di sostenibilità più rigorosa di quella prescritta dal diritto dell'Unione o nazionale e, per molti aspetti, di andare oltre le buone pratiche in termini di impegni sociali, ambientali o economici. Tali impegni sono specifici, tengono conto delle pratiche sostenibili esistenti utilizzate per i prodotti designati da indicazioni geografiche e possono fare riferimento ai sistemi di sostenibilità esistenti. 2. Gli impegni di sostenibilità di cui al paragrafo 1 figurano nel disciplinare [...]».



versi settori e i criteri per il riconoscimento di quelle esistenti, a cui i produttori potessero, poi, eventualmente aderire<sup>30</sup>, siffatta previsione è stata eliminata nel secondo paragrafo del nuovo art. 7, là dove si fornisce, invece, una definizione di pratica sostenibile. Secondo tale disposizione, con quest'ultima, deve intendersi «una pratica che contribuisca ad uno più obiettivi ambientali sociali o economici», i quali sono puntualmente elencati nella medesima disposizione<sup>31</sup>.

Al contempo, al fine di dare visibilità agli sforzi dei produttori di prodotti designati da indicazioni geografiche, in relazione alla sostenibilità, nel successivo art. 8<sup>32</sup>, è, altresì, previsto che i medesimi gruppi di produttori possano redigere una relazione in cui descrivere le pratiche sostenibili adottate e il loro relativo impatto.

In particolare, nell'elaborazione di tali relazioni, è stabilito che i gruppi di produttori «debbano basarsi su informazioni verificabili, descrivendo le pratiche sostenibili esistenti, utilizzate nella produzione del prodotto, dell'impatto del metodo di ottenimento del prodotto sulla sostenibilità, in termini di impegni, ambientali, sociali, economici o di benessere degli animali nonché le informazioni necessarie per comprendere in che modo la sostenibilità incida sullo sviluppo, sulle prestazioni e sulla posizione del prodotto». È, infine, sancito che sarà cura della Commissione provvedere a rendere pubbliche tali relazioni.

Ed invero, la lettura delle predette disposizioni lascia immediatamente sorgere qualche profilo di criticità sia sul piano concettuale sia su quello applicativo.

<sup>30</sup> Cfr. art. 12, Proposta di modifica Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alle indicazioni geografiche dell'Unione europea di vini, bevande spiritose e prodotti agricoli e ai regimi di qualità dei prodotti agricoli del 2 maggio 2022, [COM (2022) 134 *final* 2] « [...] Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati, in conformità dell'articolo 84, che definiscono le norme di sostenibilità in diversi settori e i criteri per il riconoscimento delle norme di sostenibilità esistenti a cui i produttori di prodotti designati da indicazioni geografiche possono aderire. 5. La Commissione può adottare atti di esecuzione che definiscono una presentazione armonizzata degli impegni di sostenibilità. Tali atti di esecuzione sono adottati secondo la procedura d'esame di cui all'articolo 53, paragrafo 2».

<sup>31</sup> Cfr. Art. 7, par. del Regolamento (UE) n. 1143/2024, il quale indica come obiettivi da raggiungere attraverso le pratiche sostenibili: «a) mitigazione dei cambiamenti climatici e adattamento agli stessi; uso sostenibile e protezione del paesaggio, delle acque e dei suoli; transizione verso un'economia circolare, compresa la riduzione degli sprechi alimentari; prevenzione e riduzione dell'inquinamento; e protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi; b) produzione di prodotti agricoli con modalità che riducano l'uso di pesticidi e gestiscano i rischi derivanti da tale uso, o che riducano il pericolo di resistenza antimicrobica nella produzione agricola; c) benessere degli animali; <sup>[SEP]</sup>d) reddito equo per i produttori, diversificazione delle attività, promozione della produzione agricola locale e valorizzazione del tessuto rurale e dello sviluppo locale; <sup>[SEP]</sup>e) mantenimento dell'occupazione nel settore agricolo attirando e sostenendo i giovani produttori e i nuovi produttori di prodotti che beneficiano di un'indicazione geografica protetta; <sup>[SEP]</sup>f) miglioramento delle condizioni di lavoro e di sicurezza delle attività agricole e di trasformazione».

<sup>32</sup> La possibilità di redigere una relazione sulla sostenibilità non era stata, invece, prevista nell'ambito della proposta di modifica Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alle indicazioni geografiche dell'Unione europea di vini, bevande spiritose e prodotti agricoli e ai regimi di qualità dei prodotti agricoli del 2 maggio 2022, [COM (2022) 134 *final* 2].

Con riferimento al primo, infatti, non sembra si possa sottacere su come si inserisca nell'ambito del nuovo regolamento una formulazione - "norma di sostenibilità più rigorosa di quella prescritta dall'unione o dal diritto nazionale" -, di cui il legislatore non fornisca alcuna definizione, limitandosi a far riferimento agli obiettivi da perseguire.

Al riguardo, sembra potersi condividere quanto già affermato da Autorevole dottrina, seppur con riguardo all'art. 210 *bis*, da poco inserito nel Regolamento (UE) n. 1308/2013, allorquando è utilizzata la medesima espressione senza, anche in tale sede, chiarirne il precipuo significato, sì da lasciar accedere ad una qualificazione della sostenibilità alla stregua di una "terra incognita"<sup>33</sup>.

D'altronde, anche con riferimento alla pratica sostenibile, l'art. 7 si limita, invero, ad una formulazione alquanto generica che lascia ai soggetti legittimati la libertà di trovare soluzioni innovative nell'area della sostenibilità.

Nella sostanza, l'indeterminatezza della nozione rimetterebbe ai Consorzi, con l'attribuzione dunque di un importantissimo ruolo<sup>34</sup> in tal senso, il compito di qualificare, di volta in volta, se una pratica sia o meno sostenibile e ciò anche con riferimento a quelle pratiche che siano state magari già inserite nei disciplinari di produzione o nelle modifiche dei disciplinari approvati o ancora in corso di approvazione<sup>35</sup>.

Ed, invero, pur potendo sembrare una incongruenza, la possibilità lasciata ai gruppi di produttori di "calibrare" le pratiche sostenibili rispetto ai territori in cui debbano trovare applicazione potrebbe considerarsi corretta sul piano operativo in virtù delle differenze esistenti su base territoriale<sup>36</sup>; ogni

<sup>33</sup> Si veda A. JANNARELLI, *Gli accordi di sostenibilità nell'art. 210 bis del Reg. 1308/2013*, in *Dir. agroal.* 3, 2023, 459.

<sup>34</sup> Sui ruoli dei Consorzi si vedano A. GENOVESE, *I consorzi tra produttori agricoli*, in *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell'unione europea*, diretto da L. Costato, F. Albisinni, Milano, 2023, p. 991; V. RUBINO, *Il ruolo dei consorzi di tutela nella protezione della qualità*, in *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione Europea*, a cura di P. Borghi, I Canfora, A. Di lauro, L. Russo, cit., p. 479 ss.; L. PAOLONI, *Voce Consorzi tra produttori agricoli*, in *Dig. priv. Sez. civ. Agg.*, I, 2000, 215; segnatamente alla disciplina del vino v. A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, N. LUCIFERO, *Manuale di legislazione vitivinicola*, Torino, 2023, 213.

<sup>35</sup> In via meramente esemplificativa, si pensi alla modifica già approvata del disciplinare della burrata d'andria là dove oltre alla modifica della forma è stata eliminata la rafia alimentare; nel disciplinare del parmigiano reggiano, con riferimento all'alimentazione dei bovini, è stata introdotto la percentuale dell'origine del foraggio. Ed ancora in corso di approvazione, all'esame dell'UE, si vedano i disciplinari del pomodoro pelato di Napoli Igp: secondo cui il pomodoro dovrà essere coltivato seguendo i metodi di produzione integrata e/o biologica o il disciplinare del Cavolfiore della piana del sele igp in cui si inserisce l'avvicendamento culturale, apporti irrigui commisurati all'andamento meteorologico stagionale e alle caratteristiche del suolo, difesa fitosanitaria debbano essere conformi al «Disciplinare di difesa integrata» o al «Disciplinare di produzione biologica». Bisognerebbe comprendere se tali modifiche possano o meno rientrare tra le pratiche sostenibili volte ad applicare norme di sostenibilità più rigorose di quelle prescritte dal diritto dell'unione o nazionale.

<sup>36</sup> In tal senso, A. JANNARELLI, *Gli accordi di sostenibilità nell'art. 210 bis del Reg. 1308/2013*, cit., 478, il quale sottolinea, altresì, come la sostenibilità sia strutturalmente plurale nelle sue manifestazioni in quanto, nella prospettiva pur sempre di perseguire un'agricoltura illuminata non si esprime attraverso un unico modello normativo e valoriale indifferente alle diverse concrete realtà economiche, ambientali e sociali presenti nella real-

territorio, infatti, necessiterebbe di pratiche differenti proprio al fine di essere preservato nei suoi fattori naturali ed umani sì che gli obiettivi indicati nell'art. 7 devono essere perseguiti mediante pratiche che siano idonee a porre in equilibrio le istanze di innovazione con quelle legate alla tradizione dei territori.

D'altronde, l'attribuzione ai gruppi di produzione di un siffatto compito si pone in linea di continuità con quell'indirizzo legislativo che, già da tempo, mira a rafforzare il ruolo regolativo dei soggetti privati nel mercato agroalimentare -in tal senso basti riflettere sulle rilevanti novità introdotte dal Regolamento (UE) n. 2117/2021 per quanto concerne i Piani di regolazione dell'offerta<sup>37</sup>- e che proprio nel nuovo Regolamento sulle indicazioni geografiche trova una sua ulteriore conferma<sup>38</sup>.

#### 4. Criticità derivanti dall'ingresso delle pratiche di sostenibilità nei disciplinari di produzione.

La formulazione dell'art. 7 del Regolamento (UE) n. 1143/2024 sembrerebbe idonea ad esporre qualche profilo di criticità anche sul piano applicativo.

In particolare, come già evidenziato in dottrina, la circostanza che l'adozione di siffatte pratiche di sostenibilità sia rimessa alla mera determinazione volontaria da parte dei gruppi di produttori potrebbe portare con sé il rischio di una loro mancata adesione<sup>39</sup>.

---

tà, ma è sempre necessariamente al plurale alla luce delle concrete situazioni ambientali in cui va perseguita.

<sup>37</sup> Si pensi al riguardo alla modifica del Reg. (UE) 1308/2013 ad opera del Reg. (UE) 2021/2117. In particolare, attraverso quest'ultimo viene inserito l'art. 166 *bis*, attraverso cui le norme in materia di regolazione dell'offerta sono state integrate in un'unica disposizione riguardante tutti i prodotti agricoli DOP e IGP; ciò, secondo quanto statuito nel considerando 54 del medesimo regolamento, il quale statuisce che: «Tenuto conto dell'importanza delle denominazioni d'origine protette e delle indicazioni geografiche protette nella produzione agricola dell'Unione e visto il successo ottenuto con l'introduzione di norme di gestione dell'offerta per i formaggi e i prosciutti stagionati a indicazione geografica nel garantire il valore aggiunto e mantenere la reputazione dei prodotti e nello stabilizzarne i prezzi, è opportuno estendere la possibilità di applicare norme di gestione dell'offerta ai prodotti agricoli a denominazione d'origine protetta o a indicazione geografica protetta a norma del Regolamento (UE) n. 1308/2013 o del Regolamento (UE) n. 1151/2012». La medesima disposizione è stata, altresì, modificata dal Regolamento (UE) n. 1143/2024 di guisa che, conformemente all'art. 33 del Testo unico europeo sulla qualità si stabilisce che un'associazione di produttori riconosciuta possa richiedere, alle condizioni di cui allo stesso art. 166 *bis* del Regolamento (UE) n. 1308/2013, norme vincolanti di gestione dell'offerta produttiva per un periodo - non più sino a 3 bensì- sino a sei anni.

<sup>38</sup> Al riguardo, si veda il considerando 41 del Regolamento (UE) n. 1143/2024 là dove si afferma che «I gruppi di produttori svolgono un ruolo essenziale nella procedura di domanda di registrazione delle indicazioni geografiche e nella gestione delle loro indicazioni geografiche. Possono essere assistite nella preparazione della loro domanda da parti interessate quali autorità regionali e locali [...]».

<sup>39</sup> Cfr. A. DI LAURO, *Gli effetti dei cambiamenti climatici sulla disciplina delle indicazioni geografiche: criticità e prospettive*, cit., 39, la quale sottolinea, altresì, seppur con riferimento alla proposta di modifica, come i riferimenti alla sostenibilità si ritrovino con modalità più blande rispetto a quelle annunciate e si risolvano in «un incoraggiamento alle asso-

Ed infatti, questi ultimi si troverebbero dinanzi ad una duplice scelta: potrebbero decidere di inserire nei propri disciplinari le predette norme di sostenibilità più rigorose, con l'effetto di renderle obbligatorie e di sottoporsi, in tal guisa, a tutte le conseguenze, ivi connesse, anche in termini di maggiorazione dei costi, di successivi controlli nonché di assunzione delle relative responsabilità; oppure, optare per il mancato inserimento delle predette norme, consci della circostanza che ben potrebbero ottenere diversamente le certificazioni per l'espletamento di pratiche sostenibili<sup>40</sup>.

In tale direzione, al fine di evitare una riduzione dell'efficacia del "nuovo" strumento normativo ed, anzi, di incentivare l'assunzione di tali pratiche di sostenibilità, queste ultime necessiterebbero di essere controbilanciate dall'attribuzione di potenziali vantaggi, i quali potrebbero, in via esemplificativa, essere integrati dalla compensazione dei costi, magari da misure di sostegno nel quadro della politica di sviluppo rurale, come d'altronde suggerito nell'ambito della stessa proposta di regolamento<sup>41</sup>.

A tal riguardo, degno di attenzione sembrerebbe essere il decreto del Masaf del 5 settembre 2023 n. 451755, il quale, nell'individuare le modalità ed i criteri di ripartizione del "Fondo per lo sviluppo e il sostegno delle filiere

---

ciazioni di produttori di IG a inserire su base volontaria nel disciplinare requisiti relativi a migliori risultati in termini di sostenibilità economica, sociale e ambientale ad un monitoraggio del contributo delle IG allo sviluppo sostenibile, sostenuto dall'inserimento nella Giview di una sezione per ciascuna indicazione geografica registrata in cui le autorità degli Stati membri inseriranno la dichiarazione di sostenibilità alla proposta di definire una presentazione armonizzata degli impegni di sostenibilità». Di guisa che l'A. evidenzia come «la sostenibilità sia un possibile orientamento delle produzioni nella riforma del sistema delle DOP e delle IGP e non si configuri come una vera svolta per questo settore che pure, per diverse ragioni, e pur nella difficoltà applicative innegabili, avrebbe interesse a distinguere anche sotto questo profilo la propria produzione da quelle dei prodotti alimentari più convenzionali».

<sup>40</sup> Si pensi a tutte le diverse forme di certificazioni esistenti. Sul sistema delle certificazioni, in dottrina si veda F. ALBISINNI, *Certificazione dei prodotti agroalimentari e globalizzazione, tra concorrenza e tutela*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 1, 2018; L. AMMANNATI, *Mercati finanziari, società di rating, autorità ed organismi di certificazione*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 1, 2012, p1; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Supply chains, contractual governance and certification regimes*, in *Eur J Law Econ* (2014) 37; A. BENEDETTI, *Profili di rilevanza giuridica delle certificazioni volontarie ambientali*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2012, p. 4; M. STRUKUL, *La certificazione di qualità come strumento di tutela del consumatore. Profili contrattuali e di responsabilità*, in *Obbl. e Contr.*, n. 8-9, 2009; A. LUMINOSO, *Certificazione di qualità dei prodotti e tutela del consumatore acquirente*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 27 ss.; E. BELLISARIO, *Lo stralcio delle disposizioni sulle certificazioni di qualità dal codice di consumo: un'occasione mancata*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 1045 ss.; A. GENTILI, *La rilevanza giuridica della certificazione di qualità*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 59 ss.; G. COCO, *Certificazione dei prodotti e l'organizzazione aziendale: profili di concorrenza sleale e pubblicità ingannevole*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 70 ss.; E. BIVONA, *Le certificazioni di qualità: vizi del prodotto e responsabilità dell'ente certificatore*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 1332 ss.

<sup>41</sup> Proposta di modifica Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alle indicazioni geografiche dell'Unione europea di vini, bevande spiritose e prodotti agricoli e ai regimi di qualità dei prodotti agricoli del 2 maggio 2022, [COM (2022) 134 final 2] p. 11 là dove si sottolinea che «l'inserimento volontario nel disciplinare di criteri di sostenibilità da parte dell'associazione di produttori di IG comporterebbe costi aggiuntivi di conformità e certificazione che potrebbero essere in parte compensati da misure di sostegno nel quadro della politica di sviluppo rurale [...]».

agricole, della pesca e dell'acquacoltura", prevede, tra le attività e spese ammissibili, proprio «i costi di sviluppo volti alla modifica dei disciplinari di produzione che determinino miglioramenti sotto il profilo della sostenibilità»<sup>42</sup>.

Nell'ambito del medesimo decreto, è interessante, tra l'altro, notare come il Ministero, pur introducendo misure a sostegno di tali costi di sviluppo, tenga a precisare che il miglioramento sostenibile debba, però, pur sempre avvenire nel rispetto della tradizione, sì da porre l'attenzione proprio sulla necessità, seppur non agevole, di trovare soluzioni che possano realizzare un contemporaneo ed equo bilanciamento tra gli interessi coinvolti.

Una difficoltà quest'ultima che sembrerebbe emergere, altresì, sul piano procedurale, con riferimento alla possibilità di proporre l'opposizione in sede di registrazione o modifica non minore del disciplinare di produzione.

Come noto, il procedimento di registrazione o di modifica non minore del disciplinare di produzione segue una fase nazionale ed una unionale<sup>43</sup> ed è strutturato in modo tale da garantire ai titolari di un interesse legittimo di proporre opposizione<sup>44</sup>.

In particolare, durante la fase nazionale, è previsto che tutte le persone fisiche o giuridiche, stabilite o residenti nello Stato membro di origine del prodotto in questione che dimostrino di avere un interesse legittimo potranno presentare opposizione dinanzi allo Stato membro entro un mese dalla data di pubblicazione della domanda<sup>45</sup>; mentre, sul piano europeo, tale possibilità è garantita dinanzi alla Commissione entro tre mesi dalla data di pubblicazione nella GUUE alle Autorità di uno Stato membro o di un Paese terzo oppure ad una persona fisica o giuridica avente un interesse legittimo e stabilita o residente in un Paese terzo<sup>46</sup>.

Orbene, al di là dei tempi molto lunghi legati alla modifica del disciplinare, i quali potrebbero essere, già di per sé, dissuasivi dell'introduzione di tali norme di sostenibilità, una criticità potrebbe riscontrarsi proprio con riferimento alla possibilità in concreto di presentare un'opposizione.

Ed infatti, considerando che l'inserimento di pratiche sostenibili nel disciplinare di produzione è da ritenere una modifica non minore<sup>47</sup> che, come

<sup>42</sup> Cfr. Art. 4 del D.M. 5 settembre 2023, n. 451755 - Interventi per la filiera agroalimentare DOP e IGP, GU Serie Generale n. 261 del 08-11-2023.

<sup>43</sup> Cfr. I. CANFORA, *I disciplinari di produzione DOP e IGP: ripartizione di competenze tra Stati membri e organi comunitari*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2002, 16; C. GERNONE, *Le modifiche al disciplinare di produzione DOP o IGP e la ripartizione di competenze tra Commissione e Stati membri*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2020, 4, 1.

<sup>44</sup> Sul tema della legittimazione a proporre opposizione, si veda M. MAURO, *La legittimazione a proporre opposizione alle richieste di registrazione di una dop o igp o modifica del disciplinare: la nozione europea di interesse legittimo*, *La tutela internazionale delle indicazioni geografiche dei prodotti agroalimentari*, a cura di N. Lucifero, cit., 289, il quale, dopo aver ricostruito la disciplina in materia di opposizione alla registrazione e modifica delle dop e igp, anche alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, si interroga sulla nozione europea di interesse legittimo quale presupposto necessario per accedere alla tutela.

<sup>45</sup> Cfr. Art. 10, 56 Regolamento (UE) n. 1143/2024.

<sup>46</sup> Cfr. Art. 17, 24, 59, 61 Regolamento (UE) n. 1143/2024.

<sup>47</sup> Cfr. Art. 24, par. 3, Regolamento (UE) n. 1143/2024. Sono considerate modifiche dell'Unione se la modifica comporta un cambiamento del documento unico o del suo equi-

noto, segue una disciplina differente dalla modifica di tipo ordinario<sup>48</sup>- la prima passibile di divenire oggetto di opposizione; la seconda, invece, seguirà o la procedura indicata dal singolo stato membro o laddove manchi si dovrà porre in essere l'ordinario procedimento di impugnazione amministrativa- bisognerebbe domandarsi se l'introduzione di una norma di sostenibilità possa essere qualificata alla stregua di un interesse che legittimi l'opposizione o, ancor meglio, se sia passibile di un successivo accoglimento<sup>49</sup>.

La questione, apparentemente poco rilevante, mira a tutelare quei produttori già aderenti ad un disciplinare di produzione o che vorrebbero aderirvi, i quali, pur non avendo concordato pratiche sostenibili, si ritrovino, in seguito all'espletamento della procedura di modifica da parte del Consorzio, sottoposti all'obbligatorietà di queste ultime<sup>50</sup>.

Più in particolare, bisognerebbe comprendere se l'introduzione di una norma di sostenibilità nel disciplinare di produzione possa essere qualificata alla stregua di un interesse che legittimi l'opposizione o, ancor meglio, se sia passibile di successivo accoglimento.

Uno spunto in tal senso potrebbe, forse, rinvenirsi nella circostanza che la spinta incessante per il raggiungimento degli obiettivi ambientali lascia

---

valente e: a) comprende un cambiamento: i) per i prodotti agricoli, del nome o dell'uso del nome; ii) per i vini, del nome o dell'uso del nome, oppure della categoria di prodotto o prodotti designati dall'indicazione geografica; iii) per le bevande spiritose, del nome o di una parte del nome o dell'uso del nome, oppure della categoria di prodotto o prodotti designati dall'indicazione geografica, o ancora della denominazione legale; oppure b) rischia di annullare il legame con la zona geografica di cui al documento unico; oppure c) comporta ulteriori restrizioni alla commercializzazione del prodotto. I criteri di cui alle lettere a), b) e c) sono verificati dagli Stati membri.

<sup>48</sup> Cfr. Art. 24, par. 4, Regolamento (UE) n. 1143/2024, il quale con una formulazione residuale statuisce che è da considerare una modifica ordinaria «qualsiasi altra modifica del disciplinare di un'indicazione geografica registrata, che non sia una modifica dell'Unione in conformità del paragrafo 3, è considerata una modifica ordinaria».

<sup>49</sup> In particolare, con riferimento alla fase nazionale l'art. 10 Regolamento (UE) n. 1143/2024 prevede che possa presentare opposizione avverso la domanda di registrazione presso lo Stato membro «qualsiasi persona fisica o giuridica avente un interesse legittimo e stabilita o residente nello Stato membro di origine del prodotto in questione»; con riguardo alla fase unionale, l'art. 17 Regolamento (UE) n. 1143/2024 statuisce che possano proporre opposizione «le autorità di uno Stato membro o di un paese terzo oppure una persona fisica o giuridica avente un interesse legittimo e stabilita o residente in un paese terzo, possono presentare alla Commissione un'opposizione». In dottrina, si veda M. MAURO, *La legittimazione a proporre opposizione alle richieste di registrazione di una dop o igr o modifica del disciplinare: la nozione europea di interesse legittimo*, cit. il quale evidenzia come la nozione di interesse legittimo abbia una portata piuttosto ampia non sembrerebbe essere una solo a contenuto economico.

<sup>50</sup> Sulle funzioni del Consorzio Cfr. artt. 41, legge 238/2016, decreto del Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo del 18 luglio 2018, dettante «Disposizioni generali in materia di costituzione e riconoscimento dei consorzi di tutela per la denominazione di origine e le indicazioni geografiche dei vini»; decreto del Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, «Regolamento recante disposizioni generali in materia di costituzione e riconoscimento dei consorzi di tutela per le indicazioni geografiche delle bevande spiritose» del 29 agosto 2023, n. 233; decreto del Ministero delle politiche agricole e forestali, concernente «Disposizioni generali relativi ai requisiti di rappresentatività dei consorzi di tutela delle denominazioni di origine protette (DOP) e delle indicazioni geografiche protette (IGP)» del 12 aprile 2000, n. 61413.

spesso dimenticare gli altri due pilastri della sostenibilità, quello economico e quello sociale.

Sul piano delle criticità, infine, un ulteriore quesito potrebbe, forse, avere ad oggetto il profilo relativo alla comunicazione. In particolare, tutti gli interventi normativi, dapprima riportati, si pongono sul piano della produzione, c'è, però, da interrogarsi se i singoli produttori, i Consorzi dovranno, altresì, adoperarsi, nella logica della informazione, attraverso l'apposizione di ulteriori segni e ciò perché, come noto, l'etichetta ha sempre di più acquisito una valenza importantissima per comunicare elementi ulteriori ai consumatori<sup>51</sup>.

In tale ottica, al fine di evitare un *surplus* informativo che, con una eterogeneità dei fini, condurrebbe ad una disinformazione, una strada percorribile potrebbe, forse, essere rappresentata da una rivisitazione dei medesimi loghi dei segni di qualità, in senso *green*.

## 5. Pratiche di sostenibilità e prospettive per i Consorzi di tutela.

A fronte delle criticità dapprima richiamate, la possibilità di concordare pratiche di sostenibilità, da inserire nei disciplinari di produzione, lascia, al contempo, trasparire una ragguardevole prospettiva per le associazioni dei produttori o meglio organizzazioni interprofessionali (ossia i Consorzi di tutela)<sup>52</sup>, giacché potrebbero svolgere una funzione importante nell'ambito del coordinamento nonché un ruolo propulsivo nella determinazione stessa del regime di qualità dei prodotti.

Come noto, i consorzi di tutela sono stati considerati portatori dell'interesse collettivo alla tutela e valorizzazione della IG che caratterizza e uniforma l'attività svolta dalle imprese consorziate della zona di origine e che impone, talvolta, un controllo *erga omnes* nei confronti anche delle imprese che, fuori dal consorzio, si avvalgano della IG.

In particolare, il loro ruolo è andato gradualmente aumentando, sino al punto di assegnare a questi ultimi, nell'ambito del Regolamento (UE) n. 1308/2013, il compito di definire strategie di mercato attraverso i piani di regolazione dell'offerta, prima prevista per alcuni prodotti e, poi, estesa attraverso l'art. 166 *bis* del Regolamento (UE) n. 2117/2021 a tutti i prodotti Dop e Igp<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Si veda S. MASINI, *Informazioni e scelte del consumatore*, in *Trattato di diritto alimentare e dell'Unione Europea*, a cura di P. Borghi, I. Canfora, A. Di Lauro, L. Russo, cit., 417.

<sup>52</sup> *Ex multis*, oltre ai contributi già citati, si vedano N. LUCIFERO, *I Consorzi di tutela dei vini e le funzioni erga omnes: estensione delle regole e contributi obbligatori*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 1, 2019, 36 e ss.; L. PAOLONI, *I Consorzi di tutela ed i contratti per le politiche dell'offerta dopo il d.lgs. 61/2010*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 3, 2012, 11.

<sup>53</sup> Al riguardo, si veda I. CANFORA, *Le organizzazioni di produttori agricoli tra funzioni di mercato e composizione interna. Riflessioni a margine della sentenza della Corte di giustizia nel caso Saint-Luis Sucre*, in *Dir. agroal.*, 3, 2023, 413 la quale sottolinea come nella visione dell'attuale politica agricola comune costruita intorno alle relazioni tra i soggetti della filiera, le organizzazioni di produttori assumano un ruolo centrale nella regolazione del mercato, principalmente perché rafforzano la posizione dei produttori agricoli nelle relazioni contrattuali di fornitura delle materie prime agricole lungo la filiera. L'A. evidenzia come la natura essenzialmente agricola di tali soggetti richieda, ai sensi del Regolamento

Lungo tale prospettiva, la possibilità attribuita dall'art. 7 del Regolamento (UE) n. 1143/2024 di inserire pratiche di sostenibilità nei disciplinari di produzione, se per un verso, sembrerebbe consentire al Consorzio di incidere liberamente sulla modifica del disciplinare, senza un necessario coinvolgimento democratico della “minoranza in disaccordo” -la quale si troverebbe a difendere le proprie ragioni in sede di opposizione con le criticità dapprima evidenziate-, per altro verso, è esplicativa del potenziamento di un approccio privatistico.

Quest'ultimo potrebbe, invero, condurre ad un ulteriore ampliamento dei compiti attribuiti ai Consorzi, in funzione dell'evoluzione dell'interesse collettivo, nel senso di tutelare e valorizzare l'espletamento degli impegni assunti sulla sostenibilità delle IG, mediante un processo decisionale maggiormente partecipativo.

In tal senso, sembrerebbe andare l'art. 32 del nuovo regolamento, il quale, tra i compiti assegnati al Consorzio, inserisce, altresì, alla lettera e), tutta una serie di azioni che quest'ultimo possa compiere per migliorare le prestazioni dell'IG in termini di sostenibilità<sup>54</sup>.

Ed ancora, una volta individuate, tali pratiche potrebbero, non solamente avere una valenza a carattere generale per gli aderenti al disciplinare, ma asurgere, altresì, a modello di riferimento per gli altri Consorzi sul piano nazionale, per gli altri Stati membri sul piano europeo o persino, per i Paesi Terzi, una volta iscritta l'IG, in seguito all'apposito *iter*, nel registro internazionale.

A tal riguardo, si può evidenziare, altresì, come la disciplina delle IG abbia sempre cercato di mantenere una sua tutela forte e chiusa rispetto all'esterno, una tutela che non è riuscita, però, ad essere trasposta anche sul piano internazionale, là dove, invece, le indicazioni geografiche sono ricomprese nel quadro della più ampia disciplina della proprietà intellettuale sì da godere di una protezione giuridica solo allorquando siano stati firmati speciali accordi, multilaterali o bilaterali, di protezione con i Paesi terzi<sup>55</sup>.

(UE) n. 1308/2013, una verifica della coerenza della composizione interna rispetto alle funzioni di mercato: in particolare, in riferimento alla possibile presenza di soci non produttori e al controllo democratico dell'organizzazione da parte dei soci produttori.

<sup>54</sup> L'art. 32, lett. e) del Regolamento (UE) n. 1143/2024 prevede che i Consorzi possano: «[...] intraprendere azioni per migliorare le prestazioni dell'indicazione geografica, in termini di sostenibilità ambientale, sociale ed economica, tra cui: i) sviluppo, organizzazione e svolgimento di campagne collettive pubblicitarie e di marketing; ii) diffusione di attività di informazione e promozione tese a comunicare ai consumatori le caratteristiche del prodotto designato da un'indicazione geografica, compreso lo sviluppo di servizi turistici nella pertinente zona geografica; iii) svolgimento di analisi concernenti la prestazione economica, sociale o ambientale della produzione e il profilo nutrizionale e organolettico del prodotto designato dall'indicazione geografica; iv) diffusione di informazioni sull'indicazione geografica, sul simbolo dell'Unione pertinente e sull'abbreviazione (DOP o IGP); e v) attività di consulenza, formazione e diffusione di orientamenti sulle migliori pratiche per i produttori attuali e futuri, anche per quanto riguarda le pratiche sostenibili, in particolare quelle di cui all'articolo 7, il progresso tecnico-scientifico, la digitalizzazione, la parità e l'integrazione di genere e la sensibilizzazione dei consumatori[...]».

<sup>55</sup> A tal riguardo, si veda S. BOLOGNINI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nella definizione del sistema di tutela delle indicazioni geografiche*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 4, 2022, 6, la quale sottolinea come la Corte di giustizia abbia contribuito, con un numero decisamente ampio di pronunce, a meglio delineare i contorni del sistema di tutela delle indi-

Eppure, anche su tale profilo, l’inserimento da parte dei Consorzi di pratiche sostenibili nei disciplinari di produzione potrebbe, invero, far divenire tali Indicazioni geografiche un modello per la crescita di sistemi alimentari sostenibili nei Paesi terzi e, al contempo, garantire in questi ultimi un rafforzamento della loro protezione.

## 6. Considerazioni conclusive.

Nella prospettiva, segnata dall’indagine, si è voluto prendere in considerazione l’incidenza del canone della sostenibilità sulla tradizionale ed invero consolidata disciplina delle indicazioni geografiche nel contesto del suo lungo e complesso sviluppo normativo.

Diversi sono gli interrogativi che, come dapprima sottolineato, siffatte disposizioni lascerebbero affiorare sia in ordine alla qualificazione e, dunque, all’individuazione in concreto delle pratiche sostenibili, da inserire nel disciplinare, volte ad applicare una norma di sostenibilità più rigorosa di quella prescritta dal diritto dell’Unione e nazionale sia con riferimento alle modalità di adozione di siffatte pratiche, rimesse alla mera determinazione volontaria dei gruppi di produttori. Al contempo, si è, altresì, evidenziato come questi ultimi potrebbero assurgere al rango di soggetti promotori e fautori del regime stesso di qualità.

Da quanto evidenziato, possono trarsi le prime conclusioni sull’inserimento di requisiti *green*, nell’ambito del disciplinare, il quale sembrerebbe suggerire un’estensione del concetto stesso di qualità di eccezione, giacché focalizzerebbe l’attenzione, non solamente sul prodotto e sul suo legame con i fattori umani e naturali di quel territorio, punto nevralgico della tradizionale “qualità di eccezione”, ma anche sull’ottenimento di

---

cazioni geografiche registrate giacché è stata investita di questioni attinenti al sistema di tutela in circostanze differenti e a vario titolo: talvolta, in occasione di ricorsi per inadempimento (come nei famosi casi *Parmesan* e *Rioja*); talvolta, in occasione di ricorsi di annullamento (come nell’altrettanto famoso caso *Feta*); nella maggior parte dei casi, in occasione di rinvii pregiudiziali, volti per lo più a ottenere indicazioni in merito alla corretta interpretazione delle disposizioni relative alle fattispecie che integrano gli estremi di una violazione della tutela riconosciuta a livello europeo alle indicazioni geografiche registrate. In particolare, l’A. sottolinea che alcune decisioni della Corte di giustizia, oltre ad avere contribuito a chiarire la portata delle disposizioni di matrice europea di rango primario relative alla libera circolazione delle merci, hanno sollecitato, altresì, una riflessione da parte del legislatore europeo, che si è tradotta in una modifica del dato normativo di riferimento (sotto tale profilo, le sentenze più emblematiche sono le sentenze *Parmesan II* del 2008 e *Rioja II* del 2000), dall’altro, che è senza dubbio in riferimento al disposto dell’art. 13 del reg. UE n. 1151/2012, dell’art. 16 del Reg. UE n. 110/2008 e dell’art. 103 del reg. UE n. 1308/2013 (nonché, ovviamente, delle corrispondenti disposizioni presenti nei provvedimenti precedentemente in vigore) che la Corte di giustizia ha dato il contributo maggiore ai fini della delimitazione del sistema di tutela delle indicazioni geografiche registrate. In quest’ultimo contesto, le pronunce *Cambozola* (1999), *Parmesan II* (2008), *Verlados* (2016), *Champagner Sorbet* (2017), *Scotch Whisky* (2018), *Queso Manchego* (2019), *Morbier* (2020), *Champanillo* (2021), possono ben essere considerate le tappe essenziali di un processo evolutivo che, grazie anche alle conclusioni degli Avvocati Generali di volta in volta interpellati, ha portato a una migliore definizione dei confini del sistema di tutela europeo delle indicazioni geografiche registrate.

quest'ultimo, mediante un processo produttivo sostenibile ossia sulla volontà, da parte dei produttori, di mantenere, in buono stato, le risorse naturali dalle quali dipendono le proprie produzioni, enfatizzando la funzione delle IG come strumento per la sostenibilità.

Si passerebbe, cioè, dal compito assegnato all'agricoltore di far risaltare la territorialità della sua azione all'impegno di valorizzare la sostenibilità delle sue produzioni.

In tal senso, i prodotti "Ig", ottenuti in modo sostenibile, avrebbero un "qualcosa in più", una "qualità superiore" -per utilizzare una formulazione della Commissione poi abbandonata- consistente nell'assunzione di siffatte "più rigorose norme" di sostenibilità, in risposta alle aspettative dei consumatori di avere prodotti che, al contempo, rispettino le esigenze ambientali e climatiche così come le istanze sociali ed etiche<sup>56</sup>.

Il nuovo indirizzo normativo sembrerebbe, dunque, introdurre un concetto di "qualità omnicomprensiva" tesa alla ottimizzazione del rapporto tra benessere del pianeta, del consumatore e del produttore, delineando, conseguentemente, un notevole ampliamento del bagaglio funzionale e degli interessi tutelati dalle IG.

D'altronde, se la simbiosi tra agricoltura e ambiente ha condotto, in linea generale, ad una rimediazione della intera filiera agroalimentare, con una reciproca intersezione tra le normative, ciò non poteva non includere le IG, le quali hanno, da sempre, tratto una delle ragioni della propria legittimazione nel radicamento di queste ultime sul territorio.

Eppure, se le già menzionate previsioni costituiscono un contributo importante al raggiungimento degli obiettivi della strategia *green*, resta da verificare quale sarà il reale impatto di queste iniziative sul piano pratico.

Lo scenario prospettato lascerebbe accedere a due diverse opzioni sul piano valutativo, in quanto l'introduzione di pratiche sostenibili, all'interno dei disciplinari di produzione, potrebbe avere un impatto positivo o negativo.

Nel primo caso, l'individuazione di pratiche tarate sul territorio garantirebbe, forse, dei sistemi di qualità maggiormente compatibili con quest'ultimo o, ancora, in una logica di mercato, potrebbero assicurare elementi ulteriori di attrattività nei confronti del consumatore.

Al contempo, però, e in senso negativo, siffatte pratiche potrebbero intervenire in modo incisivo, e fors'anche, distruttivo sui già affermati sistemi tradizionali di qualità o, ancor peggio, costituire un eventuale ostacolo all'accesso a questi ultimi.

<sup>56</sup> A tal riguardo, si sottolinea in dottrina come il consumatore abbia assunto gradualmente un ruolo proattivo nella transizione ecologica [S. BOLOGNINI, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agro-alimentare europeo*, Torino, 2012, 171], contribuendo, mediante le proprie scelte di consumo, alla tutela dell'ambiente in una dimensione evolutiva che transita dal contratto ecologico [M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. dir. amb.*, 2017, 1-29] al contratto sostenibile [M. A. CIOCIA, *La centralità della persona nella nuova sostenibilità economica. Spunti di riflessione*, in *giustiziavivile.com*, 9.05.2022,]. Si tratteggia un modo di acquisto di beni e servizi, scelti non soltanto in funzione del prezzo e della qualità attribuibile a questi ultimi, ma secondo un'ottica solidaristica, condivisa tra produttori e consumatori, informata alla sostenibilità ambientale in termini di circolarità della filiera produttiva.



In tal senso, infatti, non bisogna dimenticare che, l'introduzione di strumenti volontari di sostenibilità ambientale mediante la modifica del disciplinare di produzione che, alla fine, diventino obbligatori, cela l'aumento automatico dei costi di produzione in spregio, di fatto, alla sostenibilità economica, la quale come sottolineato in dottrina, costituisce un necessario presupposto, *dal momento che, in difetto di quest'ultima, non si avrà neppure l'inizio dell'attività di impresa o, se già esistente, la riduzione o l'abbandono*<sup>57</sup>. In tal guisa, bisognerà attendere quale sarà la reazione dei sistemi tradizionali di qualità rispetto alle innovazioni sostenibili introdotte dal nuovo regolamento sulle indicazioni geografiche.

---

<sup>57</sup> In tal senso, L. RUSSO, *Il (mutevole) rapporto tra le esigenze di sicurezza alimentare e la politica agricola comune*, in *Dir. agroal.*, 3, 2022. D'altronde, in altri contesti la possibilità di introdurre norme di sostenibilità più rigorose è subordinatamente condizionata al rispetto di determinate condizioni. Il riferimento è all'art. 210 *bis*, introdotto nel Regolamento (UE) n. 1308/2013 dal Regolamento (UE) n. 2117/2021- il quale, seppur con una *ratio* differente, introduce la possibilità di stipulare accordi di sostenibilità, in cui inserire *pratiche di sostenibilità concordate [...] che mirano ad applicare norme di sostenibilità più rigorose di quelle obbligatorie ai sensi della normativa europea o nazionale*, ma subordina la validità di tali accordi al rispetto degli obiettivi previsti dall'art. 39 T.F.U:E. e dunque anche del reddito equo degli agricoltori.





## SITUAZIONI SOGGETTIVE DI FONTE EUROPEA E PRIVATE ENFORCEMENT: IL CASO DELLE DIRETTIVE SULLA QUALITÀ DELL'ARIA

Di Vincenza Conte

| 637

**SOMMARIO:** 1. *La questione: una controversia francese sul diritto individuale di fonte europea alla qualità dell'aria.* – 2. *Il caso JP v Ministre de la Transition écologique.* – 3. *L'affermazione dei diritti individuali alla qualità dell'aria nell'argomentazione dell'Avvocato Generale.* – 4. *Normatività, diritti, rimedi.* – 5. *Ordinamenti di norme e diritti soggettivi europolitari.* – 6. *Private enforcement: efficacia normativa sulla condotta ed efficacia del rimedio.* – 7. *Aria pulita: diritti soggettivi appropriativi e diritti trans-soggettivi non appropriativi nell'effettività del diritto europeo di tutela di beni collettivi.*

**ABSTRACT.** Muovendo da una recente e rilevante vicenda francese, si affronta la questione, dibattuta nel diritto europeo, in tema di riconoscimento di un diritto soggettivo a respirare aria pulita. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta sull'argomento, pronunciandosi in senso negativo sulla sussistenza di un diritto di un cittadino al riconoscimento dei danni alla salute derivanti dalla violazione da parte dello Stato membro delle direttive europee sulla qualità dell'aria. La pretesa negazione di diritti soggettivi europolitari 'primari' non esclude il diritto 'secondario' al rimedio per la loro lesione nell'ordinamento interno. La negazione del diritto al rimedio, in caso di inadempimento dello Stato nell'attuazione delle direttive sulla qualità dell'aria, deve essere profondamente ripensata alla luce della distinzione tra rimedi appropriativi di diritti soggettivi e rimedi non appropriativi per lesione di diritti trans-soggettivi.

*Starting from a recent and significant French case, this paper addresses the issue, debated in European law, regarding the recognition of a subjective right to breathe clean air. The Court of Justice of the European Union has intervened on the matter, ruling negatively on the recognition of a citizen's right to compensation for health damages resulting from a Member State's infringement of European air quality directives. The alleged denial of primary EU subjective rights does not exclude the secondary right to remedy for their infringement within the internal legal system. The rejection of the right to remedy in cases of State non-compliance with air quality directives must be thoroughly reconsidered in light of the distinction between remedies that appropriate subjective rights and non-appropriative remedies for the infringement of trans-subjective rights.*



## 1. La questione: una controversia francese sul diritto individuale di fonte europea alla qualità dell'aria.

Un cittadino francese, assumendo di aver subito un pregiudizio alla propria salute per aver respirato per anni aria inquinata, chiede il risarcimento del danno *ex lege Aquilia* (per la cifra di 21 milioni di euro) al proprio Stato. A fondamento della richiesta pone l'inadempienza della Francia all'obbligo di ridurre la diffusione di determinate sostanze inquinanti, obbligo imposto da una serie di direttive dell'Unione europea (nello specifico: la direttiva 2008/50)<sup>1</sup>. Tale Direttiva si ascrive ad una serie coordinata di disposizioni normative analoghe con le quali l'Unione europea ha imposto agli Stati membri obiettivi stringenti di limitazione delle emissioni di sostanze inquinanti nell'aria<sup>2</sup>. Che tali direttive vincolino gli Stati membri è, ovviamente,

<sup>1</sup> Direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa, in <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/50/oj>. Per un'attenta ricostruzione di tale profilo, occorre, altresì, precisare che nell'affrontare l'inquinamento atmosferico e realizzare la sua visione di inquinamento zero per il 2050, l'Unione europea dispone di una politica globale in materia di aria pulita basata su tre pilastri: norme di qualità dell'aria ambiente, riduzione delle emissioni di inquinamento atmosferico e norme sulle emissioni per le principali fonti di inquinamento. Il discorso si ascrive in uno scenario ben più lontano, costellato dall'adozione di politiche in materia di qualità dell'aria sin dagli anni '80. Tuttavia, la sfida della qualità dell'aria è lungi dall'essere totalmente risolta. Tra le politiche specifiche, giova annoverare la "qualità dell'aria": l'UE stabilisce norme di qualità dell'aria ambiente che devono essere rispettate da tutti i paesi dell'UE; la "riduzione delle emissioni di inquinanti atmosferici", con impegni nazionali di riduzione per i cinque principali inquinanti atmosferici; la "cooperazione internazionale" dell'UE con partner strategici, con l'obiettivo di affrontare (e contrastare) l'inquinamento atmosferico transfrontaliero; l' "inquinamento atmosferico da settori chiave": le leggi europee che regolano le emissioni di inquinanti atmosferici provengono da varie fonti e settori e sono spesso accompagnate da atti giuridici adottati dalla Commissione nell'esercizio dei suoi poteri delegati e di esecuzione. Più nello specifico, rientrano tra le azioni per il clima, la Direttiva 2003/87/CE del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio ed il Regolamento (UE) 2018/842, del 30 maggio 2018, relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas a effetto serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'accordo di Parigi e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013. (Cfr. in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02003L0087-20210101> e in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2018.156.01.0026.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.156.01.0026.01.ENG)). Nella direzione qui prospettata: "Un' Europa che protegge: aria pulita per tutti". Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (COM/2018/330), consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0330>.

<sup>2</sup> M. GEMMER, B. XIAO, *Air Quality Legislation and Standards in the European Union: Background, Status and Public Participation*, *Advances in Climate Change Research*, 4(2013) 1, 50 ss. Il miglioramento della qualità dell'aria rientra tra gli obiettivi dell'agenda dell'Unione europea ormai da decenni. La peculiare e crescente attenzione a livello europeo è ravvisabile, come accennato, nel susseguirsi di sollecitazioni e proposte per nuovi interventi normativi. Più di recente, cfr. Consiglio dell'Unione europea, «Qualità dell'aria: Consiglio e Parlamento raggiungono un accordo per rafforzare le norme nell'UE», Comunicato stampa, 8 marzo 2024, consultabile in <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2024/02/20/air-quality-council-and-parliament-strike-deal-to-strengthen->



fuori discussione. Assai meno certo, invece, che dall'inadempimento di tali direttive discenda immediatamente il diritto di ciascun cittadino europeo al risarcimento del danno.

La questione è pertanto se sia configurabile un diritto soggettivo individuale di fonte europea alla qualità dell'aria. L'attore in giudizio avanza molteplici richieste. In primo luogo, è richiesto l'annullamento della «decisione implicita» del Prefetto della Val-d'Oise, il quale aveva respinto l'istanza dell'attore con la quale quest'ultimo chiedeva alla Pubblica Amministrazione di intervenire per risolvere i suoi problemi di salute legati all'inquinamento ambientale. In secondo luogo, si richiedeva di ordinare al

---

*standards-in-the-eu/*. Nello specifico, la proposta della Commissione aggiorna e fonde le due direttive esistenti (2004/107/CE e 2008/50/CE) e introduce l'obiettivo "inquinamento zero" per l'aria, da conseguire entro il 2050. «Con le nuove norme i colegislatori hanno convenuto di stabilire standard UE rafforzati in materia di qualità dell'aria per il 2030 sotto forma di valori limite e valori obiettivo che siano più vicini alle linee guida dell'OMS e che saranno riesaminati periodicamente». Tale accordo provvisorio offre agli Stati membri la possibilità di richiedere, entro il 31 gennaio 2029, per motivi specifici e a condizioni rigorose, una proroga del termine per raggiungere i valori limiti per la qualità dell'aria (cfr. in <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7335-2024-INIT/en/pdf>). Attualmente il principale documento strategico dell'UE in materia di qualità dell'aria è costituito dal programma "Aria pulita" per l'Europa che, adottato nel 2013, definisce due obiettivi chiave per il 2030: una diminuzione pari al 52 % del numero di decessi prematuri causati dall'esposizione al particolato e all'O<sub>3</sub> e una riduzione della superficie degli ecosistemi che supera i limiti di eutrofizzazione al 35 %. Con particolare riguardo al Green Deal europeo, l'Unione europea ha manifestato il proprio impegno a ridurre l'inquinamento atmosferico causato dai principali settori responsabili delle emissioni, attraverso un piano d'azione per 'l'inquinamento zero' finalizzato, tra l'altro, al miglioramento della qualità dell'aria nell'UE. Allo scopo di garantire una buona qualità dell'aria ai suoi cittadini, l'UE ha definito un quadro strategico connotato di specifiche azioni sulla base di tre pilastri principali. Il primo pilastro è rappresentato dalle due direttive relative alla qualità dell'aria ambiente, gli obiettivi principali delle quali volgono alla definizione di metodi comuni per il monitoraggio e la valutazione della qualità dell'aria, l'elaborazione di norme valide in tutta l'Unione, l'accesso alle informazioni raccolte in relazione alla qualità dell'aria, nonché il mantenimento della buona qualità dell'aria ed il suo miglioramento. Il secondo pilastro comprende la direttiva sui limiti nazionali di emissione, che prevede la riduzione delle emissioni nazionali dei principali inquinanti, ovvero SO<sub>2</sub>, NO<sub>x</sub>, VOC, NH<sub>3</sub> e PM<sub>2,5</sub>. Il terzo ed ultimo pilastro è costituito dai diversi atti legislativi dell'UE che regolamentano l'inquinamento atmosferico da fonti specifiche in settori come l'industria e i trasporti. Cfr. Proposta di risoluzione del Parlamento Europeo sull'attuazione delle direttive sulla qualità dell'aria ambiente: direttiva 2004/107/CE e direttiva 2008/50/CE (2020/2091(INI)), in [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0037\\_IT.html#\\_section2](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0037_IT.html#_section2); Commissione europea, «Green Deal europeo: La Commissione propone norme per aria e acqua più pulite», Comunicato stampa, Bruxelles, 26 ottobre 2022, consultabile in [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/it/ip\\_22\\_6278/IP\\_22\\_6278\\_IT.pdf](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/it/ip_22_6278/IP_22_6278_IT.pdf). In argomento, anche *Più vicini gli obiettivi per il 2030 ma livelli di inquinamento ancora troppo elevati*, in <https://www.eea.europa.eu/it/highlights/inquinamento-zero-gli-obiettivi-per>, 21/03/2023 (consultato il 10/07/2024). Commissione Europea, «Green Deal europeo: la Commissione punta a zero l'inquinamento dell'aria, dell'acqua e del suolo», Comunicato Stampa, Bruxelles 12 maggio 2021, in [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_2345](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2345). In Europa, una parte significativa del carico di malattie continua ad essere attribuita all'inquinamento ambientale derivante dall'attività umana: è quanto si evince dalla Relazione dell'EEA n. 21/2019. Cfr. European Environment Agency, *Healthy environment, healthy lives: how the environment influences health and well-being in Europe*, in <https://www.eea.europa.eu/publications/healthy-environment-healthy-lives>.

Prefetto, entro due settimane e con una multa giornaliera di 3.000 euro in caso di ritardo, di adottare tutte le misure necessarie rientranti nell'ambito dei suoi poteri per risolvere i predetti problemi di salute causati da allergie ambientali pur sempre dovute all'inquinamento atmosferico. Ciò includeva la revisione dei decreti di autorizzazione, finalizzata ad includere per le imprese soggette alla legislazione di derivazione comunitaria l'obbligo di sospendere le emissioni inquinanti ogni qual volta un'allerta meteorologica prevedesse un serio rischio di superamento dei valori limite previsti dalle direttive. In terzo luogo, l'attore chiedeva un'ingiunzione nei confronti del Prefetto della Val-d'Oise e dello Stato francese, affinché attuassero pienamente le raccomandazioni della Commissione Europea, in particolare quelle delineate nella comunicazione del 15 febbraio 2017, nonché le dodici raccomandazioni emesse dalla *Cour des Comptes* nel suo rapporto del gennaio 2016. In quarto luogo, si richiedeva la nomina di due periti per misurare l'inquinamento atmosferico e il suo impatto sulle patologie lamentate. In quinto e conclusivo luogo, in mancanza delle suddette nomine di esperti, era avanzata domanda al tribunale affinché condannasse lo Stato a risarcirlo con sei milioni di euro per i danni alla salute e quindici milioni di euro per i danni emotivi, psicologici, fisici ed estetici<sup>3</sup>.

A seguito del rigetto della domanda, fu proposto appello presso la Corte amministrativa di Versailles. Poiché la questione ruota in sostanza intorno all'esistenza o meno di un diritto soggettivo europeo individuale del cittadino alla qualità dell'aria, la Corte di Versailles decide di proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>4</sup>.

La risposta negativa si ebbe con la decisione *JP c. Ministre de la Transition écologique*. La Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea (riunitasi per la rilevanza notevole della questione) ha stabilito che la violazione di una direttiva europea in materia ambientale non conferisce ai singoli un diritto al risarcimento contro lo Stato membro. Il giudizio è stato riassunto poi in Francia, con il rigetto delle pretese dell'attore sia in appello<sup>5</sup> che in Consiglio di Stato<sup>6</sup>.

Prima di analizzare più da vicino la sentenza della Corte europea, riferiamo rapidamente del seguito di tale vicenda processuale. La Corte europea nella sua decisione predetta aveva avvertito che la mancanza di un diritto individuale derivato dalla fonte europea non pregiudica che tale responsabilità possa sorgere in base a disposizioni di diritto interno<sup>7</sup>. Il 25 maggio

<sup>3</sup> Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 12.12.2017, n. 1510469; su tale decisione cfr. A. LE DYLIO, *Lutte contre la pollution atmosphérique : la carence fautive de l'État reconnue par des jugements en demi-teinte*, in *La Revue des droits de l'homme* (online), 2019, 1 ss.

<sup>4</sup> Cour administrative d'appel de Versailles, Formation plénière, 29.01.2021, 18VE01431, in <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000043089837>.

<sup>5</sup> Cour administrative d'appel de Versailles, 2ème chambre, 23.5.2023, 18VE01431, in [https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000047595682?init=true&page=1&query=Cour+administrative+d%E2%80%99appel+de+Versailles%2C+2%C3%A8me+chambre%2C+23+mai+2023%2C+18VE01431&searchField=ALL&tab\\_selection=all](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000047595682?init=true&page=1&query=Cour+administrative+d%E2%80%99appel+de+Versailles%2C+2%C3%A8me+chambre%2C+23+mai+2023%2C+18VE01431&searchField=ALL&tab_selection=all).

<sup>6</sup> Conseil d'État, 6ème chambre jugeant seule, 1.3.2024, n° 477538, in <https://www.doctrine.fr/d/CE/2024/CEF5303331BBAB2641ACD9>.

<sup>7</sup> *JP v. Ministre de la Transition écologique*, c-61/21, § 63.

2023, la Corte di Versailles, nella successiva decisione a seguito della riasunzione del giudizio dopo il rinvio incidentale, affronta specificamente questo problema. Sono prese in esame le disposizioni di cui all'art.1 della *Charte de l'environnement* (“*Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé*”)<sup>8</sup> e degli artt. L. 220 ss. del *code de l'environnement*<sup>9</sup>. I riconoscimenti di diritti proliferano in ogni carta: il punto problematico – tipico ormai di tutta la giurisprudenza sul danno climatico<sup>10</sup> – è la questione del nesso causale<sup>11</sup>. Che l'inquinamento atmosferico sia causa di danno alla salute è fuori discussione; ma il punto, osserva la Corte, è decidere se via sia una relazione causale diretta tra le condotte (in

<sup>8</sup> LOI constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (JORF n°0051 du 2 mars 2005 p. 3697), in <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-environnement/constitution/charte-de-l-environnement>.

<sup>9</sup> Cfr. in [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006074220/2024-05-12/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006074220/2024-05-12/).

<sup>10</sup> Vivace e sterminato appare il dibattito che da sempre, seppur in maniera spiccata negli ultimi anni, anima la dottrina sulla tematica ambientale. *Ex multis*, cfr. S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, 51 ss.; C. SALVI, *La tutela civile dell'ambiente: diritto individuale o interesse collettivo?*, in *Giur. it.*, 1980, c. 877 s.; P. PERLINGIERI, *Spunti in tema di tutela dell'ambiente*, in *Legalità e giustizia*, 1989, 136; più di recente, ID., *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, Atti del Convegno di Bari, 22-23 ottobre 2015, Napoli, 2016, 323; N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2024, 209 ss. Incisivamente, P. FEMIA, *Responsabilità civile e climate change litigation*, in C. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Responsabilità civile (Enciclopedia del diritto - I tematici)*, Milano, 2024, in corso di stampa e letto per la cortesia dell'a., § 10; ancor prima, acutamente, v. ID., *Il civile senso dell'autonomia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2016, 1 ss.; V. CONTE, *Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali*, in *DPCEonline*, 2023, 669 ss. U. SALANITRO, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico*, *Riv. dir. civ.*, 2/2024, 229 ss.; ID., *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2009; A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012, 148; più di recente, significativamente ID., *L'impatto dei contenziosi sulla crisi climatica. Il paradosso delle sentenze vuote, Il paradosso delle sentenze vuote*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2024, 95; M.W. MONTEROSSO, *Diritti, soggetti e generazioni future*, in A. QUARTA e M. SPANÒ (a cura di), *Beni comuni 2.0 Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milano, 2016, 124; C. TRIPODINA, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana: tra interessi delle generazioni future e responsabilità della generazione presente*, in *RQDA*, 2023, 340 s.; M. CARDUCCI, *L'installazione “ex Ilva” dopo la sentenza della Corte di giustizia UE: le emissioni climalteranti tra interesse “strategico” e generazioni future*, in *diritticomparati.it*, online (27 Giugno 2024); ID., *Il cambiamento climatico nella giurisprudenza italiana*, *ivi*, (8 Marzo 2021), 1 ss.; ID., *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII Agg., Torino, 2021, 52; G. VETTORI, *Verso una società sostenibile*, in *Pers. merc.*, 2021, 465; D. IMBRUGLIA, *Verso un diritto del consumo sostenibile*, in G. CAPALDO (a cura di), *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, 2023, 113 ss. Un'utile guida in prospettiva filosofico-giuridica in F.G. MENGA, *Emergenza ambientale e giustizia intergenerazionale. Alcune traiettorie problematiche in prospettiva filosofica-giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna*, 1/2024, 157 ss.; ancor prima, ID., *Etica intergenerazionale*, Brescia, 2021, 173 ss.; anche ID., *L'emergenza del futuro. I destini del pianeta e le responsabilità del presente*, Roma, 2021; T. GRECO, *Da dove vengono i diritti delle generazioni future?*, in *Etica & Politica*, 2018, 260.

<sup>11</sup> P. FEMIA, *Responsabilità civile e climate change litigation*, cit., § 10.

ipotesi: insufficienti) delle autorità statali e le malattie dell'attore. La risposta – e la cosa purtroppo non sorprende – è negativa: «20. Il n'est pas contesté que l'exposition à la pollution atmosphérique est susceptible d'avoir des conséquences négatives en termes d'aggravation sur les maladies respiratoires, et en particulier l'asthme, la bronchite, la laryngite, la trachéite et la sinusite, ainsi que sur les affections cardio-vasculaires. Cependant, il résulte de l'instruction que l'origine des pathologies respiratoires de M. A..., apparues plus de quatre ans après son installation en région parisienne, n'est pas établie, ni la nature ou l'ampleur de leur aggravation au cours de la période litigieuse, ni une concordance entre les symptômes observés et les épisodes de dégradation de la qualité de l'air en région parisienne, alors que l'intéressé a été également exposé à une pollution non exclusivement atmosphérique dans des milieux intérieurs. Par suite, sans qu'il soit besoin d'ordonner une expertise sur ce point, ni statuer sur les circonstances exonératoires de responsabilité, l'existence d'un lien de causalité suffisamment direct et certain entre la carence fautive de l'Etat à éviter un dépassement des valeurs limites de concentration en particules fines, en dioxyde d'azote et en oxyde d'azote, et les préjudices allégués n'est pas établie.

21. Il résulte de tout ce qui précède que M. A... n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a rejeté sa demande. Ses conclusions à fin de condamnation de l'Etat ne peuvent dès lors qu'être rejetées»<sup>12</sup>.

Lascia molto perplessi, dal punto di vista della razionalità complessiva del sistema giuridico, che la medesima giurisprudenza, pronta a superare le difficoltà di onere della prova del danno subito dal consumatore e sempre sollecita nel tutelare la salute del paziente in caso di danno da *medical malpractice* mediante alleggerimento dell'onere probatorio, possa con affermazioni apodittiche imporre al danneggiato una simile *probatio diabolica*. Come se l'aria di Parigi avesse un confine territoriale con l'aria di qualsiasi altro luogo.

<sup>12</sup> Cour administrative d'appel de Versailles, 2ème chambre, 23.5.2023 (*supra*, nota 5), §§ 20-21: «20. Non è contestato che l'esposizione all'inquinamento atmosferico possa avere conseguenze negative in termini di aggravamento delle malattie respiratorie, e in particolare l'asma, la bronchite, la laringite, la tracheite e la sinusite, così come sulle affezioni cardio-vascolari. Tuttavia, risulta dall'istruttoria che l'origine delle patologie respiratorie del signor A..., apparse più di quattro anni dopo il suo trasferimento nella regione parigina, non è stabilita, né la natura o l'entità del loro aggravamento durante il periodo contestato, né una corrispondenza tra i sintomi osservati e gli episodi di degrado della qualità dell'aria nella regione parigina, mentre l'interessato è stato anche esposto a una contaminazione non esclusivamente atmosferica in ambienti interni. Di conseguenza, senza che sia necessario ordinare una perizia su questo punto, né pronunciarsi sulle circostanze di esonero da responsabilità, l'esistenza di un nesso di causalità sufficientemente diretto e certo tra la mancanza colposa dello Stato di evitare il superamento dei valori limite di concentrazione di particelle fini, diossido di azoto e ossido di azoto, e i danni lamentati non è stabilita. 21. Da quanto sopra esposto, risulta che il signor A... non ha motivo di sostenere che il tribunale amministrativo di Cergy-Pontoise abbia erroneamente respinto la sua domanda con la sentenza impugnata. Pertanto, le sue richieste di condanna dello Stato non possono che essere respinte».

## 2. Il caso *JP v Ministre de la Transition écologique*.

La decisione della Corte di giustizia può essere commentata in modo più o meno articolato, collegandola alla notevole letteratura e a i suoi precedenti<sup>13</sup>. La ricostruzione dei suoi scarni passaggi argomentativi desta non secondarie perplessità.

Due gli elementi fondamentali. In primo luogo, si afferma che il principio secondo il quale gli Stati possono essere chiamati a rispondere per i danni derivanti da violazioni del diritto dell'Unione europea unicamente se ricorrano tre condizioni: «Per quanto riguarda i presupposti per il sorgere di tale responsabilità, la Corte ha ripetutamente dichiarato che i soggetti lesi hanno diritto al risarcimento qualora siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica dell'Unione violata sia preordinata a conferire loro diritti, che la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata e che esista un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito da detti soggetti»<sup>14</sup>.

Mentre la seconda e la terza condizione corrispondono ad elementi provvisti di discrezionalità apprezzabile (gravi violazioni del diritto eurounitario, rapporto di consequenzialità diretta tra violazione e danno), la prima dipende unicamente dall'interpretazione della normativa di riferimento<sup>15</sup>. Mancano indicazioni su come si possa inferire se da una normativa europea discenda un diritto soggettivo. Ciò implica una questione ancor più generale: è possibile un diritto oggettivo senza diritti soggettivi?

Il secondo passaggio fondamentale della decisione della Grande Sezione è il seguente: «Pertanto, oltre al fatto che le disposizioni di cui trattasi della direttiva 2008/50 e delle direttive che l'hanno preceduta non contengono alcuna attribuzione esplicita di diritti ai singoli a tale titolo, gli obblighi previsti da tali disposizioni, nell'obiettivo generale summenzionato, *non consentono di ritenere che, nel caso di specie, a singoli o a categorie di singoli*

<sup>13</sup> Una discussione dettagliata in M. FISICARO, *Norme intese a conferire diritti ai singoli e tutela risarcitoria di interessi diffusi: una riflessione a margine della sentenza JP c Ministre de la Transition écologique*, in *European Papers*, 8(2023), 1, 131 ss.; C.M. LORENZIN, *Valori limite e qualità dell'aria: il margine di manovra degli stati*, in *RGA online*, 2023; una posizione più articolata in C.D. CLASSEN, *Rechte erster Klasse und Rechte zweiter Klasse? : Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 22.12.2022, Rs. C-61/21 (Ministre de la Transition écologique)*, in *Europarecht*, 2023, 296 ss.; cfr., poi i commenti francesi: D. SIMON, *Primauté - Responsabilité des États membres*, in *Europe. Actualité du droit de l'Union Européenne*, 2023, n° 2, 48; D. MISONNE, *Arrêt « JP » : les directives européennes sur l'air ambiant n'ont (donc) pas (encore) pour objet de conférer des droits individuels aux particuliers*, in *Journal de droit européen*, 2023, n° 4, 188 ss.; A. ALLARD, *Qualité de l'air - Valeurs limites - Renvoi préjudiciel - Responsabilité - Droit à l'environnement*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2023, n° 1, 251 ss.

<sup>14</sup> *JP v. Ministre de la Transition écologique*, c-61/21, § 44, corsivo aggiunto. La Corte indica come precedente più ravvicinato per tale dottrina *Commissione c. Spagna*, 28.6.2022, c-278/20, § 31.

<sup>15</sup> Studio approfondito della questione in B. THORSON, *Individual Rights in EU Law*, Cham, 2016, 59 ss. N. REICH, *Bürgerrechte in der Europäischen Union: Subjektive Rechte von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage nach der Rechtsprechung des EuGH und dem Vertrag von Amsterdam*, Baden-Baden, 1999; ID., *System der subjektiven öffentlichen Rechte in the Union: a European constitution for citizens of bits and pieces*, Oxford, 1998, 157 ss.



siano stati implicitamente conferiti, in forza di tali obblighi, diritti individuali la cui violazione possa far sorgere la responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli»<sup>16</sup>.

Tale decisione non sembra, tuttavia, in linea con precedenti della medesima Corte, dai quali era possibile tracciare un atteggiamento di maggiore apertura al riconoscimento di diritti individuali<sup>17</sup>. In particolare, nel caso *Janecek* la Corte aveva asserito la diretta derivazione di un diritto individuale da una versione precedente del testo di una direttiva sulla qualità dell'aria<sup>18</sup>. Una differenza sistematica di così grande rilievo (la sussistenza o la negazione di un diritto individuale) non può essere argomentata<sup>19</sup> muovendo dal mero dato letterale: ciò invece quanto si deduce dal passo sopra riprodotto, l'unico relativo alla questione, il quale si limita laconicamente ad asserire che il testo della direttiva «non contenga alcuna attribuzione *esplicita* di diritti singoli». Sembrerebbe, pertanto, che il ragionamento giudiziale posto a fondamento della decisione richieda unicamente l'indicazione espressa di un diritto soggettivo (in contrasto con precedenti affermazioni) e prescriva, conseguentemente, un divieto di interpretazione delle logiche o sistematiche, restringendo tutto all'interpretazione letterale. Di là dalla incompatibilità di un simile assunto con la stessa autocomprensione delle istituzioni europee, resta pur sempre fermo che l'ascrizione di diritti individuali relativi al rispetto dei valori fondamentali (tali sono senz'altro la salute e l'ambiente) incide sulla forma moderna della costituzionalizzazione del diritto privato<sup>20</sup>. Da questo punto di vista è più che condivisibile l'opinione che ravvisa nella decisione della Grande Sezione una carenza di giustificazione ermeneutica<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> *JP v. Ministre de la Transition écologique*, c-61/21, § 56, corsivo aggiunto.

<sup>17</sup> J. KROMMENDIJK, D. SANDERINK, *The role of fundamental rights in the environmental case law of the CJEU*, in *European Law Open*, 2(2023), 616 ss.

<sup>18</sup> *Dieter Janecek c. Freistaat Bayern*, 25.7.2008, c-237/07, § 38: «Per tali ragioni la Corte ha dichiarato che, in tutti i casi in cui l'inosservanza dei provvedimenti imposti dalle direttive relative alla qualità dell'aria e a quella dell'acqua potabile, e che mirano a tutelare la sanità pubblica, possa mettere in pericolo la salute delle persone, queste ultime devono poter invocare le norme di ordine pubblico che esse contengono (v. citate sentenze 30 maggio 1991, causa C-361/88, *Commissione/Germania*, e causa C-59/89, *Commissione/Germania*, nonché 17 ottobre 1991, *Commissione/Germania*)».

<sup>19</sup> Sul rapporto tra interpretazione e argomentazione N. MACCORMICK, *Arguing about Interpretation*, in ID., *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, 2005, 121 ss.; G. SARTOR, *Interpretation, Argumentation, and the Determinacy of Law*, in *Ratio Juris*, 36(2023), 3, 214 ss.

<sup>20</sup> H.-W. MICKLITZ, *Constitutionalization, Regulation and Private Law*, in S. GRUNDMANN, H.-W. MICKLITZ, M. RENNER (a cura di), *New Private Law Theory: A Pluralist Approach*, Cambridge, 2021, 166 ss.

<sup>21</sup> «Here the CJEU does not adequately motivate why those provisions should not be interpreted as acknowledging a right to compensation upon individuals. Indeed, the EU judges provided a systemic interpretation of the two provisions, by reading them in the light of the general objective pursued by the Air Quality Directive (namely 'protecting human health and the environment as a whole', see para 55)»: M. PAGANO, *Human rights and ineffective public duties: the Grand Chamber judgment in JP v. Ministre de la Transition écologique*, in *European Law Blog*, 2 febbraio 2023 (<https://europeanlawblog.eu/2023/02/02/human-rights-and-ineffective-public-duties-the-grand-chamber-judgment-in-jp-v-ministre-de-la-transition-ecologique/>).

Un diritto senza diritti è una sorta di incubo sovrano: un luogo nel quale le norme sono meri oggetti di amministrazione, strumenti giustificativi di poteri di intervento, ma non fondamenti di responsabilità. Non sarebbe possibile costruire una legittimazione democratica del potere normativo interno ad un sistema giuridico su tali basi. Negli ordinamenti statali con alle spalle secoli di Stato sociale e di burocrazie organizzate nel sostegno ad attività economiche – ove si è costruita la categoria dell'interesse legittimo, proprio allo scopo di segnare una differenza, un rapporto istituzionale verticale con la Pubblica amministrazione al vertice e i cittadini alla base – un ordinamento giuridico statale che su alcune materie autoritativamente non riconosca diritti ai singoli è un retaggio di un concetto non democratico di sovranità, giustificabile oggi unicamente su basi di efficienza.

Che vi sia o non vi sia un diritto soggettivo ad un bene prodotto o protetto dal potere pubblico è questione non di verità, ma di opportunità pratica. Riformulando, allora, la questione, ci si potrebbe domandare se ascrivere o sottrarre diritti individuali incrementi o decrementi l'effettività dei diritti fondamentali proclamati nelle Carte dei diritti<sup>22</sup> e nelle fonti europee di diritto secondario.

Sostenere che principi fondamentali – per di più formulati con il linguaggio dei diritti – siano norme che vincolino gli Stati (in particolare nella forma dell'attuazione di direttive dell'Unione europea), senza che da essa discendano diritti azionabili in giudizio nelle forme ordinarie del diritto privato, è davvero arduo; occorrerebbe una compiuta dimostrazione che il proliferare di azioni individuali di adempimento dell'obbligo statale di perseguimento di un determinato obiettivo di massimizzazione di un valore sotteso ad un principio fondamentale<sup>23</sup> e i vincoli di bilancio imposti dal contenimento della spesa statale giustificano una concentrazione dell'azione nella sola mano pubblica<sup>24</sup>, piuttosto che la sua diffusione nella mano privata. Occorrerebbe dimostrare in modo compiuto – stante la delicatezza costituzionale della questione – che una miriade di azioni volte a chiedere il risarcimento del danno in tale ipotesi finirebbe per rendere sostanzialmente impossibile al potere pubblico il perseguimento dei propri fini istituzionali relativi all'attuazione del medesimo valore.

### 3. L'affermazione dei diritti individuali alla qualità dell'aria nell'argomentazione dell'Avvocato Generale.

<sup>22</sup> G. VETTORI, *Carta europea e diritto dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 669 ss.

<sup>23</sup> Sul rapporto tra diritti individuali e beni collettivi nella teoria dell'argomentazione giuridica R. ALEXY, *Individuelle Rechte und kollektive Güter*, in ID., *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995, 232 ss.

<sup>24</sup> La questione – discussa anche sotto la formula “diritti incompressibili”, tra i quali il diritto alla salute – ha subito vicende alterne: M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 7 ss.; L. MADAU, “È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”. *Nota a Corte cost. n. 275/2016*, *ivi*, 1/2017, 1 ss.

Negare azione per un diritto alla salute asserendo che nel diritto europeo sulla qualità dell'aria tale diritto non sia riconosciuto avrebbe richiesto una argomentazione adeguata<sup>25</sup>. Non da ora è stata rilevata la prevalenza di «pure considerazioni di *policy*» sul «diritto formale» nelle decisioni sul riconoscimento di «diritti individuali» nel diritto dell'Unione<sup>26</sup>.

La distinzione tra principi e diritti – introdotta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione<sup>27</sup> e oggetto di plurime discussioni – rappresenta un elemento di confusione, non di soluzione del problema, essendo essa stessa fonte di notevoli problematiche<sup>28</sup> e di recenti proposte di reinterpretazione,

<sup>25</sup> Sulla necessità di giustificazione approfondita nell'uso di concetti ad elevato grado di vaghezza, cfr. V. VELLUZZI, *Metodologia e diritto civile. Una prospettiva filosofica*, Roma, 2023, 1 ss.

<sup>26</sup> «[S]ome of the criticism of the rights notion voiced in the legal literature—that the Court of Justice is not coherent—goes a little too far. It is difficult to establish a 'one size fits all' test in order to determine whether or not an individual should be in a position to claim compensation. The qualification as an 'individual right' is, in fact, a conclusion which is drawn after a relatively wide assessment, based partly on formal sources of law and largely on pure policy considerations as to whether or not individuals should be in a position to avail themselves of the right to judicial protection»: B. THORSON, *Individual Rights in EU Law*, cit., 350.

<sup>27</sup> Articolo 52 – *Portata e interpretazione dei diritti e dei principi* 1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. 4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni. 5. *Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.* 6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta. 7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta.

<sup>28</sup> D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, 195 ss.; R. PALLADINO, *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, 175 ss.; M. CONDINANZI, *Diritti, principi, e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'unione europea*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI e A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2015, 71 ss.; L. VIOLINI, M.E. GENNUSA, *Cosa è e cosa rimane della distinzione tra principi e diritti?*, in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela: Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Torino, 2022, 67 ss.; C. AMALFITANO, *Principi e diritti nella Carta e principi generali:*

sempre in senso di maggiore amministrazione giudiziale del rapporto tra Stati membri e diritti dei cittadini<sup>29</sup>.

La decisione desta pertanto perplessità<sup>30</sup> sia, come già rilevato, per la estrema stringatezza della motivazione (sostanzialmente poco più dell'apodittica asserzione sopra riportata) sia per essere giunta dopo una posizione specularmente opposta, presentata dall'Avvocato generale Juliane Kokott, la quale – pur mostrando di tenere adeguatamente conto delle esigenze di delimitazione dell'area del danno risarcibile, per evitare un risarcimento concesso all'intera collettività nazionale – aveva nelle sue argomentazioni considerato in modo estremamente accurato il requisito della sufficiente precisione della normativa invocata ai fini della risarcibilità: «è errato ritenere [...], che le norme relative alla qualità dell'aria siano dirette esclusivamente a tutelare la collettività. La qualità dell'aria deve certamente essere tutelata in generale, tuttavia i problemi specifici sorgono in luoghi specifici e riguardano categorie specifiche e identificabili di persone. Di conseguenza, solo le persone direttamente interessate da un superamento dei valori limite o da un rischio di superamento possono invocare l'articolo 23, paragrafo 1, della direttiva 2008/50.

In linea con le considerazioni appena esposte, la Corte ha già evocato la possibilità di un diritto al risarcimento dei danni in base al diritto dell'UE nel contesto dell'applicazione delle norme in materia di qualità dell'aria ambiente [Sentenza del 19 dicembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe* (C-752/18, EU:C:2019:1114, punti 54 e 55)]<sup>31</sup>.

E pertanto: «La seconda questione mira a determinare a quali condizioni è subordinato il riconoscimento di un diritto al risarcimento per danni alla salute. Per il giudice del rinvio riveste particolare interesse il momento in cui si deve ritenere avvenuto l'inadempimento delle norme sulla protezione della qualità dell'aria ambiente.

A tal riguardo, occorre ricordare le altre due condizioni di un diritto al risarcimento: la violazione del diritto dell'Unione deve essere sufficientemente qualificata [v., sul punto, sub 1)] e deve sussistere un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno [v., sul punto, sub 2)]<sup>32</sup>.

L'Avvocato generale Juliane Kokott<sup>33</sup> ha avuto molta cura nel corredare di ragioni la propria posizione. In primo luogo ha individuato la sussistenza

---

*sovrapposizioni, interferenze e assimilazioni*, in AA. VV., *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, Roma, 31-48.

<sup>29</sup> D. GUÐMUNDSDÓTTIR, *A renewed emphasis on the Charter's distinction between rights and principles: Is a doctrine of judicial restraint more appropriate?*, in *Common Market Law Review*, 52 (2015), 3, 685 ss.

<sup>30</sup> Cfr., tuttavia, B.W. WEGENER, *No Francovich in environmental law: The ECJ's decision in J.P. v. Ministre de la Transition écologique*, in *Common Market Law Review*, 60 (2023), 6, 1773 ss.

<sup>31</sup> *Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott*, presentate il 5 maggio 2022, c-61/21, *JP v. Ministre de la Transition écologique, Premier ministre*, § 101-102, in <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=258884&doclang=IT>.

<sup>32</sup> *Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott*, presentate il 5 maggio 2022, c-61/21, cit., §§ 104-105.

<sup>33</sup> Della quale cfr. J. KOKOTT, A. KLAPHAKE, S. MARR, *Ökologische Schäden und ihre Bewertung in internationalen, europäischen und nationalen Haftungssystemen - eine juristische und ökonomische Analyse*, Berichte des Umweltbundesamtes 3/2003, Berlin, 2003;

di una «violazione sufficientemente qualificata», avuto riguardo a: a) superamento dei valori limite quale violazione qualificata; b) qualità dei piani indicati dalle diritto dell'Unione; c) al periodo rilevante nel quale il danno alla salute del ricorrente si assume si sia verificato<sup>34</sup>. Accertata la gravità della violazione, l'Avvocato generale procede alla parte più delicata dell'argomentazione relativa al nesso causale.

«Per stabilire l'esistenza di un nesso di causalità diretto, il soggetto leso deve quindi in primo luogo dimostrare di avere soggiornato per un periodo sufficientemente lungo in un ambiente in cui i valori limite del diritto dell'Unione in materia di qualità dell'aria ambiente sono stati violati in misura rilevante. La durata di tale periodo è una questione medica che richiede una risposta scientifica [...].

In *secondo luogo*, chi intende ottenere un risarcimento dei danni per inquinamento atmosferico deve dimostrare un danno che possa essere collegato all'inquinamento atmosferico di cui trattasi.

In *terzo luogo*, il soggetto leso deve dimostrare l'esistenza di un nesso di causalità diretto tra il menzionato soggiorno in un luogo in cui un valore limite per la qualità dell'aria ambiente è stato violato in maniera grave e il danno lamentato»<sup>35</sup>.

A differenza di ciò che accade in altre controversie relative al diritto alla salute, il diritto europeo non impone che l'onere della prova del nesso causale – sempre ad opinione dell'Avvocato generale – sia alleggerito da una «una presunzione relativa, in base alla quale un danno alla salute tipico, nel caso di un soggiorno di durata sufficientemente lunga in una zona in cui è stato superato un valore limite, è imputabile a tale superamento»<sup>36</sup>. Si potrebbe dire che ciò cui mira principalmente l'opinione qui analizzata è che sia affermato il principio dell'esistenza di diritti individuali, non che per essi sia sempre agevolato in ogni modo il ricorso alla tutela risarcitoria. Non sarebbe stato difficile, con criteri così severi relativi alla prova del nesso causale, immaginare un esito concreto del giudizio *a quo* in modo niente affatto dissimile da come la controversia si è poi effettivamente risolta presso la Corte di appello francese.

Resta tuttavia il profondo valore giuridico dell'affermazione del diritto alla tutela, così riassunta nella *Conclusion*: «(1) I valori limite degli inquinanti nell'aria ambiente e gli obblighi di miglioramento della qualità dell'aria ambiente previsti dagli articoli 7 e 8 della direttiva 96/62, in combinato disposto con la direttiva 1999/30, nonché con gli articoli 13 e 23 della direttiva 2008/50, sono preordinati a conferire diritti ai singoli.

J. KOKOTT, U. BECKERT, *Die Entwicklung eines rationalen Modells zur Bewertung und Sanierung ökologischer Schäden - Vorstellung des Forschungsberichts im Auftrag des Umweltbundesamtes*, in *Haftung als Instrument des Umweltschutzes: Fachgespräch vom 31. Januar 2003 im Umweltbundesamt*, Berlin - Schriftenreihe des Umweltbundesamts, 44 (2003), 39 ss.; C. SOBOTTA, J. KOKOTT, *Rechtsschutz im Umweltrecht - Weichenstellungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union*, in *Deutsches Verwaltungsblatt* 3 (2014), 132 ss.

<sup>34</sup> *Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott*, cit., §§ 108-125.

<sup>35</sup> *Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott*, cit., §§ 131, 135-136 (corsivo originale).

<sup>36</sup> *Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott*, cit., § 138.

(2) Un diritto al risarcimento di danni alla salute causati da un superamento dei valori limite di PM10 o biossido di azoto presenti nell'atmosfera a decorrere dalla scadenza dei rispettivi termini ai sensi degli articoli 7 e 8 della direttiva 96/62, in combinato disposto con la direttiva 1999/30, o con l'articolo 13 della direttiva 2008/50, presuppone che il soggetto leso dimostri l'esistenza di un nesso diretto tra tale effetto nocivo e il proprio soggiorno in un luogo in cui i valori limite applicabili sono stati superati, in assenza di un piano di miglioramento della qualità dell'aria ambiente che sia conforme ai requisiti di cui all'allegato IV della direttiva 96/62 o all'allegato XV, sezione A, della direttiva 2008/50, e che non presenti, inoltre, altre manifeste carenze»<sup>37</sup>.

#### 4. Normatività, diritti, rimedi.

La distinzione tra principi e diritti è stata introdotta dalla Carta europea dei diritti fondamentali: l'art. 52 è diritto vigente e pertanto può essere avversata (ma onestamente, senza artifici né ipocrisie argomentative)<sup>38</sup>, ma non ignorata. In tale operazione costruttiva una parte della dottrina italiana di diritto privato – quella che ha sempre pervicacemente sostenuto la non diretta applicabilità dei principi costituzionali al diritto civile<sup>39</sup> – ha ritrovato argomenti per rafforzare la posizione ostile alla diffusione della tutela individuale privata di diritti sociali. In genere, queste teorie non intendono affatto presentarsi in questo modo, preferendo apparire come mere deduzioni da evidenze categoriali (distinzione del tutto formale tra principi e diritti). La conseguente impossibilità per il privato, quando si assuma che il diritto europeo abbia stabilito unicamente principi ma non abbia conferito diritti, di adire la tutela del giudice civile per ottenere un rimedio derivante da un danno che si assume causato da una inerzia istituzionale è presentata non come scelta di politica del diritto e talvolta neanche – come invece sarebbe molto più coerente, seppure discutibile – come conseguenza di una rigida (o 'classica') interpretazione del principio di divisione dei poteri legislativo e giurisdizionale<sup>40</sup>; si preferisce disattivare il potenziale di conflitto tipico di

<sup>37</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott, cit., § 143.

<sup>38</sup> Sull'esigenza di trasparenza nell'argomentazione cfr. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, 65 ss.

<sup>39</sup> Analisi delle varie posizioni in P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018 e in M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. PERLINGIERI, A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, 247 ss. Nella dottrina italiana, fondamentale, P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino-Napoli, 1971, 21 ss.; ID., *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»* (1996), in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, 297 ss.; in diverso avviso A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 756 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.

<sup>40</sup> Coerente su questa via, invece, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

queste problematiche facendo ricorso a procedure<sup>41</sup> e distinzioni concettuali<sup>42</sup>.

La scelta è estremamente criticabile dal punto di vista della teoria dell'argomentazione giuridica, poiché tende ad occultare il momento valutativo nell'argomentazione<sup>43</sup> e la necessaria ponderazione delle conseguenze di ogni scelta interpretativa<sup>44</sup>.

L'elemento innovativo, rispetto alle discussioni del secondo Novecento, risiede in questo:

a) in passato l'esclusione della normatività dei principi fondamentali – riservando all'iniziativa dello Stato la realizzazione dei 'programmi' costituzionali – consentiva di mantenere una configurazione tradizionale e autoritaria della legittimazione del potere statale: era lo Stato a doversi occupare del benessere dei cittadini, compiendo le scelte e le ponderazioni necessarie al bene comune e la negazione dell'intervento individuale, della rivendicazione individuale di una pretesa all'effettività di beni oggettivati in valori costituzionali (pretesa costruita quale lesione di un diritto proprio del soggetto reclamante) era avvertita dalla cultura giuridica dominante come un fattore produttivo di disordine e capace di alterare la visione, secondo la quale era giusto prevalessse la mano pubblica per la realizzazione di obiettivi che quella medesima cultura sentiva, in fondo, essere materia di indirizzo politico;

b) oggi invece, persa la fiducia nel potere demiurgico dello Stato e in genere di ogni progetto di ordine che muova da un centro gerarchico, la negazione dell'azione individuale nella rivendicazione di beni oggettivati in valori è mascherata unicamente dietro pseudo-selezioni categoriali *a priori* (principi/diritti), le quali hanno un unico senso oggettivo: limitare l'impegno economico dello Stato. Per tale poco commendevole ragione, ad esempio, lo Stato italiano ha sottratto ai privati l'azione di responsabilità per danno am-

<sup>41</sup> N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974; una discussione critica in G. TEUBNER, *Folgenorientierung*, in ID., (a cura di), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden, 1995, 1 ss.

<sup>42</sup> Una discussione approfondita e critica sulla visione della dogmatica quale antagonista della politica del diritto in P. FEMIA, *La via normativa. Pietro Perlingieri e i valori costituzionali*, in G. ALPA, F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile del Novecento: Scuole, luoghi, giuristi*, Milano, 2019, 359 ss.

<sup>43</sup> Cfr., invece, P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, 1 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013; G. PERLINGIERI, *Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la «polemica sui concetti giuridici». Crisi e ridefinizione delle categorie*, in AA. VV., *Temi e problemi della civilistica contemporanea* (Atti del Convegno per i Venticinque anni della Rassegna di diritto civile, 16-18 dicembre 2004), Napoli, 2005, 543 ss.; E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 779 ss.; A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 633 ss.

<sup>44</sup> G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, 11 ss.; ID., *Effettività delle tutele (Diritto Civile)*, in *Enc. dir.*, 2017, 381 ss.; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 961 ss.; ID., *Effettività della tutela: una casistica*, in *Pers. merc.*, 2016, 62 ss.

bientale<sup>45</sup>; che poi questo atteggiamento derivi da una disperata preoccupazione per la crisi finanziaria che affligge i bilanci pubblici (ed in particolare lo Stato italiano) o per la scelta neoliberale in favore dell'allocazione delle risorse unicamente ad attività competitive<sup>46</sup> è questione che qui si può lasciare aperta.

Quello che può e deve fare l'analisi dottrinale di una opposizione categoriale imposta con definizione legislativa è esigere motivazioni non elusive della interpretazione di una disposizione normativa come inidonea ad ascrivere diritti ai singoli. Resta fermo il criterio di interpretazione sistematica<sup>47</sup>, secondo il quale la negazione di un diritto individuale in astratto ricavabile *prima facie* da un documento normativo di valore sostanzialmente costituzionale consiste in una limitazione eccezionale della tutela dei diritti fondamentali, sì che in caso di dubbio si deve propendere per la soluzione che il diritto individuale vi sia piuttosto che per l'opposta, che non vi sia.

A questa sorta di principio di conservazione dei diritti interno al testo costituzionale<sup>48</sup> si deve aggiungere, inoltre e soprattutto, una fondamentale opzione sistemica, derivante dalla assiologia ordinamentale del diritto europeo, integrato, come diritto *italo-europeo*, in un unitario sistema delle fonti<sup>49</sup>. La questione ermeneutica dei principi, dei diritti e dei rimedi<sup>50</sup> – considerata nel contesto della complessità dell'ordinamento nazionale, nella quale la normativa europea deve essere ricondotta a sistema<sup>51</sup> – assume un significato del tutto peculiare: anche se risultasse impossibile, a seguito di argomen-

<sup>45</sup> Scelta legislativa reputata incostituzionale: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 4ª ed., Napoli, 2020, 330 ss. Per ulteriori sviluppi sia consentito rinviare a V. CONTE, *Per una teoria civilistica del danno climatico*, cit., 669 ss.

<sup>46</sup> F. DENOZZA, *Lo stile giuridico neoliberale*, in R. SACCHI, A. TOFFOLETTO (a cura di), *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, 2019, 1 ss.; ID., *In viaggio verso un mondo re-incidentato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016, 419 ss.

<sup>47</sup> Sull'interpretazione sistematica nel diritto eurounitario cfr. S. RODIN, *Interpretation in The Court of Justice of The European Union: Originalism, Purposivism, and L'économie générale*, in *American University International Law Review*, 34 (2019), 601 ss.; S. DOROGA, A. MERCESCU, *A Call To Impossibility: The Methodology of Interpretation at the European Court of Justice and the PSPF Ruling*, in *European Journal of Legal Studies*, 13 (2021), 2, 87 ss.; G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Portland, 2012; M. JACOB, *Precedents and Case-Based Reasoning in the European Court of Justice*, Cambridge, 2014, 276 ss.

<sup>48</sup> G. CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, 2012, p. 88 ss.; ciò consente di mantenere una legittimazione pluralistica della Corte: M. POIARES MADURO, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, 1 (2007), 2, 137 ss.

<sup>49</sup> P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, *Riv. dir. civ.*, 2010, 317-342; ID., *Il contributo dell'"identità nazionale" allo sviluppo della cultura costituzionale europea*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 822 ss.; ID., *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 530 ss.; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, *ivi*, 2005, 188 ss.

<sup>50</sup> W. VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *Common Market Law Review*, 37 (2000), 3, 501 ss.

<sup>51</sup> P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale - Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, 117 ss.

tazione rigorosa, fondare sul documento normativo di fonte europea un diritto soggettivo del singolo all'attuazione di un bene oggettivo in un valore, ciò non esclude affatto che tale diritto individuale possa essere fondato dall'integrazione delle normative, europea e nazionale, nell'unitarietà dell'ordinamento. Tale unitarietà si manifesta peculiarmente nel momento applicativo: proprio nel contemperamento tra le normative, compiuto in occasione dell'individuazione della disciplina, la questione della applicabilità diretta appare in una luce diversa da quella, settoriale e letterale, che traspare dalla argomentazione della Grande Sezione<sup>52</sup>.

In questo senso il rapporto tra Corti nazionali e Corti europee, sempre esposto al pericolo del conflitto<sup>53</sup>, richiede un'accorta ponderazione ermeneutica adeguatrice<sup>54</sup>.

Con riferimento alla questione specificamente discussa dinanzi nel caso *JP v. Ministre de la Transition écologique*, l'obiettivo generale della direttiva, consistente, secondo l'ammissione della stessa Corte, nella «protezione della salute umana e dell'ambiente nel suo complesso»<sup>55</sup>, risulterebbe frustrato ove non comprendesse il diritto dei singoli di reagire direttamente contro i danni subiti (sempre salva la prova del nesso causale). Si determinerebbe altrimenti una singolare frattura assiologica sul piano rimediabile<sup>56</sup>: asserito un valore – per di più rilevante, oltre che sul piano costituzionale e internazionale anche esplicitamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>57</sup> – e posto che nelle fonti normative europee esso sia collocato in grado eminente, la Corte pretende sia sufficiente affermare che dalla normatività del valore non discenda una tutela individuale per dimostrare ciò che invece deve ancora essere dimostrato. Un valore senza diritti, un ritorno a dottrine ormai superate del diritto pubblico, del tutto aliene dagli sviluppi moderni, per altro sollecitati dall'incisiva giurisprudenza della stessa Corte europea<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, cit., 188 ss.

<sup>53</sup> P. FEMIA, *Decisori non gerarchizzabili, riserve testuali, guerra tra Corti. Con un (lungo) intermezzo spagnolo*, in V. RIZZO, L. RUGGERI (a cura di), *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa*, Napoli, 2010, 85 ss.

<sup>54</sup> S. PAGLIANTINI, *Rinvio pregiudiziale e interpretazione adeguatrice (La narrazione del giurista)*, Padova, 2023, 149 ss.; cfr., inoltre, G. D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in ID., S. PAGLIANTINI (a cura di), *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 8 ss.

<sup>55</sup> *JP v. Ministre de la Transition écologique*, cit., § 55.

<sup>56</sup> P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, p. 2; G. PERLINGIERI, *Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 664 ss.; cfr., inoltre, S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale, riconcettualizzazione del contratto e principio di effettività*, in *Persona e mercato*, 2015, 112 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 587 ss.

<sup>57</sup> «Art. 35 *Protezione della salute* - Ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana».

<sup>58</sup> Cfr., per tutti, G. DI FEDERICO, *Protezione della salute*, in S. DI ALLEGREZZA *et al.* (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 664 ss.

## 5. Ordinamenti di norme e diritti soggettivi eurounitari.

La questione deve essere collocata su di un duplice piano: da un lato, la giurisprudenza, ormai consolidata, in tema di responsabilità civile per mancata o tardiva attuazione del diritto europeo imputabile allo Stato; dall'altro, il rapporto tra tutele pubbliche e mezzi di coercizione indiretta contro l'inadempimento dello Stato.

Le note sentenze *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur*<sup>59</sup> hanno definito il quadro della responsabilità per inattuazione di obblighi imposti agli Stati<sup>60</sup>. In sintesi è necessario che: 1) che la norma del diritto dell'Unione violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; 2) che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata, da intendere quale violazione grave e manifesta; 3) che sussista un nesso di causalità tra violazione dell'obbligo posto a carico dello Stato membro e danno subito dal soggetto leso<sup>61</sup>.

Il coordinamento tra la disciplina europea e quella nazionale in tema di giudizi di responsabilità ha dato luogo a molteplici discussioni. Particolarmente critiche – poiché in contrasto con il principio generale di effettività del rimedio<sup>62</sup>, soprattutto con riferimento a posizioni giuridiche soggettive di rilievo costituzionale sul piano interno – devono essere considerate le frammentazioni tra giurisdizioni (ordinaria e amministrativa) e le decadenze tali da rendere eccessivamente difficile la tutela contro la lesione del diritto<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Corte giust. UE, 19 novembre 1991, *Francovich c. Repubblica italiana*, cc-6/90 e 9/90; 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur*, cc-46/93 e 48/93.

<sup>60</sup> Sulla questione cfr. V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito 'comunitario' e illecito 'costituzionale' del legislatore*, in *Danno e responsabilità*, 3(1998), 11, 961 ss.; ID., *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito 'costituzionale' del legislatore)*, in *Contr. impr. Europa*, 1999, p. 101 ss.; M. CARTABIA, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza Francovich della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, 505; più di recente, con opportuni rilievi critici sull'attuale posizione della Cassazione italiana: F. CICCARELLO, *La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi miti*, in *Judicium*, 2018 (online), 1 ss.

<sup>61</sup> CJEU, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur and Factortame*, cc-46/93 e 48/93, § 51; 24 marzo 2009, *Danske Slagterier*, c-445/06, § 20; 10 dicembre 2020, *Euromin Holdings (Cipro)*, c-735/19, § 79.

<sup>62</sup> N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim.*, 2009, 887 ss.; G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 2018, 2 ss.; G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim.*, 2018, 939 ss.; ID., *L'affinità con la 'cosa' - Introduzione*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Rinvio pregiudiziale ed interpretazione adeguatrice*, cit., p. XIII ss.

<sup>63</sup> Molto opportunamente F. FERRARO, *Responsabilità dello Stato (dir. UE)*, in *Treccani Diritto, online*, 2014: «Occorre una visione unitaria della responsabilità dello Stato, laddove alla violazione della posizione giuridica soggettiva contribuiscano i tre i poteri dello Stato, dando origine ad un unico e non parcellizzabile diritto al risarcimento dei danni. Le singole violazioni del diritto dell'Unione non possono essere valutate in modo frammentato (giurisdizione ordinaria per la responsabilità dello Stato-Giudice, giurisdizione amministrativa per la responsabilità dello Stato-Amministrazione e procedimento e rito speciale per la responsabilità dello Stato-Giudice), poiché viene in considerazione la responsabilità dello Stato in quanto tale nell'ipotesi in cui ciascuna violazione interagisca con le altre e si riveli

Si è già rilevato<sup>64</sup> che nel sistema europeo consolidatosi con la predetta giurisprudenza, è fondamentale indagare il procedimento con il quale sono ricavate posizioni soggettive immediatamente attivabili in caso di violazioni di situazioni soggettive garantite dall'ordinamento. Il profilo è stato oggetto di attenzione in dottrina<sup>65</sup>, ma soffre di un mancato chiarimento dei rapporti tra efficacia normativa delle disposizioni di principio e tutela privatistica invocata quale strumento ausiliario per il raggiungimento degli obiettivi 'pubblici' posti dal diritto dell'Unione europea agli Stati membri.

Come prima rilevato, è tuttavia necessario integrare le discipline di fonte europea con quelle nazionali in un unitario sistema delle fonti<sup>66</sup>. Dalle *fonti* normative integrate nel sistema ordinamentale si transita ai loro *effetti*, ovvero ai *diritti* (nella dottrina italiana sarebbe preferibile dire, facendo ricorso al genere, del quale i diritti soggettivi sono soltanto una specie: alle *situazioni giuridiche soggettive*) che di tali norme sono conseguenza. Ora, mentre possono darsi norme di diversa provenienza ordinamentale (nazionale ed europea), le quali, pur essendo poi integrate nel sistema unitario della disciplina da applicare al caso da decidere in giudizio, restano comunque identificate secondo condizioni di esistenza stabilite dagli ordinamenti di appartenenza (tanto che le loro condizioni di validità e di invalidazione sono opera di distinte giurisdizioni: Corte costituzionale italiana e Corte di Giustizia dell'Unione europea), così non può dirsi quando dalle *norme* si passi ai *diritti*. Essi sono sempre il risultato dell'interpretazione complessiva della normativa da applicare al caso da decidere, sì che asserire che vi sia un diritto individuale significa che dal complesso della disciplina applicabile (quale che sia la fonte di provenienza: nazionale o europea) emerge un diritto soggettivo che per la sua stessa fondazione dimostra che la scissione ordinamentale è superata nella realtà complessa dell'unitaria normativa da applicare. In parole più semplici: si danno *norme* o nazionali o europee, ma mai *diritti soggettivi* o nazionali o europei; se dalle norme (da tutte le norme sistematicamente interpretate, quale che sia la fonte e l'ordinamento di provenienza) si fonda un diritto soggettivo, esso *non è di un ordinamento o nazionale o europeo, ma è dell'ordinamento del caso concreto*<sup>67</sup>. I diritti soggettivi hanno un solo luogo: quello dell'applicazione; e un solo sistema di

---

necessaria a determinare la lesione di un diritto discendente dall'Unione (Cass. civ., S.U., 7.5.2010, n. 11092)».

<sup>64</sup> *Retro*, § 4.

<sup>65</sup> F. SCHOCKWEILER, *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 27 (1992), 27 ss.; H. SOMSEN, *Francovich and its Application to EC Environmental Law*, in ID. (ed.), *Protecting the European Environment: Enforcing EC Environmental Law*, New York, 1996, 135 ss.; S. PRECHAL, L. HANCHER, *Individual Environmental Rights: Conceptual Pollution in EU Environmental Law*, in *Yearbook of European Environmental Law*, 2 (2002), 89 ss.; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, 284 ss.; P. WENNERÅS, *State Liability for Decisions of Courts of Last Instance in Environmental Cases*, in *Journal of Environmental Law*, 16 (2004) 3, 329 ss.

<sup>66</sup> P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., 41 ss.; ID., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, Napoli, 2008.

<sup>67</sup> P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 7 ss.

fondazione: l'insieme delle norme che in concreto siano pertinenti per risolvere una controversia.

Che la Corte di Giustizia asserisca che da una direttiva non discendano diritti individuali dei cittadini europei – in virtù del suo potere di interpretazione conforme<sup>68</sup> – implica per i giudici nazionali unicamente il divieto di asserire il contrario: ovvero che dalla specifica disciplina europea, isolatamente considerata, non sia ricavabile il suddetto diritto. Non implica invece affatto il divieto per il giudice nazionale di interpretare sistematicamente normativa europea e normativa nazionale per ricavarne, con effetto interno, un diritto individuale in tesi non previsto dalla disposizione normativa europea singolarmente intesa. Né potrebbe dirsi che ascrivere un diritto individuale là dove la norma europea avrebbe disposto unicamente un principio (o comunque non avrebbe previsto nel suo dettato letterale un diritto individuale) sia una violazione degli impegni internazionali dell'Italia verso l'Unione Europea: una maggiore effettività nazionale di una norma europea, con l'affidamento anche ai privati del potere di realizzare l'effettività del principio, non può costituire una violazione.

La posizione qui sostenuta impone il superamento della dottrina attuale sostenuta dalla Cassazione italiana, secondo la quale l'illecito statale avrebbe rilievo unicamente nel rapporto tra ordinamenti e non all'interno del solo diritto nazionale<sup>69</sup>. A sostegno della possibile rilevanza interna di situazioni soggettive eurounitarie può valere anche un'ulteriore distinzione: *asserire che da una disciplina europea non discendano diritti soggettivi individuali* – posizione comunque criticabile rispetto alle direttive in tema di salubrità dell'aria, dato il chiaro nesso con il diritto alla salute – *non significa che non esista un diritto individuale al risarcimento (diritti secondari) per la violazione di una normativa dalla quale pure si asserisca non derivino diritti individuali primari*. Per quanto possa apparire singolare, che si diano diritti individuali secondari in assenza di diritti primari (detto altrimenti: *rimedi individuali a tutela di situazioni collettive*) non è una contraddizione logica, ma esprime una scelta di riparto di competenze normative effettuata dal diritto eurounitario, poiché l'asserzione sulle norme è limitata al testo della direttiva europea e quella sui diritti al complesso della disciplina applicabile in concreto risultante dall'interpretazione sistematica.

<sup>68</sup> J. BENOÏT, *Conform Interpretation as a Method for Balancing Autonomy and Heteronomy: Introduction*, in *Oñati Socio-Legal Series*, 1 (2011) 9, 1 ss.; M. AMSTUTZ, *In-Between Worlds: Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning*, in *European Law Journal*, 11(2005) 6, 766 ss.; R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in AA. VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XXI Convegno annuale. Roma, 27-28 ottobre 2006*, Napoli, 2010, 202 ss.; A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del «sistema di sistemi» come problema*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, 153 ss.; A. CELOTTO, G. PISTORIO, *Interpretazioni comunitariamente e convenzionalmente conformi*, in *Giur. it.*, 2010, c. 1978 ss.

<sup>69</sup> Cass., 22 novembre 2016, n. 23730 in *Judicium.it*; cfr. F. SOLURI, *Qualche spunto di 'ragionevole' riflessione in tema di responsabilità del legislatore: The King can do no wrong?*, in *Federalismi.it*, 2021, 198 ss.

## 6. *Private enforcement*: efficacia normativa sulla condotta ed efficacia del rimedio.

Ulteriore elemento critico contro la esclusione di un diritto individuale alla qualità dell'aria risiede nel principio della opportunità del *private enforcement* del diritto europeo, esteso di là dai tradizionali obiettivi di tutela della concorrenza nel mercato comune<sup>70</sup>.

È noto che, in materia di diritto dei consumatori e della concorrenza si è configurata l'esigenza del c.d. *private enforcement*. L'azione dei privati – la loro lotta per i diritti soggettivi – è parte integrante del procedimento di 'effettualizzazione' normativa. Anche se non si volesse sostenere che l'effettività normativa implichi l'azionabilità di pretese soggettive, resta pur sempre che in tale movimento di pensiero l'Unione europea ha compiuto un passo decisivo nel momento nel quale ha creato la figura dell'illecito dello Stato come danno risarcibile, spezzando una serie di consolidazioni dogmatiche che fino a pochi anni prima a molti apparivano insuperabili. In tal senso l'illecito dello Stato per violazione del diritto eurounitario è considerata situazione di grave pregiudizio per l'effettività dell'intera cooperazione degli Stati membri nel suo complesso, sì da rendere rilevante direttamente in capo al privato la lesione che egli abbia subito in conseguenza di tale violazione. Poiché non può darsi danno risarcibile senza situazione giuridica tutelata, ne consegue che il diritto individuale del quale discorre la giurisprudenza europea quale primo elemento, affinché sia concesso il risarcimento non è il diritto primario (pretesa del privato contro lo Stato all'adempimento del dovere imposto dalla fonte europea), ma il diritto secondario (pretesa del privato al risarcimento del danno per violazione di norme europee). Seguendo questa posizione, il privato non avrebbe un diritto di credito verso lo Stato all'adempimento degli obblighi di fonte eurounitaria, altrimenti la responsabilità dovrebbe essere contrattuale *ex art. 1218* codice civile italiano; ma il privato ha – rispetto al dovere generico, incombente sullo Stato, di portare ad effetto il diritto europeo – una pretesa ai danni che egli possa subire nella sua sfera giuridica. Le situazioni soggettive delle quali è pertanto titolare rispetto al diritto nazionale sono tutelate da danni da negligenza normativa statale, rilevante *ex art. 2043* codice civile italiano.

È rispetto a tale parametro che dovrà essere valutata la sufficiente precisione della normativa europea; non basterà pertanto l'apodittica affermazione – come nella sentenza in esame – che la direttiva tuteli solo profili collettivi, poiché la tutela primaria collettiva non esclude la tutela secondaria individuale (*private enforcement*). Non a caso è stato acutamente rilevato da uno dei primi commentatori che, se un imprenditore avesse fatto valere il deterioramento della qualità dell'aria come atto di concorrenza sleale, la

<sup>70</sup> C. SCHEPISI, *Public e private enforcement nel settore antitrust e degli aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 2/2021 online; C. FRATEA, *Il Private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2015; M. FRIGGESSI DI RATTALMA, P. DE CESARI (a cura di), *Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di Stato*, Napoli, 2013.



Corte avrebbe concesso il risarcimento<sup>71</sup>; risarcimento invece negato per violazione del diritto alla salute (se concretamente provato).

### 7. Aria pulita: diritti soggettivi appropriativi e diritti trans-soggettivi non appropriativi nell'effettività del diritto europeo di tutela di beni collettivi.

La vicenda francese – svoltasi in sede di giustizia amministrativa – si è riproposta in Italia, sia pure in forme diverse. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con regolamento di giurisdizione hanno dovuto di recente dirimere un conflitto tra la giurisdizione civile e amministrativa. La questione riguarda una richiesta di risarcimento del danno derivante dalla lesione del diritto alla salute causato dall'inquinamento atmosferico: la Cassazione ha deciso che tali controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, poiché il diritto alla salute mantiene sempre la sua natura di diritto soggettivo, non degradabile a interesse legittimo<sup>72</sup>.

Il caso è sostanzialmente analogo a quello francese (deciso da un giudice amministrativo). Qui l'attore ha chiamato in giudizio il Comune di Milano e la Regione Lombardia, lamentando che il proprio danno alla salute sia derivato dal mancato rispetto del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 155 (attuativo della direttiva 2008/50 sulla qualità dell'aria). Poiché sia il giudice civile che quello amministrativo si erano dichiarati carenti di giurisdizione (l'uno reputando la situazione fosse interesse legittimo, l'altro diritto soggettivo), la Cassazione ha risolto il conflitto affermando recisamente la natura di diritto soggettivo della salute anche in tale fattispecie<sup>73</sup>.

Si potrà dire che tale decisione non scende nel merito – nel quale si potrà tornare ad evocare il caso *JP* c-61/21 della Corte Ue – ma la motivazione della sentenza sembra muovere in una direzione incompatibile, almeno sul piano della fondazione del diritto individuale (mentre nulla esclude che in concreto poi sia negata l'esistenza di un danno risarcibile, come nel caso francese).

<sup>71</sup> R. BIN, *L'“Europa dei diritti”: ma di quali diritti?*, in *laCostituzione.info*, 28 dicembre 2022: reperibile in <https://www.lacostituzione.info/index.php/2022/12/28/leuropa-dei-diritti-ma-di-quali-diritti/>.

<sup>72</sup> Cass., ord., n. 5668 del 23.02.2023: «Al fondamento della domanda, quindi, sta una pretesa che si basa sulla tutela di un diritto fondamentale - quello, appunto, alla salute - che, non tollerando compressioni neppure da parte dei pubblici poteri, mantiene sempre la sua natura di diritto soggettivo, non degradabile ad interesse legittimo, con conseguente devoluzione della causa alla giurisdizione del giudice ordinario. [...] Deve essere perciò dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario, con conseguente cassazione del provvedimento di declinatoria emesso dal Tribunale ordinario di Milano, davanti al quale le parti vanno rimesse per il prosieguo della causa». (Cfr. in <https://www.ordineavvocatinapoli.it/wp-content/uploads/2023/06/Cassazione-Civile-n.-5668-del-23.02.2023-Sez.-U-Obbligazioni-Fatti-illeciti-Tipicita-Evento-danno-ambientale.pdf>).

<sup>73</sup> C.M. LORENZIN, *Qualità dell'aria: al giudice nazionale l'ardua sentenza*, in *Rivista giuridica dell'ambiente online* (RGA), 2 aprile 2023, consultabile in <https://rgaonline.it/giurisprudenza/qualita-dellaria-al-giudice-nazionale-lardua-sentenza-ii-puntata/>.

Una delle maggiori preoccupazioni rispetto ad un danno che potenzialmente sia subito da tutti coloro che abitano un determinata area, della quale si afferma l'intollerabile inquinamento atmosferico (ambito locale di assai dubbia delimitazione, poiché l'aria non ha certo la nettezza dei confini territoriali) – difficoltà ben evidente nelle meditate pagine dell'Avvocato generale – è evitare che ciascun cittadino, appropriandosi di quanto il giudice gli conceda, in ipotesi, come risarcimento (probabilmente l'attore stesso si attende unicamente una frazione delle sue richieste esorbitanti, secondo i meccanismi tipici delle trattative caratterizzate da quelli che un economista chiamerebbe incentivi distorti), possa gravemente depauperare le finanze statali, con un risultato che il principio di proporzionalità non potrebbe certo legittimare<sup>74</sup>.

L'equivoco nel quale cadono simili richieste risarcitorie è l'indebita trasposizione della logica individuale del risarcimento del danno di un diritto appropriativo (tale è anche il danno delle tipiche *class actions* consumeristiche) con la logica collettiva (e meglio ancora: trans-soggettiva<sup>75</sup>) delle azioni collettive nelle quali sia in questione la tutela di un bene che trascende la dimensione individuale per assumere rilievo di bene comune<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> Si discorre, da parte di chi promuove l'azione legale per la qualità dell'aria, della possibilità (sia pure mitigata da un prudente *caveat*), di richieste risarcitorie di 36.000 euro per ciascun anno di permanenza sul territorio inquinato, cfr. in <https://www.lindipendente.online/2024/02/28/qualita-dellaria-300-mila-lombardi-sono-pronti-a-chiedere-un-risarcimento/> (20 maggio 2024).

<sup>75</sup> Tale teoria è da attribuirsi a P. FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia*, cit., 9, ove acutamente l'a. definisce la trans-soggettività quale «superamento della soggettività, quale categoria della binarizzazione [...]». La trans-soggettivazione dei diritti è agire in nome di tutti, ma senza che ci sia un confine tra dentro e fuori». In argomento, profili argomentativi di maggior rigore sono da rintracciarsi in ID., *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, Bologna, 2024, 11 ss., e in ID., *Sentimento e moltitudine. Rudolf von Jhering tra interessi ideali e beni comuni*, Bologna, 2024, 13 ss.

<sup>76</sup> Osserva P. FEMIA, *Responsabilità civile e Climate Change Litigation*, cit., § 7, nota 105: «Una questione della massima serietà e che richiede ricomposizioni di equilibri sociali degrada ad occasione per strappare qualche soldo: se avessero successo, i fortunati risarciti potranno spendere il loro mazzetto di soldi per comprarsi qualcosa, continuando a respirare la medesima aria inquinata, per di più in un contesto nel quale le risorse pubbliche, utilizzabili per migliorare l'ambiente di tutti, sarebbero sottratte alle finalità collettive e trasferite al consumo privato». In armonia di posizioni, sia consentito rinviare a V. CONTE, *Per una teoria civilistica del danno climatico*, cit., 669 ss., e EAD., *Servitù su res nullius, Fadda, Brugi e i diritti di collettività indeterminate*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 2022, 113 ss. Sul tema, adesso imprescindibile, P. FEMIA, *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, cit., 11 ss.; ID., *Sentimento e moltitudine. Rudolf von Jhering tra interessi ideali e beni comuni*, cit., 13 s., spec. 177 ss. Un'attenta riflessione sul valore della coesione sociale nel diritto privato già in ID., *Autonomia e auto-legislazione*, in S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 11 ss., ove è posto in luce che «la libertà è forma normativa dell'agire – l'autonomia la forma concettuale della libertà quando agisce per (ri)costruire lo spazio delle proprie relazioni». Nella prospettiva delineata dall'a., nel suo decentrarsi si configura il volto compiuto dell'autonomia, la cui funzione non può che scorgersi nella *coesione sociale*. Essa è il contrario della sovranità. Così: «[...] un autore, un centro autonomo di creazione di linguaggi normativi capaci di autotrascendenza, (colui che si levasse dicendo “solo io posso fare il diritto” sarebbe soltanto un nuovo aspirante tiranno). L'autonomia non può, per definizione, essere accentrata. È potere eminentemente diffuso. È pertanto il principio della coesione sociale». Cfr. ID., *Interessi e conflitti culturali*

Per quanto lodevoli siano gli sforzi di delimitare l'area del danno risarcibile, è evidente a tutti i commentatori che sia stato il timore di azioni multitudinarie a frenare la Corte di giustizia, costringendola ad adottare una sentenza sostanzialmente disarmonica con la propria precedente giurisprudenza e dalla motivazione talmente stringata da lasciare dubbi sulla sua stessa sussistenza.

Una soluzione – che appare coerente con la logica del *private enforcement* – è il ricorso alla categoria dei diritti trans-soggettivi<sup>77</sup>. L'attore che faccia valere in giudizio una situazione giuridica trans-soggettiva resterà vincolato alla eterodestinazione del risarcimento: qui, in una versione coerente del principio di effettività secondo il *private enforcement*, l'azione civile è volta alla effettualizzazione dei beni collettivi tutelati dalla norma violata e non all'arricchimento patrimoniale del danneggiato, quand'anche abbia subito un danno non patrimoniale. Ciò renderà di fatto impossibile l'esercizio di processi civili a raffica, poiché l'azione in giudizio – fondata su di una *causa petendi* trans-soggettiva e quindi con un *petitum* risarcitorio eterodestinato (o, meglio ancora, diretto ad una pretesa rimediabile in forma specifica ex art. 2058 c.c. – di uno renderà processualmente carenti di interesse ad agire tutte le altre. Resta naturalmente inteso che l'eventuale danno individuale alla salute, sussistendo la prova del nesso causale, essendo fondato su un diritto (soggettivo e appropriabile) del tutto diverso dal diritto alla qualità dell'aria (trans-soggettivo e inappropriabile) sarà sempre pienamente risarcibile, secondo l'integrazione delle normative nazionali ed europee.

In questo senso, quando l'attore faccia valere in giudizio un diritto trans-soggettivo fondata dall'integrazione sistematica delle normative nazionali ed europee, rileva l'interesse ordinamentale alla effettività della tutela del bene collettivo inappropriabile (qualità dell'aria), non quello individuale alla riparazione del danno individuale da lesione di un bene appropriabile (salute individuale). È un percorso contro il quale saranno sollevate resistenze, data l'organizzazione tutt'ora prevalentemente individualistica di molte categorie del diritto privato<sup>78</sup> e soprattutto processuale, ma sembra opportuno segnalarlo, in quanto assistito dalla preminente logica della legalità costituzionale.

La stessa Corte di giustizia nella controversia in oggetto non esclude che i diritti individuali possano essere tutelati secondo i diritti nazionali. Non sarebbe corretto asserire che esista una responsabilità civile di diritto europeo alternativa ad una nazionale. La salute come diritto fondamentale dell'individuo ha fonte costituzionale (oltre che europea e internazionale); del pari ha fondamento normativo il collegamento tra ambiente e salute. Asserire, pertanto, che l'inquinamento dell'aria – per di più in misura superiore al livello previsto normativamente come dannoso per la salute dalla diretti-

*nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 508 ss. In tema, lucidamente, G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, in *Pers. merc.*, 2012, 3 ss.

<sup>77</sup> P. FEMIA, *Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen*, in A. FISCHER-LESCANO, H. FRANZKI e J. HORST (a cura di), *Gegenrechte. Rechte jenseits des Subjekts*, Tübingen, 2018, 343 ss.

<sup>78</sup> M. HAUTEREAU-BOUTONNET e S. PORCHY-SIMON, *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé?*, Paris, 2019.

va, la violazione della quale sia accertata con sentenza di condanna per infrazione dello Stato membro da parte della Corte di giustizia<sup>79</sup> – non dia diritto al risarcimento del danno sarebbe un errore logico. La salute è diritto, l'inquinamento dell'aria è danno: accertato, in concreto, il nesso causale, il diritto al risarcimento consegue dall'integrazione delle normative europee e nazionali in un sistema ordinamentale unitario. La Corte di giustizia, più che negare il diritto individuale, ha in realtà ceduto la parola alle giurisdizioni nazionali: sarà compito della dottrina definire i limiti della meritevolezza di tutela e del nesso causale in una tipologia di danno, il diritto alla salute, ove la multifattorialità è un problema cruciale<sup>80</sup>.

Resta quindi ancora una volta confermata la validità del paradigma metodologico che richiede la costruzione di soluzioni giuridiche mediante integrazione delle normative, nazionali ed eurounitarie<sup>81</sup>. La mancata derivazione di situazioni soggettive individualmente rilevanti affermata dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, non impedisce di qualificare una situazione soggettiva meritevole di tutela nel complessivo ordinamento, come ermeneuticamente ricostruito secondo l'unitaria assiologia ordinamentale<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> L'Italia è stata condannata per l'inattuazione di tale direttiva con procedura di infrazione: Corte giust. Ue, Grande Sezione, 10 novembre 2020, c-644/18, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CA0644>.

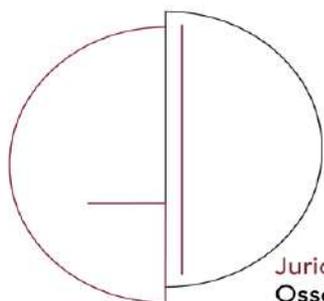
<sup>80</sup> G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1951, 436 ss.; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, *passim*; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.* Franzoni, I, 2ª ed., Milano, 2010, 67; ID., *Le causalità nella responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2022, p. 295 ss.; G.F. SIMONCINI, *Colpa oggettiva e causalità nell'art. 2055 c.c.*, in *Contr. impr.*, 2014, 442 ss.; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, 3ª ed., Padova, 2012, 205 ss.; il tema è particolarmente discusso rispetto al criterio dell'adeguatezza, sulla quale riflettono acutamente, sia pure con prospettive in parte diverse, M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, Trieste, 2020, 106 ss. e N. RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2022, 294 ss.; sul problema della causa ignota F. PIRAINO, *Il nesso causale nella responsabilità contrattuale*, in *Giur. it.*, 2019, 709 ss.; ID., *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 399 ss.

<sup>81</sup> P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., 117 ss.

<sup>82</sup> P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 159 ss.

# Osservatorio





Juridical Observatory on Digital Innovation  
Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale

## DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE\*

### Rubrica di aggiornamento dell'OGID.

*Questa rubrica di aggiornamento è curata dal Prof. Salvatore Orlando e dal Dott. Mario Mauro nell'ambito delle attività dell'OGID, Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale, costituito presso il Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università di Roma "La Sapienza" (<https://web.uniroma1.it/deap/ogid> - [jodi.deap@uniroma1.it](mailto:jodi.deap@uniroma1.it)).*

#### SOMMARIO

1. [2024/2\(1\)RR](#) Adottato dal Consiglio d'Europa il primo trattato internazionale legalmente vincolante sull'intelligenza artificiale: la Convenzione quadro sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto del 17.5.2024 – **Roberto Ruoppo**
2. [2024/2\(2\)SO](#) Approvato l'AI Act: regolamento (UE) 2024/1689 del 13.6.2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale – **Salvatore Orlando**
3. [2024/2\(3\)SO](#) Il Colorado AI Act del 17.5.2024 – **Salvatore Orlando**
4. [2024/2\(4\)LC](#) Il discorso di Papa Francesco alla sessione del G7 sull'intelligenza artificiale (13-15.6.2024) “*Uno strumento affascinante e tremendo*” – **Lucio Casalini**
5. [2024/2\(5\)TDMCDV](#) Approvata la nuova Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi (nuova “PLD”) – **Tommaso De Mari Casareto dal Verme**
6. [2024/2\(6\)EWDM](#) – Approvato l'eIDAS2: regolamento (UE) 2024/1183 che modifica il regolamento (UE) n. 910/2014 sul quadro europeo per l'identità digitale – **Ettore William Di Mauro**
7. [2024/2\(7\)BP](#) – Approvato il regolamento (UE) 2024/900 sulla trasparenza e il targeting della pubblicità politica – **Beniamino Parenzo**
8. [2024/2\(8\)RiM](#) Approvata la direttiva sui lavoratori delle piattaforme online – **Riccardo Maraga**

\* 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.



9. [2024/2\(9\)FBe](#) Approvata la direttiva (UE) 2024/1799 sul diritto alla riparazione “R2R” – **Francesca Bertelli**
10. [2024/2\(10\)ES](#) – Entrato in vigore il regolamento (UE, Euratom) 2023/2841 che stabilisce misure per un livello comune elevato di cibersecurity nelle istituzioni, negli organi e negli organismi dell’Unione – **Emanuele Stabile**
11. [2024/2\(11\)RA](#) Le ultime designazioni di VLOPs da parte della Commissione europea (per un totale di 24): Shein e Temu – **Riccardo Alfonsi**
12. [2024/2\(12\)RA](#) La risoluzione del Parlamento europeo del 12.12.2023 sulla progettazione dei servizi online che creano dipendenza e sulla tutela dei consumatori – **Riccardo Alfonsi**
13. [2024/2\(13\)AN](#) Il report della task force dell’EDPB su ChatGPT del 23.5.2024 – **Arianna Neri**
14. [2024/2\(14\)BG](#) I Primi Orientamenti dell’EDPS del 3.6.2024 su IA generativa e dati personali per le istituzioni, gli organi, gli uffici e le agenzie dell’Unione europea – **Beatrice Gallucci**
15. [2024/2\(15\)VR](#) Il parere dell’EDPB n. 11/2024 del 24.5.2024 sull’uso delle tecnologie di riconoscimento facciale da parte degli operatori aeroportuali e delle compagnie aeree per snellire il flusso dei passeggeri negli aeroporti – **Valentino Ravagnani**
16. [2024/2\(16\)FDA](#) La sentenza della CGUE del 14.3.2024 nella causa C-46/23 sul principio per cui le autorità di controllo degli Stati membri possono ordinare di cancellare anche d’ufficio i dati personali raccolti da qualunque amministrazione nazionale in violazione del GDPR – **Filippo D’Angelo**
17. [2024/2\(17\)GR](#) La sentenza della CGUE del 30.4.2024 nella causa C-470/21 su lotta alla contraffazione e tutela dei dati personali ai sensi della direttiva e-privacy – **Giorgio Remotti**
18. [2024/2\(18\)DPDM](#) La sanzione di oltre 1,8 miliardi di euro irrogata il 04.03.2024 dalla Commissione europea ad Apple per abuso di posizione dominante per le regole delle app di musica in *streaming* su App Store – **Domenico Piers De Martino**
19. [2024/2\(19\)EMI](#) La comunicazione della Commissione ad Apple del 24.6.2024 di conclusioni preliminari sulla violazione del DMA ad opera delle regole dell’Apple Store e l’apertura di una nuova indagine per violazione del DMA ad opera dei nuovi obblighi posti da Apple a carico di terzi sviluppatori di app e app stores tra cui la nuova “Core Technology Fee” – **Enzo Maria Incutti**
20. [2024/2\(20\)RA](#) La Commissione europea apre una indagine su Meta per la violazione delle norme del DSA in relazione a fenomeni di ‘dipendenza social’ dei minori sulle piattaforme Facebook e Instagram – **Riccardo Alfonsi**
21. [2024/2\(21\)RG](#) Entrata in vigore la legge sul c.d. oblio oncologico (legge 7 dicembre 2023, n. 193) – **Raffaella Grisafi**
22. [2024/2\(22\)CAT](#) La modifica dell’art. 110 Codice privacy sul trattamento dei dati relativi alla salute, a fini di ricerca scientifica in campo medico,



biomedico o epidemiologico (DL 19/2024) e il provvedimento n. 298 del 9 maggio 2024 del Garante privacy sulle regole deontologiche – **Carmin**  
**Andrea Trovato**

23. [2024/2\(23\)MS](#) Promulgata la legge 28 giugno 2024, n. 90 *Disposizioni in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici* – **Marco Scalfaferr**
24. [2024/2\(24\)MVT](#) La designazione di AGCOM quale Coordinatore dei servizi digitali ai sensi del DSA (DL 123/2023) – **Maria Vittoria Trinchera**
25. [2024/2\(25\)FB](#) La sentenza n. 69/2024 della Corte Costituzionale sulla illegittimità costituzionale per contrasto con le disposizioni sul riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni di una disposizione di una legge regionale in materia di sistemi di videosorveglianza in strutture di cura – **Filiberto Brozzetti**
26. [2024/2\(26\)ES](#) Approvato in via preliminare il decreto legislativo di adeguamento al MiCAR (regolamento (UE) 2023/1114 relativo ai mercati delle cripto-attività) – **Emanuele Stabile**
27. [2024/2\(27\)FG](#) Pubblicato il 15.5.2024 il regolamento AGCOM sull'equo compenso di autori, artisti, interpreti ed esecutori e sulla gestione dei diritti connessi da parte degli OGC e delle EGI– **Francesco Grossi**
28. [2024/2\(28\)EB](#) Il nuovo regolamento AGCOM del 5.12.2023 emanato in seguito all'adozione del Codice delle comunicazioni elettroniche, recante disposizioni a tutela degli utenti finali in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche – **Emanuela Burgio**
29. [2024/2\(29\)VP](#) Le Linee-guida dell'AGCOM del 10.1.2024 sul rispetto del TUSMA da parte degli influencer e l'istituzione di un apposito Tavolo tecnico – **Vincenzo Pittelli**
30. [2024/2\(30\)EG](#) Il nuovo documento di indirizzo del Garante privacy italiano del 6.6.2024 sulla gestione della posta elettronica dei lavoratori e sul trattamento dei metadati – **Elisa Grossi**
31. [2024/2\(31\)SB](#) La Nota informativa del Garante privacy italiano del 20.5.2024 sul web scraping – **Stefano Bartoli**
32. [2024/2\(32\)SB](#) Web scraping e analisi del rischio fiscale: il Parere del Garante privacy italiano dell'11.1.2024 sullo schema del decreto sul concordato fiscale – **Stefano Bartoli**
33. [2024/2\(33\)GD](#) Il provvedimento AGCM contro Meta del 21.5.2024 per pratiche commerciali ingannevoli relative ad informazioni fornite ed omesse agli utenti dei servizi Instagram e Facebook (PS12566) – **Giorgia Diotallevi**
34. [2024/2\(34\)VR](#) L'ordinanza della Cassazione 12967 del 13.5.2024 sul caso del sistema software di supervisione degli studenti 'Respondus' impiegato dall'Università Bocconi di Milano per le prove scritte di esame – **Valentino Ravagnani**
35. [2024/2\(35\)EG](#) Il provvedimento del Garante privacy italiano del 9.5.2024 nei confronti di Wikipedia a proposito del diritto all'oblio – **Elisa Grossi**

36. [2024/2\(36\)VR](#) Il Garante privacy italiano apre un'istruttoria per il progetto di videosorveglianza con riconoscimento facciale nelle stazioni metro di Roma – **Valentino Ravagnani**
37. [2024/2\(37\)DI](#) Il rapporto dell'aprile 2024 del Comitato di esperti nominato dal Presidente della Repubblica francese per studiare gli effetti dell'esposizione dei minori agli schermi: «*A la recherche du temps perdu*» – **Daniele Imbruglia**
38. [2024/2\(38\)AAM](#) La legge del 17.4.2024 dello Stato del Colorado sul trattamento dei dati neurali nel contesto dei dispositivi neurotecnologici destinati al mercato dei prodotti di consumo (*Colorado House Bill 24-1058*) e la conseguente modifica del Colorado Privacy Act – **Anna Anita Mollo**
39. [2024/2\(39\)SM](#) Il divieto di vendita di prodotti software Kaspersky da parte del Dipartimento del Commercio degli USA – **Serena Mirabello**
40. [2024/2\(40\)ST](#) L'India e le *Linee guida per la prevenzione e la regolamentazione dei dark patterns* in vigore dal dicembre 2023 – **Sara Tommasi**

Una raccolta indicizzata dei numeri della rubrica degli anni 2020-2022 è disponibile su: <http://www.personaemercato.it/atlante-storico-del-diritto-dei-dati-anni-2020-2022/>

2024/2(1)RR

**1. Adottato dal Consiglio d'Europa il primo trattato internazionale legalmente vincolante sull'intelligenza artificiale: la Convenzione quadro sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto del 17.5.2024**

Il 17 maggio 2024 il Consiglio d'Europa ha adottato la Convenzione quadro sull'intelligenza artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto, il primo trattato internazionale giuridicamente vincolante volto a garantire il rispetto dei diritti umani e dei principi dello Stato di diritto nell'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale. Il trattato sarà aperto alla firma il 5 settembre del 2024 a Vilnius, in Lituania, ed entrerà in vigore, ai sensi dell'art. 30, il primo giorno del mese successivo al decorso di un periodo di tre mesi dopo che cinque Stati firmatari, di cui almeno 3 Stati membri del Consiglio d'Europa, avranno espresso il loro consenso ad essere vincolati dalla Convenzione. Il testo definitivo della Convenzione costituisce l'esito del lavoro durato più di due anni svolto da un apposito organismo intergovernativo, il Comitato sull'intelligenza artificiale (CAI, *Committee on Artificial Intelligence*), il quale ha riunito i 46 Stati membri del Consiglio d'Europa, l'Unione europea e 11 Stati non membri (Argentina, Australia, Canada, Costa Rica, Giappone, Israele, Messico, Perù, Santa Sede, Stati Uniti d'America, e Uruguay), coinvolgendo inoltre rappresentanti della società civile e del mondo accademico, i quali hanno partecipato in qualità di osservatori. La partecipazione di Stati non membri del Consiglio d'Europa alla Convenzione quadro, e la connessa possibilità che in futuro divengano parti della medesima anche altri Stati non membri che non hanno partecipato ai lavori preparatori (v. art. 31), rende il trattato particolarmente rilevante nella prospettiva di fungere da paradigma normativo globale per la protezione dei diritti umani nell'ambito delle attività che interessano l'intero ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale.

Infatti, a differenza dell'altro unico strumento normativo sovranazionale a carattere vincolante (il regolamento dell'Unione europea, c.d. AI Act, o "AIA", ossia il Regolamento (UE) 2024/1689 il cui testo definitivo è stato adottato in data 13 giugno 2024, su cui v. notizia successiva in questo numero di questa Rubrica), la Convenzione quadro si concentra esclusivamente sugli aspetti di tutela dei diritti umani coinvolti dall'utilizzo dei sistemi di IA, e non anche su quelli economici e commerciali. Lo scopo avuto di mira dai redattori del testo è stato quello di creare un quadro normativo utile ad estendere a tutte le fasi del ciclo di vita dei sistemi di IA

– quali la progettazione, lo sviluppo, la convalida, l'implementazione, il monitoraggio – gli standard e le obbligazioni già vigenti in materia di diritti umani, sia quando i sistemi siano adottati da soggetti ed enti pubblici sia quando i medesimi siano sfruttati da operatori privati. Tale ambito applicativo disvela la vocazione generale della Convenzione, di qui il nome «Convenzione quadro», destinata a trovare applicazione con riguardo a tutte le fasi del ciclo di vita che può interessare un sistema di IA; non è preclusa pertanto, come chiarito nel preambolo, l'adozione di ulteriori strumenti normativi funzionali a regolare specifici aspetti delle attività dei sistemi di intelligenza artificiale.

La Convenzione è composta da 36 articoli, divisi in 8 capitoli. Il capitolo 1, rubricato «Disposizioni generali», si occupa di definire l'ambito applicativo della Convenzione e di individuare la nozione dei sistemi di intelligenza artificiale. Sotto il primo profilo viene chiarito come non siano create nuove obbligazioni per gli Stati parti rispetto a quelle derivanti da trattati già in vigore, piuttosto i paesi firmatari sono tenuti ad estendere gli obblighi preesistenti in tema di protezione dei diritti umani a tutte le fasi in cui si articola il ciclo di vita di un sistema di IA, attraverso un approccio differenziato basato sul tipo di rischio e sulla più o meno elevata probabilità del verificarsi di un determinato pregiudizio per i principi dello Stato di diritto. In relazione alla definizione dei sistemi di IA, i redattori della Convenzione hanno aderito alla medesima nozione fornita dalle raccomandazioni OCSE – nella versione aggiornata del novembre 2023 – e dall'art. 3 AIA, disponendo all'art. 2 che i medesimi vanno intesi come «sistemi automatizzati che per obiettivi espliciti o impliciti, deducono dall'input che ricevono come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali. I sistemi di IA variano in base al livello di autonomia o adattabilità dopo la propria diffusione». In tal modo è stata incoraggiata un'impostazione coerente con gli altri strumenti normativi internazionali al fine di creare una condivisione utile alla creazione di un quadro normativo uniforme, obiettivo centrale nella regolazione dei rapporti digitali e dell'intelligenza artificiale in particolare, i quali si presentano fisiologicamente privi di frontiere nazionali.

Il capitolo 2 si preoccupa di definire le obbligazioni principali gravanti sugli Stati parti, rappresentate dalla tutela dei diritti umani e dal rispetto dell'integrità dei processi democratici e dei principi dello Stato di diritto. Invero sono diverse le posizioni giuridiche fondamentali che sono considerate suscettibili di essere pregiudicate in ragione dell'utilizzo incontrollato della tecnologia in esame: l'intelligenza artificiale può, ad esempio, contribuire alla diffusione di informazioni false che possono manipolare l'opinione pubblica e minare la fiducia della collettività nella correttezza dei processi democratici; lo sfruttamento di algoritmi opachi e inficiati da *input* discriminatori può condizionare il funzionamento del sistema giudiziario e compromettere il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva; la sorveglianza di massa resa possibile dall'utilizzo di strumenti di riconoscimento che si basano sulla raccolta dei dati biometrici reca il rischio di pregiudicare il godimento di alcune libertà fondamentali, tra cui la libertà

di assemblea o di espressione. Al fine di arginare i rischi menzionati, l'art. 5 impone il rispetto delle misure necessarie per garantire l'integrità delle istituzioni democratiche, salvaguardando, ad esempio, il principio della separazione dei poteri, dell'indipendenza del potere giudiziario e il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale.

Il capitolo 3 è dedicato ai principi che devono informare lo svolgimento delle attività nell'ambito del ciclo di vita dei sistemi di IA, formulati in modo sufficientemente elastico da poter essere applicati in modo flessibile in diversi contesti e circostanze ed adattarsi agli sviluppi futuri della tecnologia. Tali principi sono identificati nella tutela della dignità umana e dell'autonomia individuale (art. 7); nell'obbligo di trasparenza e controllo (art. 8) – particolarmente rilevanti al fine di fronteggiare la fisiologica «opacità» ed autonomia degli strumenti algoritmici; nel principio di responsabilità dei soggetti che detengono il controllo delle varie fasi del ciclo di vita dei sistemi di IA (art. 9); nei principi di eguaglianza e non discriminazione utili a scongiurare probabili distorsioni riconducibili ai c.dd. «*bias cognitivi*» (art. 10); nella protezione dei dati personali (art. 11); nell'affidabilità dei sistemi (art. 12) e nell'innovazione sicura (art. 13).

In forza degli obblighi scolpiti nel capitolo 4, gli Stati firmatari sono tenuti ad adottare misure volte a garantire la disponibilità di rimedi effettivi e accessibili a fronte della violazione dei diritti umani, attraverso strumenti che siano in grado di superare le difficoltà connesse all'asimmetria informativa sussistente tra i soggetti lesi e coloro che sviluppano o utilizzano sistemi di IA. Viene così dedicato un rilievo centrale anche alla fase patologica susseguente alla compromissione dei diritti delle persone, nella prospettiva di assicurare l'azionabilità di rimedi efficaci. A tal riguardo, la Convenzione subordina tale obbligo, e la connessa possibilità per le persone danneggiate di agire in giudizio, alla circostanza che vi sia stata o vi sia il rischio di una violazione significativa dei diritti dei soggetti coinvolti, introducendo un limite all'azionabilità dei rimedi la cui precisa definizione viene attribuita alla discrezionalità degli Stati firmatari.

Tra le disposizioni più rilevanti, nell'ottica della prevenzione dei rischi che possono scaturire dall'impiego dei sistemi di IA, figurano quelle contenute nel capitolo 5, le quali impongono di adottare misure volte all'identificazione, alla valutazione e alla mitigazione dei rischi. Il monitoraggio degli effetti avversi nei confronti dei diritti umani va compiuto attraverso un'attività di documentazione che ne garantisca la comprensione e la verifica da parte di soggetti indipendenti deputati al controllo dell'osservanza delle obbligazioni sancite dalla Convenzione. Là dove le interferenze risultino inaccettabili e tali da non tollerare alcuna deroga, gli Stati parti hanno la possibilità di valutare l'introduzione di appositi divieti.

Ai fini di un'applicazione efficace della Convenzione, il capitolo 6 si preoccupa di introdurre obblighi di alfabetizzazione digitale, prevedendo che gli Stati firmatari sono tenuti a promuovere le conoscenze e le competenze necessarie al fine di consentire l'utilizzo e lo sfruttamento consapevole degli strumenti digitali e dei sistemi di IA in particolare. Tali competenze risultano strumentali a creare una consapevolezza diffusa nella

collettività da un lato e a contribuire ad un più efficace svolgimento delle attività funzionali alla prevenzione e mitigazione dei rischi dall'altro. Sono inoltre chiariti i rapporti con le altre convenzioni internazionali concernenti la tutela dei diritti umani, tra cui in primo luogo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, disponendo come il nuovo strumento normativo non introduca nuovi obblighi e non deroghi a quelli già ricavabili dai trattati precedenti: la Convenzione quadro risulta funzionale ad estendere le obbligazioni preesistenti al settore del ciclo di vita dei sistemi di intelligenza artificiale.

Gli strumenti di controllo risultano disciplinati nel capitolo 7, ai sensi del quale è istituita la Conferenza delle parti, i cui compiti principali consistono nel monitorare il rispetto degli obblighi scolpiti dalla Convenzione, nel proporre eventuali modifiche necessarie per fronteggiare lo sviluppo tecnologico, nell'esprimere pareri in merito alla corretta interpretazione delle disposizioni della Convenzione e nel favorire la soluzione delle controversie in maniera amichevole. Per consentire alla Conferenza di svolgere le proprie attribuzioni, gli Stati parti sono tenuti a presentare a tale organo una relazione in merito alle iniziative adottate per eseguire gli obblighi della Convenzione, entro il termine di due anni dalla propria adesione.

Le disposizioni finali sono contenute nel capitolo 8, dedicato alla soluzione delle controversie, all'entrata in vigore della Convenzione, all'accesso di nuovi Stati – diversi da quelli membri del Consiglio d'Europa e da quelli che hanno partecipato ai lavori preparatori in seno al CAI – e all'applicazione territoriale.

Entro la fine del 2024, entrerà così in vigore il primo trattato internazionale a vocazione globale volto a sancire il rilievo primario della tutela dei diritti umani nel contesto dell'utilizzo dei sistemi di IA, contribuendo a creare una cultura diffusa a livello internazionale in merito alla gerarchia dei valori che devono presidiare lo sfruttamento di tale tecnologia.

ROBERTO RUOPPO

<https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-adopts-first-international-treaty-on-artificial-intelligence>

2024/2(2)SO

## **2. Approvato l'AI Act: regolamento (UE) 2024/1689 del 13.6.2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale**

Il 12.7.2024 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive

2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale) (di seguito **AI Act** o **AIA** o il **Regolamento**).

L'iter che ha portato all'approvazione dell'AI Act è durato poco più di tre anni. Dopo la pubblicazione della proposta della Commissione europea del 21.4.2021 (rispettivamente la **Proposta** e la **Commissione**) (su cui v. in questa Rubrica notizia n. 1 nel numero 2/2021: [2021/2\(1\)SO](#)), il Consiglio dell'Unione europea (il **Consiglio**) ha approvato in data 21.5.2024 il testo della Posizione del Parlamento europeo (il **Parlamento** o il **PE**), votato dal PE il 13.3.2024 ed in seguito sottoposto ad una procedura prevista per le rettifiche dall'art. 241 del Regolamento del Parlamento europeo (con la pubblicazione del testo emendato datato 19.4.2024).

Prima di allora:

- nel 2021, la Proposta aveva formato oggetto di un parere congiunto di EDPB e EDPS datato 21.6.2021 (su cui v. in questa Rubrica v. la notizia n. 3 sul numero 3/2021: [2021/3\(3\)CR](#)) e di un parere della BCE datato 29.12.2021 (su cui v. in questa Rubrica la notizia n. 8 sul numero 2/2022: [2022/2\(8\)ES](#));

- nel 2022, il Consiglio aveva approvato in data 6.12.2022 un testo di orientamento generale datato 25.11.2022 ([Council General Approach December 22](#));

- nel 2023, il Parlamento, in sede di prima lettura nella procedura legislativa ordinaria, il 14.6.2023 aveva approvato 771 emendamenti alla Proposta (gli **Emendamenti del PE**) (su cui v. in questa Rubrica, la notizia n. 4 nel numero 2/2023: [2023/2\(4\)SO](#));

- sempre nel 2023, si erano dunque svolti i triloghi, con dichiarazione di avvenuto raggiungimento di un accordo tra i negoziatori nella notte tra l'8 e il 9 dicembre 2023 (su cui v. in questa Rubrica, la notizia n. 2 nel numero 4/2023: [2023/4\(2\)SO](#)).

L'AI Act contiene un quadro di divieti, di obblighi e di requisiti relativi ai sistemi di IA, come ivi definiti, comprensivo di un apparato sanzionatorio e istituzionale. La sua base giuridica è individuata negli articoli 16 e 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ("TFUE").

Il testo dell'AI Act presenta notevoli differenze non solo rispetto a quello della Proposta ma anche rispetto a quello degli Emendamenti del PE.

Nel **primo Considerando** dell'AIA, si afferma che lo scopo del Regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno istituendo un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (**IA**) nell'Unione, in conformità dei valori dell'Unione. Si aggiunge che è scopo dell'AIA "promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale [...] antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...], compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, proteggere contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, nonché promuovere l'innovazione".

Il primo Considerando dell'AIA, si chiude con un divieto agli Stati membri, in particolare dove si legge che il Regolamento "garantisce la

libera circolazione transfrontaliera di beni e servizi basati sull'IA, impedendo così agli Stati membri di imporre restrizioni allo sviluppo, alla commercializzazione e all'uso di sistemi di IA, salvo espressa autorizzazione del [medesimo] regolamento”.

L'AIA contiene tredici Capi. Rispetto al testo della Proposta, un nuovo Capo è dedicato ai “modelli di IA per finalità generali” (Capo V).

Il **Capo I (artt. 1-4 AIA)** è intitolato **Disposizioni generali**. In esso sono contenute anche le definizioni.

La definizione di “**sistemi di IA**” (di seguito anche solo “**sistemi**”) riprende quella accolta in ambito OCSE: «un sistema automatizzato [*a machine-based system*] progettato per operare con livelli di autonomia variabili, che può mostrare adattabilità dopo la diffusione [*after deployment*] e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali».

Rispetto ai termini e alle definizioni delle versioni precedenti, si segnala che nella versione inglese del testo finale del Regolamento la parola “*user*” è stata sostituita con “*deployer*”, e che nella versione italiana tale parola non è stata tradotta in lingua italiana. La sua definizione è la seguente: «“**deployer**”: una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la propria autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale».

Il “**fornitore**” è definito come «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali o che fa sviluppare un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali e immette tale sistema o modello sul mercato o mette in servizio il sistema di IA con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito».

Il “**modello di IA per finalità generali**” è definito come «un modello di IA, anche laddove tale modello di IA sia addestrato con grandi quantità di dati utilizzando l'autosupervisione su larga scala, che sia caratterizzato [da] una generalità significativa e sia in grado di svolgere con competenza un'ampia gamma di compiti distinti, indipendentemente dalle modalità con cui il modello è immesso sul mercato, e che può essere integrato in una varietà di sistemi o applicazioni a valle, ad eccezione dei modelli di IA utilizzati per attività di ricerca, sviluppo o prototipazione prima di essere immessi sul mercato».

L'art. 2 AIA stabilisce che il Regolamento si applica:

- ai fornitori che immettono sul mercato o mettono in servizio sistemi di IA o immettono sul mercato modelli di IA per finalità generali nell'Unione, indipendentemente dal fatto che siano stabiliti o ubicati nell'Unione o in un paese terzo;
- ai deployer dei sistemi di IA che hanno il loro luogo di stabilimento o sono situati all'interno dell'Unione;
- ai fornitori e ai deployer di sistemi di IA che hanno il loro luogo di stabilimento o sono situati in un paese terzo,

laddove l'output prodotto dal sistema di IA sia utilizzato nell'Unione;

- agli importatori e ai distributori di sistemi di IA;
- ai fabbricanti di prodotti che immettono sul mercato o mettono in servizio un sistema di IA insieme al loro prodotto e con il loro nome o marchio;
- ai rappresentanti autorizzati di fornitori, non stabiliti nell'Unione;
- alle persone interessate che si trovano nell'Unione.

Sempre l'art. 2 AIA specifica che il Regolamento non pregiudica le competenze degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale, e che esso non si applica ai sistemi di IA sono immessi sul mercato, messi in servizio o utilizzati con o senza modifiche esclusivamente per scopi militari, di difesa o di sicurezza nazionale. Inoltre, è disposto che il Regolamento non si applica ai sistemi di IA che non sono immessi sul mercato o messi in servizio nell'Unione, qualora l'output sia utilizzato nell'Unione esclusivamente per scopi militari, di difesa o di sicurezza nazionale.

Sempre nell'art. 2 AIA, è disposto che il Regolamento non si applica alle autorità pubbliche di un paese terzo né alle organizzazioni internazionali che rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento a norma del paragrafo 1, laddove tali autorità o organizzazioni utilizzino i sistemi di IA nel quadro della cooperazione o di accordi internazionali per la cooperazione delle autorità di contrasto e giudiziarie con l'Unione o con uno o più Stati membri, a condizione che tale paese terzo o organizzazione internazionale fornisca garanzie adeguate per quanto riguarda la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone.

Il **Capo II (art. 5 AIA)** intitolato *Pratiche di intelligenza artificiale vietate*, contiene un solo articolo che elenca una serie di sistemi di IA, individuati anche con riferimento a casi d'uso, sottoposti ai divieti di immissione sul mercato, messa in servizio e/o uso.

La **“immissione sul mercato”** è definita come: «la prima messa a disposizione di un sistema di IA o di un modello di IA per finalità generali sul mercato dell'Unione».

La **“messa in servizio”** è definita come: «la fornitura di un sistema di IA direttamente al deployer per il primo uso o per uso proprio nell'Unione per la finalità prevista».

L'”uso” invece non è definito.

Nel testo finale del Regolamento, sono state soppresse le modifiche introdotte dagli Emendamenti del PE ai Considerando e all'art. 2 della Proposta, volte a vietare l'esportazione fuori dall'Unione europea di sistemi di IA la cui immissione sul mercato, la messa in servizio e/o l'uso sono vietati nella UE ai sensi del Regolamento.

Si tratta, in particolare dei:

- sistemi di IA che utilizzano «tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la loro capacità di

prendere una decisione informata, inducendole pertanto a prendere una decisione che non avrebbero altrimenti preso, in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo» (art 5(1)(a) AIA);

- sistemi di IA «che sfrutta[no] le vulnerabilità di una persona fisica o di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età, alla disabilità o a una specifica situazione sociale o economica, con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di tale persona o di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa ragionevolmente provocare a tale persona o a un'altra persona un danno significativo» (art 5(1)(b) AIA);
- «sistemi di IA per la valutazione o la classificazione delle persone fisiche o di gruppi di persone per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note, inferite o previste, in cui il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi gli scenari seguenti:
  - i) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti;
  - ii) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di gruppi di persone che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità» (art 5(1)(c) AIA);
- sistemi di IA «per effettuare valutazioni del rischio relative a persone fisiche al fine di valutare o prevedere il rischio che una persona fisica commetta un reato, unicamente sulla base della profilazione di una persona fisica o della valutazione dei tratti e delle caratteristiche della personalità; tale divieto non si applica ai sistemi di IA utilizzati a sostegno della valutazione umana del coinvolgimento di una persona in un'attività criminosa, che si basa già su fatti oggettivi e verificabili direttamente connessi a un'attività criminosa»(art 5(1)(d) AIA);
- «sistemi di IA che creano o ampliano le banche dati di riconoscimento facciale mediante scraping non mirato di immagini facciali da internet o da filmati di telecamere a circuito chiuso»(art 5(1)(e) AIA);
- «sistemi di IA per inferire le emozioni di una persona fisica nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione, tranne laddove l'uso del sistema di IA sia destinato a essere messo in funzione o immesso sul mercato per motivi medici o di sicurezza»(art 5(1)(f) AIA);
- «sistemi di categorizzazione biometrica che classificano individualmente le persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici per trarre deduzioni o inferenze in merito a razza, opinioni politiche, appartenenza sindacale, convinzioni religiose o filosofiche, vita sessuale o orientamento sessuale; tale divieto non riguarda l'etichettatura o il filtraggio di set di dati biometrici acquisiti



legalmente, come le immagini, sulla base di dati biometrici o della categorizzazione di dati biometrici nel settore delle attività di contrasto»(art 5(1)(g) AIA);

- «sistemi di identificazione biometrica remota “in tempo reale” in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto a meno che, e nella misura in cui, tale uso sia strettamente necessario per uno degli obiettivi seguenti:

i) la ricerca mirata di specifiche vittime di sottrazione, tratta di esseri umani o sfruttamento sessuale di esseri umani, nonché la ricerca di persone scomparse;

ii) la prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di una minaccia reale e attuale o reale e prevedibile di un attacco terroristico;

iii) la localizzazione o l'identificazione di una persona sospettata di aver commesso un reato, ai fini dello svolgimento di un'indagine penale, o dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una sanzione penale per i reati di cui all'**allegato II**, punibile nello Stato membro interessato con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima di almeno quattro anni» (art 5(1)(h) AIA).

Per quest'ultima categoria di sistemi è vietato soltanto l'uso, mentre per tutti le altre categorie di sistemi è vietata sia l'immissione sul mercato che la messa in servizio che l'uso.

Il **Capo III (artt. 6-49 AIA)** è intitolato **Sistemi di IA ad alto rischio**. Le norme della Sezione 1 (artt. 6-7) definiscono le condizioni alle quali i sistemi di IA debbano qualificarsi ai sensi e per gli effetti dell'AIA come ad alto rischio. Alcune di queste norme sono state modificate più volte durante il processo legislativo.

L'art. 6(1) AIA prevede che siano sistemi ad alto rischio i sistemi di IA destinati ad essere utilizzati come componenti di sicurezza di prodotti, o che sono essi stessi prodotti, soggetti a valutazione di conformità *ex ante* da parte di terzi, ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione di cui all'**allegato I**.

L'allegato I contiene un elenco di 20 fonti di normativa di armonizzazione dell'Unione, divise in due sezioni, la “A” contenente fonti del c.d. “nuovo quadro legislativo”, e la “B” contenenti altre normative di armonizzazione dell'Unione.

L'art. 6(2) AIA prevede che in aggiunta ai sistemi di cui all'art. 6(1) AIA, sono considerati ad alto rischio anche quelli elencati all'**allegato III**.

L'allegato III contiene un elenco di sistemi e casi d'uso divisi in 8 settori: 1) Biometria. Questo settore comprende i sistemi di riconoscimento delle emozioni; 2) Infrastrutture critiche; 3) Istruzione e formazione professionale; 4) Occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo; 5) Accesso a servizi privati essenziali e a prestazioni e servizi pubblici essenziali e fruizione degli stessi; 6) Attività di contrasto; 7) Migrazione, asilo e gestione del controllo delle frontiere; 8) Amministrazione della giustizia e processi democratici. Quest'ultimo settore comprende i sistemi di IA di marketing politico.

Per i settori sub 1), 6) e 7) l'AIA specifica che i sistemi di IA ad alto rischio ivi descritti devono ritenersi inclusi nell'elenco “nella misura in cui il pertinente diritto dell'Unione o nazionale ne permette l'uso”. In virtù del disposto dell'art. 2(11) AIA, la stessa riserva deve ritenersi disposta dall'AIA anche con riguardo ai sistemi di IA ad alto rischio elencati nel settore 4) (Occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo).

L'art. 6(3) AIA contiene le più importanti tra le nuove disposizioni. Il primo comma di questo paragrafo prevede che un sistema di IA di cui all'allegato III non può essere considerato ad alto rischio se non è capace di “*influenzare materialmente il risultato del processo decisionale*” o se non presenta altrimenti un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche. Il secondo comma di questo paragrafo detta un elenco di condizioni al verificarsi anche solo di una delle quali deve ritenersi che il sistema di IA non sia capace di influenzare materialmente il risultato del processo decisionale. Il terzo comma di questo paragrafo prevede infine che, nonostante quanto previsto dal primo comma, un sistema di IA di cui all'allegato III è sempre considerato ad alto rischio qualora esso effettui **profilazione** di persone fisiche.

L'art. 6(4) AIA prevede che, fermo restando l'obbligo di registrazione di cui all'art. 49(2) AIA, un fornitore che ritenga che un sistema di IA di cui all'allegato III non sia ad alto rischio ne documenta la valutazione prima che il sistema sia immesso sul mercato oppure messo in servizio. Vengono infine dati poteri alla Commissione per compiere anche attraverso atti delegati modifiche al paragrafo 3 dell'art. 6 o modifiche ai casi d'uso previsti nell'allegato III e per fornire orientamenti ed esempi pratici al fine di distinguere tra sistemi ad alto rischio e non ad alto rischio.

La Sezione 2 del Capo III (artt. 7-15) è dedicata ai “requisiti” per i sistemi di IA ad alto rischio. Vi sono contenute le importanti disposizioni sul “sistema di gestione dei rischi” (art. 9), sulla governance dei dati (art. 10), sulla documentazione tecnica (art. 11), sulla registrazione dei dati (art. 12), sulla trasparenza (art. 13), sulla sorveglianza umana (art. 14), nonché sui requisiti di accuratezza, robustezza e cibersicurezza (art. 15).

È importante segnalare che le norme di questa Sezione sono quelle interessate dalla modifica delle prime 8 delle 9 normative che si leggono nell'intestazione dell'AI Act, laddove è previsto che il Regolamento modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008 [in materia di aviazione civile], (UE) n. 167/2013 [in materia di veicoli agricoli e forestali], (UE) n. 168/2013 [in materia di veicoli a motore a due o tre ruote e quadricicli], (UE) 2018/858 [in materia di veicoli a motore], (UE) 2018/1139 [in materia di aviazione civile] e (UE) 2019/2144 [in materia di veicoli a motore] e le direttive 2014/90/UE [in materia di equipaggiamento marittimo], (UE) 2016/797 [in materia di interoperabilità del sistema ferroviario] e (UE) 2020/1828 [in materia di azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori]. Si tratta delle stesse 8 normative elencate nella Sezione “B” dell'allegato I del Regolamento (c.d. *Old Approach Legislation*), e richiamate dagli articoli da 102 a 109 AIA. Come si ricava

dall'art. 2(2) AIA, ai sistemi di IA classificati ad alto rischio ai sensi dell'art. 6(1) AIA relativamente a prodotti disciplinati da queste 8 normative, l'AI Act non si applica direttamente, e, tuttavia, gli essenziali requisiti *ex-ante* per i sistemi di IA di alto rischio previsti esattamente nella Sezione 2 del Capo III AIA dovranno essere presi in considerazione quando si adotteranno normative attuative o delegate della medesima legislazione (artt. 102-109 AIA).

La Sezione 3 del Capo III (artt. 16-27), sempre con riferimento ai sistemi ad alto rischio, è dedicata non soltanto agli obblighi dei fornitori (art. 16) e dei deployers (art. 26), ma anche agli obblighi dei rappresentanti autorizzati dei fornitori (art. 22), degli importatori (art. 23) e dei distributori (art. 24) - in ciascun caso come definiti nell'art. 3 AIA - nonché al “sistema di gestione della qualità” (art. 17), alla conservazione dei documenti (art. 18), ai log generati automaticamente (art. 19), alle misure correttive e al dovere di informazione (art. 20) e alla cooperazione con le autorità (art. 21). Particolarmente importanti sono le norme dell'art. 25 sulla responsabilità “lungo la catena del valore dell'IA” e quelle dell'art. 27 sulla “valutazione d'impatto sui diritti fondamentali”.

La Sezione 4 del Capo III (artt. 28-39) è dedicata, sempre relativamente ai sistemi ad alto rischio, alle “autorità di notifica” (che ciascun Stato membro deve designare o istituire ai sensi dell'AIA, responsabili delle procedure necessarie per la valutazione, la designazione e la notifica degli organismi di valutazione della conformità e il relativo monitoraggio, salva la possibilità per gli Stati membri di decidere che la valutazione e il monitoraggio siano eseguiti da un organismo nazionale di accreditamento ex reg. (CE) n. 765/2008) e agli organismi notificati.

La Sezione 5 del Capo III (art. 40-49) è dedicata alla conformità alle norme (ossia agli *standards*) di cui al regolamento (UE) n. 1025/2012 sulla normazione europea (artt. 40-41), alla presunzione e alla valutazione della conformità (artt. 41-42), ai certificati, agli organismi notificati e alla marcatura CE (artt. 44-48) e alla registrazione (art. 49 e allegato VIII).

Il **Capo IV (art. 50 AIA)**, intitolato *Obblighi di trasparenza per i fornitori e i deployer di determinati sistemi di IA*, riguarda i sistemi destinati ad interagire direttamente con le persone fisiche, i sistemi di IA per finalità generali che generano contenuti audio, immagine, video o testuali sintetici, i sistemi di riconoscimento delle emozioni e quelli di categorizzazione biometrica, come definiti all'art. 3 AIA, e i sistemi che generano o manipolano immagini o contenuti audio o video che costituiscono un “deep fake”. Per tali sistemi sono previsti obblighi finalizzati a rendere le persone consapevoli della natura di output di sistemi di intelligenza artificiale relativamente a quelli cui le persone sono effettivamente esposte.

Il **Capo V (artt. 51-56 AIA)** è intitolato *Modelli di IA per finalità generali*. La disciplina, che riguarda i modelli di cui alla definizione dell'art. 3 sopra richiamata, è ripartita in quattro Sezioni, la prima delle quali (artt. 51-52) contiene regole che fissano le condizioni per qualificare i modelli di IA per finalità che comportano un “rischio sistemico”, la seconda (artt. 53-54) prevede gli obblighi dei fornitori di modelli di IA per finalità

generali, la terza (art. 54) quelli dei fornitori di modelli di IA per finalità generali con rischio sistemico, e la quarta (art. 56) contiene alcune regole sui “*codici di buone pratiche*” relativamente ai modelli di IA per finalità generali.

Il **Capo VI (artt. 57-63 AIA)**, intitolato *Misure a sostegno dell’innovazione*, contiene la disciplina degli spazi di sperimentazione normativa (*sandboxes*) (artt. 57-59) e delle prove dei sistemi ad alto rischio in condizioni reali al di fuori delle *sandboxes* (artt. 60-63).

Il **Capo VII (artt. 64-70 AIA)** è intitolato *Governance*. L’ufficio per l’IA della Commissione (**AI Office**) sarà l’organo per l’implementazione dell’AI Act al livello dell’Unione (art. 64), e avrà inoltre – come disposto nei successivi Capi IX e XII - il compito di applicare le norme sui modelli IA per finalità generali (artt. 88, 101). Tre organi consultivi hanno compiti di supporto nell’implementazione delle norme. Il **comitato europeo per l’intelligenza artificiale** (*European Artificial Intelligence Board EAIB*), composto da un rappresentante per ogni Stato membro e dall’EDPS come osservatore, fornirà consulenza alla Commissione e agli Stati membri e dovrà assicurare l’applicazione uniforme dell’AI Act negli Stati membri, agendo come organo principale per la cooperazione tra la Commissione e gli Stati membri (artt. 65-66). Un **gruppo di esperti scientifici indipendenti** (*scientific panel*) selezionati dalla Commissione fornirà consulenza tecnica e sostegno all’ufficio per l’IA per l’applicazione dell’AIA. In particolare, potrà offrire consulenza e segnalare rischi relativi ai modelli di IA per finalità generali (artt. 68-69). L’ufficio per l’IA può ricevere indicazioni anche da un **forum consultivo** (*advisory forum*), composto da una selezione equilibrata di stakeholders (portatori di interessi) tra cui industria, start-up, PMI, società civile e mondo accademico (art. 67). Al livello della governance degli Stati membri, ciascuno di essi deve designare le sue autorità competenti per supervisionare l’applicazione delle norme del Regolamento ed esercitare l’attività di sorveglianza: almeno un’autorità di notifica e almeno un’autorità di vigilanza del mercato. L’AI Act prescrive che tali autorità nazionali “esercitano i loro poteri in modo indipendente, imparziale e senza pregiudizi” (art. 70).

Il **Capo VIII (art. 71 AIA)** intitolato *Banca dati dell’UE per i sistemi di IA ad alto rischio* riguarda i sistemi ad alto rischio elencati nell’allegato III e registrati conformemente agli artt. 49 e 60 AIA, nonché i sistemi registrati ai sensi dell’art. 6(4) AIA. A cura del fornitore o del rappresentante autorizzato nella banca dati devono essere inseriti i dati elencati nell’**allegato VIII**, sezioni “A” e “B”.

Invece se il deployer è un’autorità, un’agenzia o un organismo pubblico, deve inserire nella banca dati i dati elencati nell’allegato VIII, sezione “C”. Salvo che per alcune informazioni, la banca dati è accessibile al pubblico. Essa è istituita e mantenuta dalla Commissione, che è anche titolare del trattamento.

Il **Capo IX (artt. 72-94 AIA)** è intitolato *Monitoraggio successivo all’immissione sul mercato, condivisione delle informazioni e vigilanza del mercato*.

La Sezione 1 del Capo IX (art. 72) riguarda il *Monitoraggio successivo all'immissione sul mercato* e fa obbligo ai fornitori di sistemi ad alto rischio di istituire e documentare un “sistema di monitoraggio successivo all'immissione sul mercato”, che si basa su un “piano di monitoraggio successivo all'immissione sul mercato”.

La Sezione 2 del Capo IX (art. 73) intitolata *Condivisione di informazioni su incidenti gravi* prevede e disciplina l'obbligo di comunicazione di incidenti gravi in capo ai fornitori.

La Sezione 3 del Capo IX (artt. 74-84) è intitolata *Applicazione*. È previsto che il regolamento (UE) 2019/1020 sulla vigilanza dei mercati e sulla conformità dei prodotti si applichi ai sistemi disciplinati dall'AI Act, e si prevedono gli adattamenti anche terminologici per tale applicazione (art. 74). Si prevedono norme che fissano i poteri dell'ufficio per l'IA e norme sull'assistenza reciproca tra autorità di vigilanza del mercato e ufficio per l'IA per i casi in cui un sistema di IA si basi su un modello di IA per finalità generali e questo e quello siano sviluppati dallo stesso fornitore (art. 75). Si stabiliscono le competenze e i poteri delle autorità di vigilanza del mercato per il controllo delle prove in condizioni reali (art. 76). Si prevede il potere di autorità ed organismi pubblici di accedere a documenti ed informazioni per la tutela dei diritti fondamentali (art. 77). Si disciplina l'obbligo di riservatezza (art. 78). Si richiama nuovamente il regolamento (UE) 2019/1020 sulla vigilanza dei mercati e sulla conformità dei prodotti a proposito della definizione di “prodotto che presenta un rischio” ivi contenuta, per ricomprendervi i sistemi di IA che presentano un rischio “nella misura in cui presenta[no] rischi per la salute o la sicurezza o per i diritti fondamentali” e si prevede la procedura a livello nazionale per i sistemi di IA che presentano un rischio con particolare attenzione ai sistemi di IA “che presentano rischi per gruppi vulnerabili”, stabilendo che laddove non vengano adottate le misure correttive adeguate, l'autorità di vigilanza del mercato possa vietare o limitare la messa in servizio o la messa a disposizione o ritirare il prodotto o il sistema di IA autonomo dal mercato o richiamarlo (art. 79). Si prevede una procedura specifica per i sistemi che il fornitore abbia classificato come non ad alto rischio per il caso in cui l'autorità di vigilanza del mercato sia di diverso parere (art. 80). Si prevede una procedura di “salvaguardia dell'Unione” per i casi in cui l'autorità di vigilanza del mercato di uno Stato membro o la Commissione ritengano che le misure adottate da un'autorità di vigilanza del mercato di uno Stato membro siano contrarie al diritto dell'Unione (art. 81). Si prevede una procedura speciale per i casi in cui l'autorità di vigilanza del mercato di uno Stato membro ritenga che un sistema ad alto rischio pur risultando conforme al Regolamento, nondimeno “rappresenti comunque un rischio per la salute o la sicurezza delle persone, per i diritti fondamentali o per altri aspetti della tutela dell'interesse pubblico” (art. 82). Ancora, si prevede una procedura specifica per far cessare una situazione di non conformità rispetto a requisiti formali elencati specificamente (art. 83). Infine, si prevede che la Commissione designi una o più “strutture di sostegno dell'Unione per la prova dell'IA” per lo svolgimento dei compiti di cui all'art. 21(6) del

regolamento (UE) 2019/1020 sulla vigilanza dei mercati e sulla conformità dei prodotti, nel settore dell'IA (art. 84).

La Sezione 4 del Capo IX intitolata *Mezzi di ricorso*, contiene due articoli. Il primo prevede il diritto di qualunque persona fisica o giuridica di presentare un reclamo alla pertinente autorità di vigilanza del mercato laddove ritenga che vi sia stata una violazione del Regolamento (art. 85); il secondo prevede al primo paragrafo il “diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali” (art. 86(1) AIA), e al terzo paragrafo dispone che il medesimo articolo “si applica solo nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 non sia altrimenti previsto dal diritto dell'Unione” (art. 86(3) AIA).

La Sezione 5 del Capo IX (artt. 88- 94) riguarda la *Supervisione, indagini, esecuzione e monitoraggio in relazione ai fornitori di modelli di IA per finalità generali* e, inter alia, investe la Commissione di competenze esclusive sulla vigilanza e l'esecuzione del Capo V.

Il **Capo X (artt. 95-96 AIA)**, intitolato *Codici di condotta e orientamenti*, contiene innanzitutto le norme volte ad incoraggiare le imprese ad elaborare codici di condotta e meccanismi di governance intesi a promuovere l'applicazione su base volontarie delle norme di cui alla Sezione 2 del Capo III del Regolamento (ossia le norme sui requisiti ex ante dei sistemi ad alto rischio) per i sistemi di IA diversi dai sistemi ad alto rischio (art. 95). Nell'articolo successivo (art. 96) si prevede che la Commissione debba elaborare orientamenti su una pluralità di aspetti applicativi del Regolamento.

Il **Capo XI (artt. 97-98 AIA)**, intitolato *Delega di potere e procedura di comitato*, prevede le condizioni e i termini temporali alle quali è conferito alla Commissione il potere di adottare atti delegati ai sensi del Regolamento.

Il **Capo XII (artt. 99-101 AIA)**, intitolato *Sanzioni* contiene tre articoli, il primo riguardante il regime delle sanzioni e delle altre misure di esecuzione che gli Stati membri devono applicare in caso di violazione dell'AI Act da parte di tutti i soggetti cui sono posti obblighi e divieti in relazione ai sistemi di IA ai sensi del Regolamento, comprese le sanzioni pecuniarie che possono essere inflitte a soggetti diversi da istituzioni, organi e organismi dell'Unione (art. 99). Il secondo articolo riguarda le sanzioni amministrative pecuniarie che possono essere inflitte dal Garante europeo della protezione dei dati personali (EDPS) alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione per la violazione del Regolamento (art. 100). Il terzo articolo riguarda le sanzioni pecuniarie che possono essere inflitte dalla Commissione ai fornitori di modelli di IA per finalità generali per violazioni del Regolamento (art. 101).

Il **Capo XIII (artt. 102-113 AIA)** è dedicato alle *Disposizioni finali*. In aggiunta alle modifiche delle prime 8 delle 9 normative richiamate nel titolo dell'AI Act, di cui si è detto *supra*, apportate dagli artt. 102-109, l'art. 110 ha modificato la direttiva (UE) 2020/1828 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi dei consumatori attraverso l'aggiunta al suo allegato I della menzione del Regolamento. Di conseguenza, la

violazione dell'AI Act integra violazione del diritto dell'Unione ai sensi e per gli effetti dell'art. 2(1) della direttiva (UE) 2020/1828.

L'art. 111 detta la disciplina dei sistemi e dei modelli per finalità generali già immessi sul mercato, e distingue cinque ipotesi, senza pregiudizio in ogni caso per l'applicazione dell'art. 5 AIA secondo il suo termine di applicazione: **(1)** sistemi di IA che sono componenti di sistemi IT su larga scala istituiti dagli atti giuridici elencati nell'**allegato X**, e che sono stati immessi sul mercato o messi in servizio prima del 2 agosto 2027: essi devono essere resi conformi all'AI Act entro il 31 dicembre 2030; **(2)** i sistemi di IA, diversi da quelli sub (1) che sono stati immessi sul mercato o messi in servizio prima del 2 agosto 2026: non devono essere resi conformi; **(3)** i sistemi di IA, diversi da quelli sub (1) che sono stati immessi sul mercato o messi in servizio prima del 2 agosto 2026 che a decorrere da tale data sono soggetti a modifiche significative della loro progettazione: devono essere resi conformi; **(4)** in ogni caso, i fornitori e deployers di sistemi di IA ad alto rischio destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche adottano le misure necessarie per conformarsi ai requisiti e agli obblighi del presente regolamento entro il 2 agosto 2030; **(5)** I fornitori di modelli di IA per finalità generali che sono stati immessi sul mercato prima del 2 agosto 2025 adottano le misure necessarie per conformarsi agli obblighi di cui al presente regolamento entro 2 agosto 2027.

L'art. 112 attribuisce alla Commissione determinati poteri e compiti per la valutazione e l'esame dell'allegato III e dell'elenco delle c.d. pratiche vietate di cui all'art. 5

L'art. 113 disciplina l'entrata in vigore e l'applicazione. AI Act è entrato in vigore il 1 agosto 2024. La maggior parte delle norme dell'AI act comincerà ad applicarsi il **2 agosto 2026**.

**Prima di allora**, tuttavia, le norme del Capo I (*Disposizioni generali*) e del Capo II (*Pratiche di intelligenza artificiale vietate*) si applicheranno a decorrere dal 2 febbraio 2025, e quelle del Capo V (*Modelli di IA per finalità generali*) si applicheranno a decorrere dal 2 agosto 2025, così come altre norme particolari: quelle del Capo III, sezione 4 (*Autorità di notifica ed organismi notificati*), quelle del Capo VII (*Governance*) (gli Stati membri, pertanto hanno termine fino al 2 agosto 2025 per designare le loro autorità competenti per supervisionare l'applicazione delle norme del Regolamento ed esercitare l'attività di sorveglianza), quelle del capo XII (*Sanzioni*) eccezion fatta per l'art. 101, e quelle dell'articolo 78 (*Riservatezza*).

**Dopo di allora**, le norme dell'art. 6(1) e i corrispondenti obblighi di cui al Regolamento si applicano a decorrere dal 2 agosto 2027, con la conseguenza che nemmeno i sistemi di IA relativi ai prodotti disciplinati dalla normativa di armonizzazione dell'Unione in base al nuovo quadro legislativo di cui alla Sezione "A" dell'allegato I dell'AI Act potranno prima di quella data essere trattati come sistemi di IA ad alto rischio, pur ricorrendone i presupposti ex art. 6(1) AIA.

Co riferimento al periodo di transizione precedente alla piena applicazione del Regolamento, la Commissione ha lanciato l'iniziativa "[AI Pact](#)", con la quale si invitano gli sviluppatori di IA ad osservare le regole dell'AI Act prima dei suddetti termini.

Infine, la Commissione sta anche sviluppando delle linee guida per facilitare strumenti di co-regolazione come le norme tecniche (*standards*) e i codici di buone pratiche (*codes of practice*), e, in proposito ha lanciato un [invito](#) a partecipare alla stesura del primo codice di buone pratiche per i modelli di IA per finalità generali (art. 56 AIA) e una [consultazione multi-stakeholder](#).

SALVATORE ORLANDO

## [AI Act](#)

2024/2(3)SO

### 3. Il Colorado AI Act del 17.5.2024

Il 17 maggio 2024, dopo un processo legislativo velocissimo, durato poco più di un mese – la relativa proposta essendo stata introdotta il 10 aprile 2024 – il Governatore dello Stato del Colorado (USA), ha promulgato il Senate Bill 24-205 *Concerning Consumer Protections in Interactions with Artificial Intelligence Systems*, c.d. Colorado AI Act (di seguito **CAIA**).

Numerose sono le similitudini e i punti di contatto del CAIA con l’AI Act approvato con il regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024 (di seguito **EUAIA**) (su cui v. *supra*, in questa Rubrica, notizia n. 2 di questo numero [2024/2(2)SO]).

La definizione di «sistema di intelligenza artificiale» del CAIA è in linea con quella dell’OCSE che troviamo sia nella Convenzione del Consiglio d’Europa del 17.5.2024 (su cui v. in questa Rubrica, notizia n. 1 in questo numero [2024/2(1)RR]) che nell’EUAIA: “*any machine-based system that, for any explicit or implicit objective, infers from the inputs the system receives how to generate outputs, including content, decisions, predictions, or recommendations, that can influence physical or virtual environments*”.

La definizione di «sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio» (di seguito solo **sistemi ad alto rischio**) del CAIA è la seguente: “*any artificial intelligence system that, when deployed, makes, or is a substantial factor in making, a consequential decision*”.

In tale definizione, come ben si vede, è centrale la nozione di «decisione consequenziale» (*consequential decision*).

La «decisione consequenziale» è dunque a sua volta definita nel CAIA, e, come può notarsi, è coesistente alla nozione il settore di attività interessato: “*a decision that has a material legal or similarly significant effect on the provision or denial to any consumer of, or the cost or terms of:*

- (a) *education enrollment or an education opportunity;*
- (b) *employment or an employment opportunity;*
- (c) *a financial or lending service;*
- (d) *an essential government service;*
- (e) *health-care services;*
- (f) *housing;*
- (g) *insurance; or*

(h) a legal service”.

Con effetto a far data dal 1 febbraio 2026, il CAIA richiede **sia agli sviluppatori** (come definiti nel CAIA: v. *infra*) **che ai deployers** (come definiti nel CAIA: v. *infra*) di osservare un obbligo di ragionevole attenzione (*reasonable care*) per proteggere i consumatori da ogni conosciuto o ragionevolmente prevedibile rischio di discriminazione algoritmica (come definita nel CAIA: v. *infra*), e fissa alcune presunzioni relative (*rebuttable presumptions*) per provare l’osservanza di tale obbligo.

Lo sviluppatore (*deployer*) è definito nel CAIA come una persona che esercita un’attività per scopo di lucro nello Stato del Colorado (“*a person doing business in this State*”) e sviluppa o modifica intenzionalmente e sostanzialmente un sistema ad alto rischio.

Il *deployer* è definito nel CAIA come una persona che esercita un’attività per scopo di lucro nello Stato del Colorado e che utilizza un sistema ad alto rischio.

La discriminazione algoritmica (*algorithmic discrimination*) è definita nel CAIA come “qualsiasi condizione in cui l’uso di un sistema di IA ha come risultato un trattamento differenziato illegittimo o in un effetto che sfavorisce un individuo o un gruppo di individui sulla base della loro effettiva o percepita età, colore della pelle, disabilità, etnia, informazioni genetiche, scarsa padronanza della lingua inglese, origine nazionale, razza, religione, salute riproduttiva, genere sessuale, stato di veterano, o altre classificazioni protette dalle leggi del Colorado o federali”.

Per quanto riguarda gli sviluppatori, il CAIA presume (presunzione relativa) che lo sviluppatore di un sistema ad alto rischio abbia adempiuto al dovere di ragionevole attenzione per proteggere i consumatori da ogni conosciuto o ragionevolmente prevedibile rischio di discriminazione algoritmica se lo sviluppatore ha posto in essere determinati comportamenti previsti dal CAIA, tra cui:

- aver reso disponibile al *deployer* una dichiarazione che rivela le informazioni specifiche riguardanti il sistema ad alto rischio;
- aver reso disponibile al *deployer* le informazioni e la documentazione necessarie per completare una valutazione di impatto (*impact assessment*) del sistema ad alto rischio;
- aver fatto una dichiarazione aperta al pubblico che riassume i tipi di sistemi ad alto rischio che lo sviluppatore ha sviluppato o che ha intenzionalmente e sostanzialmente modificato e che attualmente mette a disposizione di un *deployer* o di altro sviluppatore e che indichi come lo sviluppatore gestisce i rischi conosciuti o prevedibili di discriminazione algoritmica che possono sorgere dallo sviluppo o dalla intenzionale e sostanziale modifica di ciascuno di tali sistemi ad alto rischio; e
- aver rivelato all’*attorney general* e ad ogni *deployer* o altro sviluppatore conosciuti del sistema ad alto rischio tutti i rischi conosciuti o prevedibili di discriminazione algoritmica, entro 90 giorni dalla scoperta o dal ricevimento di un attendibile rapporto del *deployer* che il sistema ad alto rischio ha causato o ha probabilmente causato rischi di discriminazione algoritmica.

Similmente, per quanto riguarda i deployers, il CAIA presume (presunzione relativa) che il deployer di un sistema ad alto rischio abbia adempiuto al dovere di ragionevole attenzione per proteggere i consumatori da ogni conosciuto o ragionevolmente prevedibile rischio di discriminazione algoritmica se il deployer ha posto in essere determinati comportamenti previsti dal CAIA, tra cui:

- aver implementato un programma e una procedura di gestione del rischio per il sistema ad alto rischio;
- aver completato una valutazione di impatto del sistema ad alto rischio;
- aver rivisto con cadenza annuale l'uso del sistema ad alto rischio per assicurarsi che non stia causando una discriminazione algoritmica;
- aver specificamente avvertito i consumatori in modo dettagliato se il sistema ad alto rischio prende o costituisce un fattore rilevante nel prendere una decisione consequenziale che concerne il consumatore;
- aver dato ai consumatori la possibilità di correggere qualsiasi dato personale inesatto trattato dal sistema ad alto rischio per prendere una decisione consequenziale;
- aver dato ai consumatori la possibilità di impugnare, attraverso una revisione umana se tecnicamente possibile, una decisione consequenziale avversa che concerne i consumatori che origina dall'uso di un sistema ad alto rischio;
- aver fatto una dichiarazione aperta al pubblico che riassume i tipi di sistemi ad alto rischio che il deployer attualmente usa e che indichi come il deployer gestisce i rischi conosciuti o prevedibili di discriminazione algoritmica che possono sorgere dall'uso di ciascuno di tali sistemi ad alto rischio e la natura, la fonte e la portata delle informazioni raccolte e utilizzate dal deployer; e
- aver rivelato all'*attorney general* la scoperta della discriminazione algoritmica che il sistema ad alto rischio ha causato, entro 90 giorni dalla scoperta.

Ogni persona che esercita un'attività per scopo di lucro nello Stato del Colorado ("*a person doing business in this State*"), compresi il deployer o altro sviluppatore, che sviluppa o rende disponibile un sistema di intelligenza artificiale progettato per interagire con i consumatori, deve assicurarsi che venga rivelato a ciascun consumatore che interagisce con un sistema di intelligenza artificiale, che il consumatore sta interagendo con un sistema di intelligenza artificiale.

Il CAIA specifica che esso non limita la capacità dello sviluppatore o del deployer di:

- osservare obblighi di legge;
- cooperare ad indagini se richiesto dalla legge;
- adottare misure urgenti per proteggere la vita o l'integrità fisica di un consumatore;
- porre in essere specifiche attività di ricerca, come meglio definite nel CAIA; e
- porre in essere richiami di prodotti o rimediare ad errore tecnici che pregiudicano la funzionalità di prodotti.



Il CAIA prevede disposizioni idonee a consentire allo sviluppatore, al deployer o ad altre persone una difesa in giudizio, se:

- lo sviluppatore, il deployer o un'altra persona diversa dallo sviluppatore e dal deployer, coinvolta in un giudizio sull'asserita violazione del CAIA, osserva le regole sulla gestione del rischio dei sistemi di intelligenza artificiale riconosciute a livello nazionale o internazionale, come individuate nel CAIA o dall'*attorney general* (in proposito, è interessante segnalare che il CAIA cita espressamente l'*Artificial Intelligence Risk Management Framework* pubblicato dal National Institute of Standards and Technology in the United States Department of Commerce e lo standard *ISO/IEC 42001* della International Organization For Standardization); e
- lo sviluppatore, il deployer o un'altra persona diversa dallo sviluppatore e dal deployer adottano specifiche misure per individuare e correggere le violazioni del CAIA.

Ancora, è previsto che un assicuratore (come definito), una *fraternal benefit society* (come definita), o uno sviluppatore di un sistema di intelligenza artificiale usato da un assicuratore deve ritenersi in piena osservanza del CAIA se tale ente è assoggettato a leggi speciali che disciplinano il trattamento da parte degli assicuratori dei dati dei consumatori e le fonti di informazioni, algoritmi, e modelli predittivi e alle regole adottate dal *commissioner of insurance* come previsto dalla norme speciali richiamate dal CAIA.

Similmente, è previsto che le banche e le altre entità nel settore bancario (come meglio individuate e definite nel CAIA) devono ritenersi in piena osservanza del CAIA se sono assoggettate allo scrutinio di un'autorità statale o federale ai sensi della legislazione applicabile e le relative norme o linee guida hanno ad oggetto l'uso di sistemi ad alto rischio e prevedono requisiti comparabili a quelli del CAIA o più severi, come meglio specificato nel CAIA.

Infine, dal punto di vista dell'inquadramento sistematico del CAIA e del suo *enforcement*, è notevole segnalare che la violazione delle disposizioni del CAIA costituisce una *deceptive trade practice* ai sensi del "*Colorado Consumer Protection Act*" (in particolare ai sensi della Sezione 6-1-105 del *Colorado Revised Statutes*, rubricata *Unfair or deceptive trade practices*); e che all'*attorney general* sono attribuiti poteri regolatori per implementare, e l'autorità esclusiva per applicare, gli obblighi e i divieti contenuti nel CAIA.

SALVATORE ORLANDO

[https://leg.colorado.gov/sites/default/files/2024a\\_205\\_signed.pdf](https://leg.colorado.gov/sites/default/files/2024a_205_signed.pdf)

2024/2(4)LC

#### 4. Il discorso di Papa Francesco alla sessione del G7 sull'intelligenza artificiale (13-15.6.2024) “Uno strumento affascinante e tremendo”

| 666

Dal 13 al 15 giugno 2024 ha avuto luogo il vertice del G7 a Borgo Egnazia nel comune di Fasano, in Puglia. Per la prima volta, al consesso internazionale ha preso parte anche il Papa che, con l'occasione, ha portato al tavolo di discussione del 14 giugno, dedicato segnatamente al tema dell'intelligenza artificiale, il punto di vista della Chiesa. Il discorso del Vescovo di Roma al Gruppo dei Sette (che, lo ricordiamo, è composto da Canada, Francia, Germania, Giappone, Italia, Regno Unito e Stati Uniti d'America) reca l'eloquente titolo “Uno strumento affascinante e tremendo” ed è volto a far emergere l'ambivalenza che pervade l'intelligenza artificiale, o meglio l'uso che di questo strumento può essere fatto dall'uomo. Per il Pontefice, la stessa IA è frutto del potenziale creativo che Dio gli ha donato, attraverso il quale è stato in grado di creare «uno strumento estremamente potente, impiegato in tantissime aree dell'agire umano: dalla medicina al mondo del lavoro, dalla cultura all'ambito della comunicazione, dall'educazione alla politica». Da qui l'ambivalenza sottolineata a più riprese che, da un lato, entusiasma l'uomo per le possibilità che offre; dall'altro, genera timore per le conseguenze che lascia presagire. Dal testo emerge la consapevolezza di trovarsi nel pieno di una vera e propria rivoluzione cognitivo-industriale, che contribuirà alla creazione di un nuovo sistema sociale caratterizzato da complesse trasformazioni epocali. Dopo aver sviluppato simili premesse, l'analisi si concentra sulla natura strumentale di questa nuova tecnologia, dalla quale è possibile inferire che i benefici o i danni che ne possono derivare per l'umanità dipenderanno dal suo impiego. Particolarmente interessante in questo passaggio argomentativo è la profondità con cui Papa Francesco tratteggia un concetto non banale, ovvero la “condizione di ulteriorità” che l'uomo vive rispetto al suo “essere biologico”: «siamo esseri sbilanciati verso il-fuori-di-noi», sottolinea il Papa, «anzi radicalmente aperti all'oltre [...]». La tecnologia è così una traccia di questa nostra ulteriorità». Non manca di rilevare, tuttavia, che l'umanità, proprio in forza di questa radicale libertà, ha spesso «pervertito i fini del suo essere trasformandosi in nemica di se stessa e del pianeta», disattendendo il mandato che ha ricevuto di “coltivare e custodire” il creato (cfr. *Gen 2,15*). Stessa sorte possono avere gli strumenti tecnologici, se degli stessi non viene garantita la vocazione al servizio dell'uomo; garanzia che si rinviene solo nel bilanciamento tra libertà e responsabilità offerto dall'etica. Diversamente, le peculiarità dell'intelligenza artificiale, definita come strumento complesso e *sui generis*, mettono a rischio la stessa dignità della persona, in particolare quando la stessa tecnologia è in grado di rendersi autonoma al punto da operare scelte indipendentemente dalla volontà dell'uomo o addirittura contro di essa o contro la sua dignità. Da questa prospettiva, il Papa avverte delle aberrazioni che un uso scorretto dei dati di cui l'intelligenza artificiale si alimenta potrebbe condurre a pregiudizi o formalizzare categorizzazioni basate su errori. Inoltre, nel discorso papale, la complessità di questo



strumento è evidente nella c.d. intelligenza artificiale generativa, dove si ripropone il medesimo problema, ma con contorni più allarmanti. L'IA generativa, infatti, non sviluppa concetti o analisi nuove, ma ripete e rielabora ciò che trova, con il rischio di rafforzare nozioni o ipotesi, seppur non valide o illegittime. In questo modo, sottolinea Francesco, più che “generativa”, essa è “rafforzativa”, «nel senso che riordina i contenuti esistenti, contribuendo a consolidarli, spesso senza controllare se contengano errori o preconcetti». Aspetto questo ancora più dannoso, ad avviso del Santo Padre, poiché potenzialmente in grado di minare il processo educativo *in nuce*. Il Papa conclude rimarcando la necessità di mettere al centro la persona umana con la sua dignità e di recuperare un'ispirazione etica per la costruzione e la salvaguardia del bene comune. Nel farlo ha ricordato la firma a Roma della *Rome Call for AI Ethics* nel 2020 (su cui v. in questa Rubrica la notizia n. 7 del numero 1/2020 [2020/1(7)LC]), ha sottolineato il suo sostegno a quella forma di moderazione etica degli algoritmi e dei programmi di intelligenza artificiale (definita “algoretica”) e ha ribadito al più importante vertice intergovernativo l'urgenza di una “sana” azione politica che muova in questa direzione.

LUCIO CASALINI

<https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2024/06/14/0504/01030.html#integrale>

2024/2(5)TDMCDV

### 5. Approvata la nuova Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi (nuova “PLD”)

Il 12 marzo 2024 il Parlamento europeo ha approvato il testo della nuova direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso (“**nuova PLD**”), in sostituzione della Direttiva 85/374/CEE (la *Product Liability Directive*, di seguito anche “**PLD**”). Dopo l'approvazione del Consiglio, la nuova PLD ed entrerà in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. La nuova PLD è stata discussa ed infine adottata per iniziativa della Commissione europea (la **Commissione**), in particolare a seguito della proposta della Commissione del 28.9.2022 (su cui v. in questa Rubrica, notizia n. 2 del terzo numero del 2022 [2022/3(2)TDMCDV]).

La revisione della PLD risponde all'esigenza di aggiornare la disciplina della responsabilità del produttore alla luce delle moderne evoluzioni della tecnologia, con particolare riguardo ai sistemi di Intelligenza Artificiale e alle loro capacità di autoapprendimento e adattamento successivamente all'immissione sul mercato o alla messa in servizio. Si riportano di seguito i tratti salienti della nuova PLD.

Per quanto riguarda il suo ambito di applicazione, la nuova PLD si applica ai prodotti immessi sul mercato o messi in servizio dopo la data della sua entrata in vigore (art. 2 nuova PLD). L'art. 4 nuova PLD si occupa, poi, di aggiornare le definizioni di cui alla PLD alla luce delle recenti evoluzioni del contesto tecnologico e produttivo. In particolare, si segnala la nuova definizione di «prodotto», che ora include ogni bene mobile, anche se integrato in un altro bene mobile o in un bene immobile o interconnesso con questi, inclusi i file per la fabbricazione digitale e il software. Similmente, la nozione di «fabbricante» viene ulteriormente articolata e specificata, includendo ora non solo chi sviluppa, produce, fabbrica un prodotto o vi appone il proprio marchio per la sua messa in circolazione, ma anche chi sviluppa, produce o fabbrica un prodotto per uso proprio.

L'art. 6 nuova PLD estende il contenuto del diritto al risarcimento del danno, che ora può essere richiesto – oltre che in caso di morte, lesioni personali e per danneggiamento o distruzione di qualsiasi bene diverso dal prodotto in sé (da cui viene eliminata la franchigia di 500 ECU) – anche per danni psicologici riconosciuti da un punto di vista medico, distruzione o corruzione di dati non usati a fini professionali e, in generale, per le perdite immateriali derivanti dal danno di cui al paragrafo 1 del medesimo articolo, nella misura in cui possono essere risarcite in base al diritto nazionale.

La nozione di «prodotto difettoso» continua, invece, a fondarsi su di una concezione “relazionale”, essendo cioè parametrata sulle legittime aspettative del consumatore. Essa viene ulteriormente precisata dall'art. 7, ai sensi del quale un prodotto è considerato difettoso se non offre la sicurezza che un consumatore può legittimamente attendersi o che è prevista dal diritto dell'Unione o nazionale. Rispetto alla versione iniziale della proposta, però, il testo approvato elimina il riferimento al “grande pubblico” come parametro soggettivo delle legittime aspettative nell'accertamento della difettosità.

Inoltre, viene ampliato l'elenco di circostanze di cui il giudice nazionale deve tenere conto nel valutare la difettosità del prodotto, con particolare riguardo alle caratteristiche dei nuovi prodotti dell'era digitale e della possibilità per i produttori di mantenere il controllo su tali prodotti successivamente alla loro immissione sul mercato. Tra queste si evidenziano: c) gli effetti sul prodotto della sua capacità di continuare a *imparare* o acquisire nuove funzionalità dopo la sua immissione sul mercato o messa in servizio; d) gli effetti ragionevolmente prevedibili sul prodotto di altri prodotti che ci si può attendere siano utilizzati insieme al prodotto, anche mediante l'*interconnessione*; e) il momento in cui il prodotto è stato immesso sul mercato o messo in servizio oppure il momento in cui il prodotto è uscito dal *controllo* del fabbricante.

L'art. 8 nuova PLD offre una ricca articolazione dei soggetti responsabili identificati dalla formula «operatori economici», che comprende: a) il fabbricante di un prodotto difettoso; b) il fabbricante di un componente difettoso, se tale componente è stato integrato in un prodotto o interconnesso con un prodotto sotto il controllo del fabbricante e lo ha reso difettoso, fatta salva la responsabilità del fabbricante di cui alla lettera a); c)

nel caso di un fabbricante di un prodotto o di un componente stabilito al di fuori dell'Unione, e fatta salva la responsabilità di tale fabbricante, l'importatore, il rappresentante autorizzato o il fornitore di servizi di logistica. Al fabbricante è equiparato chiunque modifichi in maniera sostanziale un prodotto al di fuori del controllo del fabbricante e lo metta successivamente a disposizione sul mercato o in servizio. L'art. 12 nuova PLD completa l'articolazione dei soggetti responsabili, optando ancora una volta per una forma di responsabilità solidale tra tutti i soggetti coinvolti nel processo di produzione, fatto sempre salvo il diritto di rivalsa secondo la legislazione nazionale (art. 14 nuova PLD).

Una delle principali novità del nuovo testo risiede nella *divulgazione* degli elementi di prova introdotta dall'art. 9 nuova PLD. Su richiesta di un danneggiato che, in un procedimento dinanzi ad un giudice nazionale, ha presentato fatti e prove sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento, il convenuto è tenuto, conformemente al diritto nazionale, a divulgare i pertinenti elementi di prova a sua disposizione, purché tale divulgazione sia limitata a quanto necessario e proporzionato tenendo conto dei legittimi interessi di tutte le parti, specialmente per quanto riguarda la protezione delle informazioni riservate e dei segreti commerciali.

Altre serie di novità vengono introdotte dall'art. 10 nuova PLD in tema di onere della prova. Il contenuto dell'onere della prova gravante sul danneggiato rimane sostanzialmente il medesimo, dovendo questi provare il carattere difettoso del prodotto, il danno subito e il nesso di causalità tra difetto e danno. Tuttavia, nei paragrafi successivi vengono introdotti due meccanismi presuntivi finalizzati ad alleviare l'onere della prova sul consumatore.

La prima presunzione riguarda il carattere difettoso del prodotto, che scatta qualora sia soddisfatta una delle seguenti condizioni: a) il convenuto omette di divulgare i pertinenti elementi di prova a norma dell'articolo 9 nuova PLD; b) l'attore dimostra che il prodotto non rispetta i requisiti obbligatori di sicurezza del prodotto stabiliti dal diritto dell'Unione o nazionale intesi a proteggere dal rischio del danno subito dal danneggiato; o c) l'attore dimostra che il danno è stato causato da un malfunzionamento evidente del prodotto durante l'utilizzo ragionevolmente prevedibile o in circostanze ordinarie.

La seconda presunzione concerne il nesso di causalità tra difetto e danno e scatta nel caso in cui sia stato provato che il prodotto è difettoso e che la natura del danno cagionato è generalmente coerente con il difetto in questione. In ogni caso, il giudice può presumere tanto la difettosità quanto il nesso di causalità qualora, nonostante la divulgazione di prove a norma dell'articolo 9 e tenuto conto di tutte le circostanze pertinenti del caso, l'attore incontri difficoltà eccessive nel provare tali elementi a causa della complessità tecnica o scientifica, purché dimostri probabile che il prodotto sia difettoso o che esista un nesso di causalità tra il carattere difettoso e il danno. Tutte le presunzioni introdotte dall'art. 10 nuova PLD sono superabili dal convenuto, che quindi è autorizzato a fornire la prova contraria.

L'art. 11 nuova PLD in tema di esenzione dalla responsabilità ripercorre quasi pedissequamente l'art. 7 PLD, ma articola alcune prove liberatorie rispetto alle specifiche categorie di soggetti responsabili considerate. Costituisce assoluta novità, invece, quanto previsto dal secondo paragrafo, che esclude l'esenzione da responsabilità per il cd. "difetto sopravvenuto" (lett. c) qualora il difetto, in costanza di controllo da parte del fabbricante, sia stato causato da: a) un servizio correlato; b) un software, compresi i relativi aggiornamenti o migliorie; c) la mancanza degli aggiornamenti o delle migliorie del software necessari per mantenere la sicurezza; d) una modifica sostanziale del prodotto.

Ancora in punto di esenzione da responsabilità, l'art. 18 nuova PLD introduce un'articolata disciplina in tema di deroga all'esonero basato sui rischi di sviluppo. Infatti, gli Stati membri possono mantenere, introdurre o modificare nei loro regimi giuridici le misure esistenti che ammettono la responsabilità degli operatori economici anche se dimostrano che lo stato oggettivo delle conoscenze scientifiche e tecniche non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto. Tuttavia, nel caso di introduzione e modificazione di tali misure, esse dovranno: a) essere limitate a specifiche categorie di prodotti; b) essere giustificate da obiettivi di interesse pubblico; c) essere proporzionate, ovvero idonee a garantire il raggiungimento degli obiettivi perseguiti. Di tali misure lo Stato membro che intenda introdurre o modificarne dovrà dare avviso alla Commissione europea la quale, entro sei mesi dal ricevimento della notifica, potrà formulare un parere sul testo della misura proposta e sulla motivazione di tale misura, tenendo conto di eventuali osservazioni ricevute da altri Stati membri.

Sostanzialmente invariati rimangono, infine, i termini di prescrizione e di decadenza e le disposizioni sul c.d. periodo di scadenza (artt. 16 e 17 nuova PLD), se non per il coordinamento dell'individuazione del *dies a quo* dei vari termini con le caratteristiche dei prodotti nell'era digitale.

TOMMASO DE MARI CASARETO DAL VERME

<https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20240308IPR18990/prodotti-difettosi-proteggere-meglio-i-consumatori-dai-danni>

2024/2(6)EWDM

#### **6. Approvato l'eIDAS2 regolamento (UE) 2024/1183 che modifica il regolamento (UE) n. 910/2014 sul quadro europeo per l'identità digitale**

A partire dal 30 aprile 2024 è entrato in vigore il Regolamento (UE) 2024/1183 dell'11 aprile 2024 (di seguito "**Regolamento eIDAS 2**" – acronimo di *electronic IDentification Authentication and Signature 2*- o il "**Regolamento**") che, modificando il Regolamento (UE) n. 2014/910 (di

seguito “**Regolamento eIDAS**” o “**il primo Regolamento**”), introduce un nuovo quadro normativo per l’identità digitale.

L’obiettivo del Regolamento è di dare accesso ai cittadini europei a servizi fiduciari digitali altamente sicuri e a identità digitali spendibili in tutto il territorio dell’Unione.

L’art. 1 precisa che il Regolamento eIDAS 2:

- fissa le condizioni alle quali gli Stati membri riconoscono i mezzi di identificazione elettronica delle persone fisiche e giuridiche, che rientrano in un regime notificato di identificazione elettronica di un altro Stato membro e forniscono e riconoscono i portafogli europei di identità digitale;
- stabilisce le norme relative ai servizi fiduciari, in particolare per le transazioni elettroniche;
- istituisce un quadro giuridico per le firme elettroniche, i sigilli elettronici, le validazioni temporali elettroniche, i documenti elettronici, i servizi elettronici di recapito certificato, i servizi relativi ai certificati di autenticazione di siti web, l’archiviazione elettronica, gli attestati elettronici di attributi, i dispositivi di una firma elettronica, i dispositivi per la creazione di sigilli elettronici e i registri elettronici.

In particolare, le novità sono due:

- la creazione del portafoglio europeo di identità digitale (“**EDIW**” – *European Digital Identity Wallet*), e
- la revisione e l’ampliamento dei servizi fiduciari stabiliti dal primo Regolamento, coinvolgendo in misura maggiore i fornitori di servizi digitali e i *Qualified Trust Service Provider*. Viene infatti inserita tra i servizi fiduciari la conservazione digitale (o “conservazione a norma”). Ad essi vanno aggiunti i servizi di archiviazione elettronica di dati e documenti elettronici, la registrazione dei dati in registri elettronici, il rilascio e la convalida di attestati elettronici di attributi, la gestione di dispositivi per la creazione di una firma elettronica a distanza o di dispositivi per la creazione di un sigillo elettronico a distanza.

L’EDIW permette di introdurre un’identità digitale unica, sicura e interoperabile su tutto il territorio dell’Unione. Si configura come un’identità digitale a tutti gli effetti, proprio come lo SPiD, ma sarà valida obbligatoriamente in tutti i Paesi membri e avrà la struttura di un “portafoglio” digitale in cui potranno essere raccolte informazioni risultanti da certificazioni e documenti verificabili e verificati – i cosiddetti “attributi” – quali estremi di passaporto, certificato di nascita, patente e tessera elettorale. Viene in rilievo in proposito la definizione di “attributo”, come “la caratteristica, la qualità, il diritto o l’autorizzazione di una persona fisica o giuridica o di un oggetto” (nuovo articolo 3, n. 43 del Regolamento eIDAS introdotto dal Regolamento eIDAS 2).

Inoltre, l’inserimento della c.d. “conservazione a norma” tra i servizi fiduciari qualificati permette il riconoscimento degli effetti giuridici e dell’ammissibilità come prova in giudizio, se conservati in archivi digitali,

di dati, documenti elettronici e documenti analogici trasformati in digitale tramite scansione elettronica.

Gli attributi indicati nell'EDIW, contenuti nell'Allegato VI del Regolamento eIDAS2 sono: l'indirizzo, l'età, il genere, lo stato civile, la composizione del nucleo familiare, la nazionalità e cittadinanza, i titoli e licenze di studio, qualifiche e licenze professionali, poteri e mandati di rappresentanza di persone fisiche e giuridiche, permessi e licenze pubblici per le persone giuridiche.

Con il Regolamento eIDAS 2 gli Stati membri sono obbligati ad accettare le identità digitali degli altri Paesi e risulta definito, a livello euro-unitario, chi e quanti sono i gestori di *wallet* che devono offrire un'interfaccia comune per tutti gli utenti in ordine all'autenticazione per la fruizione dei servizi.

Sarà quindi possibile non solo accedere ai servizi pubblici con la propria identità digitale in ogni Paese UE, ma anche, aprire un conto corrente, o eseguire operazioni bancarie, interagire con i trasporti, con le imprese energetiche, con i servizi finanziari, della sicurezza e previdenza sociale, della sanità, dell'acqua potabile, servizi postali, istruzione e telecomunicazioni.

Altro elemento rilevante sono le nuove sanzioni previste all'art. 16 del Regolamento eIDAS 2 in forza del quale gli Stati membri provvedono affinché le violazioni del medesimo Regolamento da parte di prestatori di servizi fiduciari qualificati e non qualificati siano soggette a sanzioni amministrative pari a un importo massimo di almeno:

- a) euro 5.000.000 se il prestatore di servizi fiduciari è una persona fisica; oppure
- b) se il prestatore di servizi fiduciari è una persona giuridica, euro 5.000.000 o pari all'1% del fatturato mondiale totale annuo dell'impresa a cui apparteneva il prestatore di servizi fiduciari nell'esercizio precedente l'anno in cui si è verificata la violazione, se superiore.

A seconda dell'ordinamento giuridico degli Stati membri, le regole in materia di sanzioni amministrative possono essere applicate in modo tale che la procedura sanzionatoria sia avviata dall'organismo di vigilanza competente e la sanzione pecuniaria sia irrogata dai tribunali nazionali competenti. L'applicazione di tali regole in tali Stati membri garantisce che tali mezzi di ricorso siano efficaci e abbiano un effetto equivalente alle sanzioni amministrative imposte direttamente dalle autorità di controllo.

ETTORE WILLIAM DI MAURO

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L\\_202401183](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401183)

2024/2(7)BP

## **7. Approvato il regolamento (UE) 2024/900 sulla trasparenza e il targeting della pubblicità politica**

Il 13 marzo 2024 è stato adottato il Regolamento (UE) 2024/900 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica, (di seguito il **Regolamento**). La relativa proposta COM(2021) 731 *final*, era stata pubblicata il 25 novembre 2021 (v. in questa Rubrica la notizia n. 6 del numero 1/2022 [[2022/1\(6\)SO](#)]).

Come sancito dal suo art. 1(4), gli obiettivi perseguiti dal Regolamento sono: garantire, attraverso la previsione di norme armonizzate, il corretto funzionamento del (frammentario ed eterogeneo – cfr. Considerando 7-9 Regolamento) mercato interno della pubblicità politica (art. 1(4)(a) Regolamento) e «tutelare i diritti e le libertà fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in particolare il diritto alla vita privata e la protezione dei dati personali» (art. 1(4)(b) Regolamento), assicurando - come più ampiamente esplicitato nei considerando - un elevato livello di trasparenza affinché i cittadini possano «esercitare i diritti democratici in maniera consapevole», giacché «una pubblicità politica trasparente aiuta l’elettore e gli individui in generale a capire meglio quando è in presenza di un messaggio di pubblicità politica, per conto di chi è fatta quella pubblicità nonché come e perché è diventato il target di un prestatore di servizi pubblicitari, ponendolo così in condizioni migliori per una scelta informata» (cfr. Considerando 4 Regolamento).

Sul piano strutturale, ai 114 Considerando, seguono 30 articoli, suddivisi in 5 Capi. Nel Capo I (artt. 1-5), come di consueto, si trovano le disposizioni generali. Seguono - come espone l’art. 1(1), dando conto dell’oggetto del Regolamento - norme sugli obblighi di trasparenza e sugli obblighi relativi al dovere di diligenza per i servizi di pubblicità politica (Capo II, artt. 6-17); norme sull’uso delle tecniche di targeting e consegna del messaggio pubblicitario che comportano il trattamento di dati personali (Capo III, artt. 18-20); norme sul controllo e sull’esecuzione del Regolamento (Capo IV, artt. 21-26). Chiudono le disposizioni finali (Capo V, artt. 27-30).

L’art. 2 Regolamento definisce l’ambito di applicazione. Come pure per gli altri atti che interessano il “mercato unico digitale”, il Regolamento tende ad avere portata “extraterritoriale”, applicandosi non solo «alla pubblicità politica laddove il messaggio di pubblicità politica sia diffuso nell’Unione» e «sia reso di dominio pubblico in uno o più Stati membri», ma anche quando «sia rivolto ai cittadini dell’Unione, indipendentemente dal luogo di stabilimento del prestatore di servizi di pubblicità politica o dal luogo di residenza o stabilimento dello sponsor, e a prescindere dai mezzi utilizzati».

All’art. 3 Regolamento sono, poi, sancite le fondamentali definizioni che scandiscono la materia. Tra queste, si segnalano specialmente le seguenti:

- “pubblicità politica”: «la preparazione, collocazione, promozione, pubblicazione, consegna o diffusione, con qualsiasi mezzo, di un messaggio fornito normalmente dietro retribuzione o tramite attività interne o nell’ambito di una campagna di pubblicità politica: a) di, a favore o per conto di un attore politico, salvo se di natura meramente privata o meramente commerciale; oppure b) che possa e sia inteso a influenzare l’esito di un’elezione o referendum, un comportamento di voto o un processo

legislativo o regolamentare, a livello dell'Unione, nazionale, regionale o locale» (art. 3, n. 2 Regolamento); peraltro, oltre alle esclusioni previste dalla stessa definizione dell'art. 3, n. 2, cui si rinvia, si rilevano come espressamente escluse, ai sensi dell'art. 1(2) Regolamento, anche le «opinioni politiche e altri contenuti editoriali soggetti alla responsabilità editoriale, indipendentemente dal mezzo attraverso cui sono espressi, [...] a meno che non siano previsti un pagamento specifico o altra remunerazione per la loro preparazione, collocazione, promozione, pubblicazione, consegna o diffusione da parte di terzi o in relazione a tali attività»;

- “servizio di pubblicità politica”: «un servizio che offre pubblicità politica, diverso da un servizio intermedio online ai sensi dell'articolo 3, lettera g), del regolamento (UE) 2022/2065 [il *Digital Services Act*], fornito senza corrispettivo per la preparazione, collocazione, promozione, pubblicazione, consegna o diffusione del messaggio specifico» (art. 3, n. 5 Regolamento; sul *Digital Services Act*, v. in questa Rubrica la notizia n. 1 del numero 4/2022 [[2022/4\(1ST\)](#)]);

- “messaggio di pubblicità politica”: «un esempio di pubblicità politica indipendentemente dal mezzo utilizzato per la pubblicazione, la consegna o la diffusione» (specificandosi poi oltre, all'art. 8, una serie di esemplificativi parametri in virtù dei quali poter determinare se un messaggio debba qualificarsi come tale, i quali sono segnatamente: a) il contenuto del messaggio; b) lo sponsor del messaggio; c) la lingua utilizzata per trasmettere il messaggio; d) il contesto in cui il messaggio è trasmesso, compreso il periodo di diffusione; e) i mezzi con cui il messaggio è preparato, collocato, promosso, pubblicato, consegnato o diffuso; f) i destinatari; g) l'obiettivo del messaggio);

- “sponsor”: «la persona fisica o giuridica su richiesta della quale o per conto della quale è preparato, collocato, promosso, pubblicato, consegnato o diffuso un messaggio di pubblicità politica» (art. 3, n. 10 Regolamento);

- “tecniche di targeting”: «le tecniche usate per rivolgere un messaggio di pubblicità politica solo a una persona specifica o a un gruppo specifico di persone, o per escludere tale persona o gruppo di persone, sulla base del trattamento di dati personali» (art. 3, n. 11 Regolamento);

- “tecniche di consegna del messaggio pubblicitario”: «tecniche di ottimizzazione utilizzate per aumentare la circolazione, la portata o la visibilità di un messaggio di pubblicità politica sulla base del trattamento automatizzato di dati personali e che possono servire a consegnare il messaggio di pubblicità politica a una persona specifica o a un gruppo specifico di persone» (art. 3, n. 12 Regolamento);

- “editore di pubblicità politica”: «il prestatore di servizi di pubblicità politica che pubblica, consegna o diffonde pubblicità politica con qualsiasi mezzo» (art. 3, n. 13 Regolamento).

L'art. 4 Regolamento segna l'imperatività della normativa approntata dal Regolamento, da un lato, vietando agli Stati membri di mantenere o introdurre «per motivi di trasparenza della pubblicità politica disposizioni o misure divergenti da quelle stabilite nel regolamento» e, dall'altro lato, prescrivendo che «non può essere vietata né limitata per motivi di trasparenza, neppure a livello geografico, la prestazione di servizi di

pubblicità politica conforme alle prescrizioni» del medesimo. Il successivo art. 5 altresì vieta ai prestatori di servizi di pubblicità politica di subordinare «la prestazione dei loro servizi a restrizioni discriminatorie basate unicamente sul luogo di residenza o di stabilimento dello sponsor».

Passando all'analisi della più corposa parte della disciplina, quella di cui al capo II sugli obblighi di trasparenza e diligenza, l'art. 7 Regolamento si occupa anzitutto della «individuazione dei servizi di pubblicità politica», imponendo agli sponsor e ai prestatori di servizi pubblicitari che agiscono per conto di questi di «dichiarare se il servizio pubblicitario che hanno chiesto al prestatore di servizi pubblicitari configura un servizio di pubblicità politica».

Mentre, poi, gli artt. 9 e 10 Regolamento pongono obblighi di trasparenza in capo ai prestatori di servizi di pubblicità politica, gli artt. 11 e 12 Regolamento dettano invece puntuali obblighi in capo all'editore in relazione al singolo «messaggio di pubblicità politica» diffuso. Più in particolare, ai primi è richiesto di tenere dei «registri» (art. 9 Regolamento) per la conservazione delle informazioni concernenti: «a) il messaggio di pubblicità politica o la campagna di pubblicità politica cui sono connessi il servizio o i servizi; b) il servizio o i servizi specifici che hanno fornito in relazione alla pubblicità politica; c) gli importi fatturati per il servizio o i servizi che hanno fornito e il valore di altre prestazioni percepite in cambio parziale o integrale di detto servizio o servizi; d) informazioni circa l'origine pubblica o privata degli importi e delle altre prestazioni di cui alla lettera c), nonché informazioni sulla loro provenienza dall'interno o dall'esterno dell'Unione; e) l'identità e i dati di contatto dello sponsor del messaggio di pubblicità politica e, ove applicabile, dell'entità che in ultima istanza controlla lo sponsor nonché, per le persone giuridiche, il luogo di stabilimento; e f) ove applicabile, l'indicazione dell'elezione, del referendum o del processo legislativo o regolamentare cui è connesso il messaggio di pubblicità politica». Tali medesime informazioni, devono essere trasmesse dai prestatori di servizi di pubblicità politica agli editori «in modo tempestivo, completo e accurato» (art. 10 Regolamento).

Quanto invece agli obblighi in capo agli editori, gli artt. 11 e 12 Regolamento, già richiamati, sembrano rispettivamente predisporre un meccanismo di trasparenza informativa, per così dire, «stratificata», che distingue, potrebbe cioè dirsi, tra due «livelli di specificità informativa crescente». In primo luogo, infatti, è fatto obbligo agli editori di provvedere affinché ciascun messaggio di pubblicità politica riporti in modo chiaro, ben visibile e privo di ambiguità, sotto forma di etichette che consentono alle persone di identificare facilmente come tale un messaggio di pubblicità politica (art. 11(1) e (3) Regolamento), le seguenti informazioni (in parte coincidenti con quelle di cui all'art. 9 Regolamento): «a) una dichiarazione attestante che si tratta di un messaggio di pubblicità politica; b) l'identità dello sponsor del messaggio di pubblicità politica e, ove applicabile, dell'entità che in ultima istanza controlla lo sponsor; c) ove applicabile, l'indicazione dell'elezione, del referendum o del processo legislativo o regolamentare cui è connesso il messaggio di pubblicità politica; d) ove applicabile, una dichiarazione attestante che il messaggio di pubblicità

politica è stato oggetto di tecniche di targeting o di consegna del messaggio; e) un avviso di trasparenza che contenga le informazioni di cui all'articolo 12(1) Regolamento, oppure l'indicazione chiara di dove lo si possa reperire facilmente e in modo diretto». Il secondo “livello informativo” è appunto costituito invece dalle più specifiche informazioni elencate dall'art. 12 Regolamento e contenute nel c.d. «avviso di trasparenza». Tra queste, si segnalano: «a) l'identità dello sponsor e, ove applicabile, dell'entità che in ultima istanza controlla lo sponsor, compresi il nome, l'indirizzo e-mail e, se reso pubblico, l'indirizzo postale nonché, se lo sponsor non è una persona fisica, l'indirizzo presso il quale ha il suo luogo di stabilimento; b) le informazioni di cui alla lettera a) sulla persona fisica o giuridica che fornisce una retribuzione in cambio del messaggio di pubblicità politica [...]; c) il periodo durante il quale è prevista la pubblicazione, la consegna o la diffusione del messaggio di pubblicità politica; d) gli importi aggregati e il valore aggregato di altre prestazioni percepiti dai prestatori di servizi di pubblicità politica, compresi quelli percepiti dall'editore, in cambio parziale o integrale dei servizi di pubblicità politica e se del caso, della campagna di pubblicità politica; e) informazioni circa l'origine pubblica o privata degli importi e delle altre prestazioni di cui alla lettera d), nonché informazioni sulla loro provenienza dall'interno o dall'esterno dell'Unione; [...] l) ove applicabile, una dichiarazione attestante che il messaggio di pubblicità politica è stato oggetto di tecniche di targeting o di consegna del messaggio pubblicitario sulla base dell'uso di dati personali, comprese le informazioni di cui all'articolo 19(1)(c) ed (e); m) ove applicabile e tecnicamente fattibile, la portata del messaggio di pubblicità politica in termini di numero di visualizzazioni e reazioni». Se tali informazioni non possono essere completate senza indebito ritardo, è fatto divieto all'editore di rendere disponibile il messaggio e, in caso di precedente diffusione, ne deve interrompere la pubblicazione, informando gli sponsor o i prestatori di servizi di pubblicità politica interessati della decisione adottata (art. 12(2) Regolamento).

Ancora, a finalità di trasparenza, per così dire, “diffusa” rispondono altresì le disposizioni di cui agli artt. 13 e 14 Regolamento. La prima prevede che la Commissione istituisca un «registro europeo» dei messaggi di pubblicità politica online, ovvero «un registro pubblico di tutti i messaggi di pubblicità politica online pubblicati nell'Unione o diretti a cittadini o residenti dell'Unione», che consenta «l'accesso del pubblico ai messaggi di pubblicità politica online, unitamente alle informazioni fornite dagli editori di pubblicità politica di cui all'art. 12(1) Regolamento, in relazione a ciascun messaggio di pubblicità politica online». Ai sensi della seconda disposizione, si impongono invece agli editori di pubblicità politica «relazioni periodiche sui servizi di pubblicità politica» che includano «informazioni sugli importi fatturati o sul valore di altre prestazioni percepite in cambio parziale o integrale dei servizi forniti, compreso l'uso di tecniche di targeting e di consegna del messaggio pubblicitario».

L'art. 15 Regolamento, proseguendo, fa obbligo agli editori di predisporre meccanismi «gratuiti, di facile uso e facilmente fruibili» (par. 2) «per consentire alle persone fisiche o giuridiche di segnalare che un

determinato messaggio di pubblicità politica di loro pubblicazione non è conforme» al Regolamento (par. 1). Una differenza si rileva sul piano strettamente letterale circa gli obblighi successivi alla segnalazione, a seconda che gli editori siano o meno “piattaforme online di dimensioni molto grandi” o “motori di ricerca online di dimensioni molto grandi” secondo le nozioni di cui al *Digital Services Act*: nel primo caso, essi «esaminano e trattano le segnalazioni ricevute» (par. 5); nel secondo, «si adoperano in ogni modo per esaminare e trattare le segnalazioni ricevute» (par. 6).

Se, infine, ai sensi dell’art. 16 Regolamento è previsto che le autorità nazionali competenti abbiano facoltà di chiedere ai prestatori di servizi di pubblicità politica di trasmettere le informazioni necessarie a verificare la conformità alle disposizioni regolamentari, senz’altro di interesse è altresì la previsione di un’analoga facoltà posta dal successivo art. 17 in capo ad alcune categorie di «soggetti interessati» (tra cui ricercatori, giornalisti e attori politici – cfr. art. 17(2) Regolamento, i quali possono appunto chiedere che gli siano trasmesse «tempestivamente e gratuitamente e, ove tecnicamente possibile in formato leggibile da dispositivo automatico» le informazioni di cui agli artt. 9, 11 e 12 Regolamento.

Volgendo lo sguardo al Capo III in materia di «targeting e consegna del messaggio di pubblicità politica online», tali pratiche sono anzitutto consentite, ai sensi dell’art. 18 Regolamento, solo se rispettano i seguenti stringenti limiti: a) il titolare del trattamento ha raccolto i dati personali presso l’interessato; b) l’interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento a fini di pubblicità politica; c) tali tecniche non comportano la “profilazione” (ne significato di cui all’art. 4(4) GDPR) utilizzando le “categorie particolari” di dati personali di cui all’art. 9 GDPR. Il paragrafo secondo del medesimo articolo, poi, vieta «le tecniche di targeting o di consegna del messaggio pubblicitario che comportano il trattamento dei dati personali di un soggetto di cui il titolare del trattamento sa, con ragionevole certezza, che è almeno un anno al di sotto dell’età per l’esercizio del voto prestabilita dalle norme nazionali». I titolari del trattamento, inoltre, devono assicurare, ai sensi dell’art. 18(4) Regolamento, che «a) all’interessato non sia richiesto il consenso se ha già indicato con mezzi automatizzati che non acconsente al trattamento dei dati a fini di pubblicità politica, a meno che la richiesta non sia giustificata da un mutamento sostanziale delle circostanze; b) all’interessato che non presta il proprio consenso sia offerta un’alternativa equivalente per l’utilizzo del servizio online senza ricevere pubblicità politica».

Confinata l’attività di targeting entro il rispetto dei richiamati requisiti e divieti, l’art. 19 Regolamento prevede quindi degli «obblighi di trasparenza addizionali» oltre a quelli sopra riportati previsti dal Capo II del Regolamento. Segnatamente, è fatto obbligo ai titolari del trattamento di: a) adottare e rendere pubblico «un documento di strategia interna che descriva chiaramente e con linguaggio semplice come tali tecniche sono utilizzate»; b) conservare registri sull’uso di tali tecniche, sui meccanismi e i parametri applicati; c) trasmettere, «contestualmente all’indicazione che si tratta di un messaggio di pubblicità politica, informazioni supplementari per permettere

all'interessato di comprendere la logica utilizzata e i principali parametri delle tecniche applicate, ivi compreso se per indirizzare o consegnare la pubblicità politica sia stato utilizzato un sistema di intelligenza artificiale e se siano state usate altre tecniche analitiche»; d) preparare «una valutazione interna annuale dei rischi dell'uso di tali tecniche di targeting o di consegna del messaggio pubblicitario sui diritti e le libertà fondamentali, i cui risultati devono essere resi pubblici; e) fornire «un riferimento ai mezzi effettivi di cui dispone l'interessato per l'esercizio dei propri diritti» e in particolare «un riferimento ai diritti dell'interessato di modificare i dati personali o revocare il consenso». Tali informazioni, prevede poi l'art. 20 Regolamento, devono essere trasmesse, su richiesta e gratuitamente, ai già menzionati «soggetti interessati» di cui all'art. 17 Regolamento.

Quanto al Capo IV, recante disposizioni su «controllo ed esecuzione», esso anzitutto richiede che il prestatore di servizi di pubblicità politica non stabilito nell'Unione designi «per iscritto una persona fisica o giuridica come suo rappresentante legale in uno degli Stati membri in cui offre servizi», il quale sia «competente per il rispetto degli obblighi» previsti dal Regolamento, potendo «essere ritenuto responsabile di qualsiasi inosservanza» dei medesimi (art. 21(1) e (2) Regolamento).

Gli artt. 22-25 Regolamento prevedono una serie di disposizioni che riguardano le autorità competenti.

In particolare, l'art. 22 assegna il monitoraggio del rispetto delle disposizioni del capo III sul targeting al Garante per la protezione dei dati personali di cui al GDPR o al Garante europeo della protezione dei dati di cui al regolamento (UE) 2018/1725 (di seguito **EUDPR**) (par. 1); richiede, quindi, (par. 3) agli Stati membri di designare le autorità competenti a controllare l'osservanza degli obblighi del capo II da parte dei prestatori di servizi intermediari di cui al *Digital Services Act*, (le quali, si prevede, possono anche coincidere con le stesse autorità competenti designate a norma del medesimo Regolamento (UE) 2022/2065); e impone infine, in via «residuale», (par. 4) di designare «una o più autorità competenti incaricate dell'applicazione e dell'esecuzione degli aspetti del regolamento non contemplati ai paragrafi 1 e 3» (dunque, primariamente, deve ritenersi, incaricate del controllo circa l'osservanza degli obblighi di cui al capo II da parte di prestatori di servizi che *non siano* gli intermediari di cui al *Digital Services Act*), le quali autorità possono coincidere o meno con le autorità già nominate. L'art. 23 Regolamento disciplina la «cooperazione transfrontaliera» tra autorità competenti dei diversi Stati membri. L'art. 24 Regolamento sancisce il diritto di presentare un reclamo alle autorità competenti per qualsiasi violazione del Regolamento.

Il successivo art. 25 si occupa delle sanzioni. Per quanto attiene all'inosservanza degli obblighi di cui agli artt. 18 e 19 Regolamento in materia di targeting online, si rinvia al potere delle autorità di controllo di cui al GDPR e all'EUDPR di imporre sanzioni pecuniarie «nei limiti delle loro competenze» e si prevede che le sanzioni pecuniarie siano «in linea» con quelle previste dalle disposizioni del GDPR e dell'EUDPR e a concorrenza degli importi massimi ivi previsti (art. 25(5) e (6) Regolamento). Per quanto riguarda invece l'inosservanza degli obblighi di

cui al Capo II, è demandato agli Stati membri di stabilire «le norme relative alle sanzioni o alle altre misure necessarie», le quali «devono essere effettive, proporzionate e dissuasive», tenendo conto «delle norme che disciplinano la libertà di stampa e la libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione e delle norme o dei codici che disciplinano la professione di giornalista» (art. 25(1) Regolamento). La libertà lasciata ai singoli Stati, si rileva, è comunque vincolata al rispetto di taluni “massimali”, particolarmente elevati, per le “sanzioni finanziarie” (art. 25(2) Regolamento), pari: a) al 6 % delle entrate o del bilancio annui dello sponsor o del prestatore di servizi di pubblicità politica, a seconda dei casi e in funzione del valore più elevato, oppure b) al 6 % del fatturato mondiale annuo dello sponsor o del prestatore di servizi di pubblicità politica nell'esercizio precedente. Infine, l'art. 25(5) Regolamento contiene una disposizione che autorizza gli Stati membri a prevedere sanzioni periodiche per violazioni reiterate che si verificano a ridosso di appuntamenti di voto, considerate per ciò stesso particolarmente gravi, e, nel far ciò, include nella previsione la violazione dell'art. 18 Regolamento, in materia di targeting online.

L'art. 26 Regolamento, infine, prevede che gli Stati membri pubblichino «in maniera facilmente accessibile le date di elezioni e referendum e, se del caso, dei rispettivi periodi elettorali» (par. 1) e che la Commissione metta a disposizione un portale accessibile al pubblico attraverso il quale gli Stati membri comunicano le date delle rispettive elezioni, referendum e, se del caso, periodi elettorali (par. 2).

Il Capo V, come già riferito, reca le disposizioni finali. L'art. 27 Regolamento prevede che entro due anni da ciascuna elezione del Parlamento europeo, la Commissione presenti al Parlamento e al Consiglio «una relazione sulla valutazione e sul riesame» del Regolamento, al fine di, appunto, valutare l'eventuale necessità di modificarlo, in particolare relativamente agli aspetti seguenti: a) l'ambito di applicazione del Regolamento e la definizione di pubblicità politica; b) l'efficacia del Regolamento rispetto a mezzi specifici di pubblicità politica; c) l'efficacia delle misure di trasparenza; d) l'efficacia delle norme che limitano il trattamento dei dati personali ai fini delle tecniche di targeting e di consegna del messaggio pubblicitario; e) l'efficacia della struttura di controllo e applicazione. Gli artt. 28 e 29 Regolamento disciplinano invece rispettivamente l'esercizio del potere della Commissione di adottare atti delegati e l'assistenza da parte di un comitato ai sensi del regolamento (UE) n. 182/2011. L'art. 30 Regolamento, infine, prevede che esso si applichi in via differita rispetto all'entrata in vigore (ad eccezione delle disposizioni di cui agli artt. 3 e 5(1) Regolamento), a decorrere dal 10 ottobre 2025.

BENIAMINO PARENZO

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L\\_202400900](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202400900)

2024/2(8)RiM

## 8. Approvata la direttiva sui lavoratori delle piattaforme online

Dopo uno stallo politico durato più di due anni, il 24 aprile 2024 il Parlamento europeo ha approvato definitivamente la “direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro tramite piattaforme digitali” (di seguito la “**Direttiva**”), che, dopo l’approvazione del Consiglio, attende ora solo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea. Tale iniziativa legislativa si inserisce nel piano d’azione del Pilastro Europeo dei Diritti Sociali, un documento programmatico proposto dalla Commissione Juncker e proclamato dal Consiglio dell’Unione europea, dalla Commissione e dal Parlamento al vertice di Göteborg del 2017 teso a ridare una rinnovata centralità alla dimensione sociale dell’Unione europea.

Come indicato nel terzo Considerando, la Direttiva persegue il diritto di accesso a eque condizioni di lavoro, indipendentemente dal tipo di rapporto, nonché il diritto di informazione e quello di protezione della salute e dei dati personali sul posto di lavoro.

Più nel dettaglio, la Direttiva affronta in primo luogo il problema della qualificazione del rapporto giuridico intercorrente tra i lavoratori e le piattaforme digitali. È, infatti, noto a tutti che sia in Italia che negli altri Paesi dell’Unione europea è sorto un vasto contenzioso sull’inquadramento giuridico del rapporto di lavoro dei *riders* e di chiunque svolga una prestazione in favore di una piattaforma di lavoro digitale, anche da remoto (v. in questa Rubrica la notizia n. 12 nel numero 2/2022 sulla sentenza Trib. Milano n. 1018/2022 a proposito della qualificazione del rapporto di lavoro nei confronti di Deliveroo [[2022/2\(12\)VP](#)]).

La Direttiva offre, innanzitutto, la definizione di “piattaforma di lavoro digitale”, che viene definita dall’articolo 2 come qualsiasi soggetto che fornisca un servizio commerciale che rispetta i seguenti requisiti: a) è fornito almeno in parte a distanza con mezzi elettronici; b) è fornito su richiesta del destinatario; c) comporta, quale componente necessaria ed essenziale, l’organizzazione del lavoro di persone fisiche; d) comporta l’uso di sistemi di monitoraggio automatizzato o di sistemi decisionali automatizzati.

Questo ultimo requisito è stato inserito nel corso dell’*iter* di approvazione del testo con l’evidente obiettivo di limitare notevolmente il campo di applicazione della direttiva anche se, secondo i primi commentatori, l’efficacia pratica dell’inserimento potrebbe essere molto inferiore alle aspettative.

Il cuore della direttiva era ed è l’introduzione di una presunzione legale di subordinazione che, tuttavia, nel corso dell’*iter* di approvazione del testo, è stata notevolmente edulcorata.

Nella sua versione originale la direttiva prevedeva la presunzione di subordinazione del rapporto di lavoro ogniqualvolta venisse riscontrata la presenza di almeno due di cinque parametri, o indici presuntivi, tra i quali la “determinazione effettiva del livello della retribuzione” e la “effettiva

limitazione della possibilità di costruire una propria clientela o di svolgere lavori per terzi”.

Nel testo finale, invece, tale meccanismo automatico e vincolante è stato notevolmente ridimensionato e l’attuale articolo 4 della Direttiva si limita a prevedere che gli Stati membri debbano stabilire misure effettive per accertare l’esistenza di un rapporto di lavoro per come definito dalla legge, dalla contrattazione collettiva o dalla prassi del singolo Paese, “tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia”.

Poco più di un nulla di fatto per tutti quei Paesi, come Italia, Spagna e Francia, in cui è già presente nell’ordinamento giuridico il principio di indisponibilità del tipo contrattuale lavoro subordinato che consente al lavoratore, a prescindere dalla veste formale data al rapporto di lavoro, di chiedere in via giudiziale l’accertamento della natura subordinata della relazione di lavoro.

Gli Stati membri dovranno comunque stabilire una presunzione relativa di subordinazione, con inversione dell’onere della prova nel caso in cui siano accertati “fatti che indichino controllo e direzione”.

Il set di tutele predisposte per i lavoratori delle piattaforme, oltre a quanto già detto sulla presunzione di subordinazione, prevede poi misure volte a migliorare la trasparenza e la protezione dei dati personali dei lavoratori soggetti al management algoritmico, ossia, all’automazione dell’esercizio di uno o più poteri datoriali (per un caso problematico v. in questa Rubrica la notizia n. 9 nel numero 3/2021 per il provvedimento del 22.7.2021 del Garante Privacy nei confronti di Deliveroo per il trattamento dei dati personali dei riders [[2021/3\(9\)AN](#)]).

In questo contesto si prevede che i lavoratori, i loro rappresentanti e, su richiesta, le autorità competenti devono ricevere informazioni sull’uso di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati, tra cui lo scopo di tali sistemi e i parametri utilizzati per adottare le decisioni.

Si prevede, poi, il divieto di trattare dati personali relativi allo stato emotivo e psicologico dei lavoratori, dati relativi a conversazioni private, in particolare con rappresentanti sindacali, e dati che permettano di prevedere il futuro esercizio di diritti fondamentali.

Più nel dettaglio, l’art. 7 della Direttiva vieta alle piattaforme di lavoro digitali di trattare mediante sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati: (a) dati personali relativi allo stato emotivo o psicologico della persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali; (b) dati personali relativi a conversazioni private; (c) dati personali quando la persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali non sta svolgendo un lavoro mediante le stesse o non si sta offrendo per svolgerlo; (d) dati personali per prevedere l’esercizio di diritti fondamentali, compresi il diritto di associazione, il diritto di negoziazione e di azioni collettive o il diritto all’informazione e alla consultazione, quali definiti nella Carta dei diritti fondamentali della Unione europea; (e) dati personali per desumere l’origine razziale o etnica, lo status di migrante, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, la disabilità, lo stato di salute, comprese le malattie croniche o la sieropositività, lo stato emotivo o psicologico, l’adesione a un sindacato, la vita sessuale o l’orientamento sessuale di una

persona; (f) i dati biometrici, come definiti nel regolamento (UE) 2016/679 (il GDPR), di una persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali per stabilirne l'identità confrontandoli con i dati biometrici di persone memorizzati in una banca dati.

L'art. 17 della Direttiva introduce, poi, un diritto di accesso delle autorità nazionali a informazioni quali il numero delle persone che lavorano tramite la piattaforma, il loro inquadramento contrattuale, la remunerazione media, etc. Si tratta, senza dubbio, di poteri già oggi esercitabili dalle autorità ma la previsione appare senza dubbio utile a rafforzare il controllo pubblico sul lavoro tramite piattaforma.

Infine, appare degno di nota il tentativo di “umanizzare” il management algoritmico contenuto negli artt. 10 e 11 della Direttiva che prevedono l'obbligo di supervisione umana per i sistemi automatizzati e il diritto del lavoratore di spiegazione e revisione delle decisioni da parte di un agente umano.

RICCARDO MARAGA

<https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20240419IPR20584/riders-il-parlamento-adotta-la-direttiva-sul-lavoro-delle-piattaforme>

2024/2(9)FBe

### 9. Approvata la direttiva (UE) 2024/1799 sul diritto alla riparazione “R2R”

Con la direttiva (UE) 2024/1799 del 13 giugno 2024 recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e le direttive (UE) 2019/771 e (UE) 2020/1828, il legislatore europeo ha istituito per alcune categorie di beni il diritto del consumatore alla riparazione per difetti del bene che si verificano o si manifestano al di fuori della responsabilità del venditore ai sensi della direttiva (UE) 2019/771 (di seguito la **Direttiva** o la **direttiva R2R**, da Right to Repair, “R2R”).

La direttiva R2R è stata adottata nello stesso giorno in cui è stato adottato il regolamento (UE) 2024/1781 del 13 giugno 2024 che stabilisce il quadro per la definizione dei requisiti di progettazione ecocompatibile per prodotti sostenibili, modifica la direttiva (UE) 2020/1828 e il regolamento (UE) 2023/1542 e abroga la direttiva 2009/125/CE (“**Regolamento ecodesign**”).

Per la definizione di «riparazione», la direttiva R2R rimanda a quella contenuta nel Regolamento ecodesign: «una o più azioni effettuate per ripristinare il prodotto difettoso o il rifiuto [*waste* in lingua inglese] a una condizione in cui consegue la finalità cui è destinato» (art. 2, n. 20 Regolamento ecodesign).

Nonostante alcune scelte di compromesso adottate nell'intervenire sulla direttiva (UE) 2019/771 (sul cui recepimento in Italia, v. in questa Rubrica

notizia n. 1 nel numero 4/2021 [[2021/4\(1\)FB](#)]), l'istituzione del diritto alla riparazione del bene rappresenta un passo in avanti nel percorso verso la sostenibilità di produzione e consumo (obiettivo 12 dei *Sustainable Development Goals*, SDGs, dell'[Agenda 2030](#) per lo sviluppo sostenibile adottata il 25.9.2015 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite) e l'instaurazione di un'economia circolare (Considerando 5 direttiva R2R).

La direttiva R2R stabilisce infatti norme comuni per rafforzare le disposizioni relative alla riparazione dei beni, mirando a migliorare il funzionamento del mercato interno sia sul versante dell'innalzamento del livello di protezione dei consumatori, sia su quello della riduzione dell'impatto dei prodotti sull'ambiente mediante l'allungamento del loro possibile ciclo di vita e la facilitazione del c.d. "ricondizionamento" (Considerando 1, 3 direttiva R2R).

Dalla necessità di tentare di rispondere alle istanze di sostenibilità in modo uniforme all'interno dell'Unione deriva quella di assicurare che le modalità con cui gli Stati membri daranno attuazione alla direttiva R2R non ostacolino l'operatività transfrontaliera e anzi consentano a produttori e venditori di operare in uno scenario di certezza. Il grado di armonizzazione prescelto dal legislatore europeo risponde a entrambe le esigenze: in linea con la parabola evolutiva della normativa consumeristica a partire dalla direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, la direttiva R2R segue la linea della *full harmonisation* (art. 3 direttiva R2R).

L'art. 3 della Direttiva preclude infatti agli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni "divergenti" da quelle stabilite all'interno della normativa europea. In questa prospettiva, l'armonizzazione massima dovrebbe accrescere la fiducia dei consumatori circa i propri diritti e fugare i dubbi sulla responsabilità dei professionisti in ciascuno Stato Membro, nell'interesse di tutti gli attori del mercato.

In vista del recepimento, non vanno inoltre trascurate né la dimensione programmatica dei Considerando che precedono l'articolato normativo, né quanto disposto dall'art. 13 direttiva R2R, dove si prevede che gli Stati membri debbano adottare «almeno una misura volta a promuovere la riparazione», da leggersi insieme al Considerando 36 direttiva R2R, che divide tali misure tra quelle di carattere finanziario e quelle di carattere non finanziario. Nel contesto valoriale che ispira il [Green Deal europeo](#), la *ratio* dell'intervento e le maglie larghe della norma da ultimo richiamata (art. 13 direttiva R2R) hanno infatti indotto ad ipotizzare che ciascuno Stato membro possa introdurre norme di recepimento che non ricalchino pedissequamente quelle europee, nella misura in cui – in conformità con gli obiettivi di sviluppo sostenibile – queste contribuiscano ad una più significativa riduzione dell'impatto ambientale del prodotto o della produzione. Tale lettura potrebbe stimolare l'avvio di una riflessione più ampia sulla possibilità di individuare un principio di "maggior tutela dell'ambiente", capace di giustificare eventuali scostamenti dalla normativa europea, ma richiederebbe preliminarmente di chiarire il significato da riconoscere all'attributo "divergenti" all'interno della legislazione dell'Unione.

Per quanto attiene ai limiti soggettivi di applicazione delle nuove disposizioni, l'art. 1 direttiva R2R si allinea all'impostazione della normativa europea consumeristica dedicata al difetto di conformità e alla responsabilità del produttore, prevedendo che la Direttiva si applichi alla riparazione dei beni acquistati dai soli consumatori.

Dal punto di vista dell'ambito oggettivo di applicazione, va chiarito che, come disposto dagli artt. 1(2), 1(3) e 5(1) direttiva R2R, l'obbligo di riparazione del fabbricante introdotto dalla direttiva R2R trova applicazione:

- «in caso di difetto del bene che si verifica o si manifesta al di fuori della responsabilità del venditore ai sensi dell'art. 10 della direttiva (UE) 2019/771»; e

- solo con riferimento a quei prodotti per i quali requisiti di riparabilità siano specificati all'interno degli atti giuridici dell'Unione elencati nell'Allegato II della direttiva stessa.

Sotto il primo aspetto, si ricorda che ai sensi dell'art. 10(1) direttiva (UE) 2019/771, il venditore è responsabile nei confronti del consumatore di qualsiasi «difetto di conformità sussistente al momento della consegna del bene e che si manifesta entro 2 anni da tale momento», salve le disposizioni particolari per i beni con elementi digitali e la facoltà degli Stati membri di mantenere in vigore o introdurre termini più lunghi.

Sotto il secondo aspetto, la limitazione concerne prodotti già coperti da requisiti di riparabilità ai sensi del diritto dell'UE, che riguardano soprattutto gli elettrodomestici (lavatrici, asciugatrici, lavastoviglie, frigoriferi, televisori, aspirapolveri). L'elencazione di cui all'Allegato II della direttiva R2R è ovviamente suscettibile di essere modificata e ampliata, soprattutto via via che saranno introdotti e integrati i requisiti di *ecodesign* per altre tipologie di dispositivi e gruppi di prodotti tecnologici.

*Legibus sic stantibus*, tuttavia, l'obbligo di riparazione di cui all'art. 5 direttiva R2R e il correlato obbligo informativo *ex art. 6* della medesima Direttiva sussiste solo per un limitato gruppo di beni attualmente individuabili tramite il detto Allegato II. L'obbligo, dunque, non sussiste per altri prodotti (per esempio quelli tessili) la cui produzione e il cui smaltimento, allo stato attuale, hanno un forte impatto ambientale.

In termini generali, le disposizioni di cui agli artt. 4 - 7 direttiva R2R sono comuni a tutti i fornitori di servizi di riparazione. L'art. 4 della Direttiva è infatti dedicato al “modulo europeo di informazioni sulla riparazione” (di cui all'Allegato I della direttiva R2R), che – salva la facoltà di addebitare i costi per i servizi di diagnostica del difetto necessari – deve essere fornito gratuitamente al consumatore. Il modulo di informazioni deve essere rilasciato su un supporto durevole entro un periodo di tempo ragionevole dalla richiesta del consumatore, e in ogni caso prima che questi sia vincolato da un contratto per la fornitura di servizi di riparazione. La previsione sottolinea – come già accade all'interno della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, e in armonia con la *ratio* della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori – l'importanza che le informazioni fornite al consumatore siano accurate, chiare e comprensibili, così da consentire al consumatore di comparare le offerte sul mercato e di compiere una scelta consapevole e

ponderata. La trasparenza informativa, nel caso di specie, è funzionale all'agevole individuazione, *inter alia*, dell'identità del riparatore e dei suoi recapiti, del bene da riparare, della natura del difetto e del tipo di riparazione proposta; del prezzo (o delle relative modalità di calcolo) e dei tempi della riparazione, nonché dell'eventuale disponibilità di beni sostitutivi.

Gli effetti della trasmissione del modulo europeo al consumatore, tuttavia, non paiono esaurirsi sul piano della *compliance* informativa. Il disposto dell'art. 4(5) direttiva R2R consente di ipotizzare che la consegna del modulo produca effetti procedurali sottratti alla disponibilità del riparatore. La norma stabilisce che il riparatore non possa modificare le condizioni di riparazione specificate nel modulo europeo di informazioni sulla riparazione per almeno 30 giorni (ovvero per il più esteso termine eventualmente indicato). Prevede inoltre che la notifica dell'accettazione del consumatore entro il periodo di validità del modulo impegni il riparatore ad eseguire il servizio di riparazione a tali condizioni. Pertanto, pare che la previsione non si limiti ad elevare le condizioni di riparazione a parte integrante del contratto concluso: una formulazione siffatta induce a chiedersi se, all'atto del recepimento, il nostro legislatore sceglierà di riconoscere *expressis verbis* alla trasmissione del modulo europeo di informazione gli effetti di una proposta irrevocabile *ex art.* 1329 c.c.

Anche l'art. 6 direttiva R2R coinvolge il profilo informativo, demandando agli Stati membri il compito di imporre ai soggetti obbligati alla riparazione (*ex art.* 5(3) direttiva R2R: il fabbricante o, qualora questi sia stabilito al di fuori dell'Unione, il suo rappresentante autorizzato e, in subordine, l'importatore o il distributore) di rendere gratuitamente disponibili e facilmente fruibili le informazioni sui servizi di riparazione, almeno per durata dell'obbligo di riparazione.

Secondo l'art. 5 direttiva R2R, il fabbricante – tenuto *ex art.* 6 della medesima Direttiva ad informare il consumatore del diritto alla riparazione – è obbligato ad effettuare gli interventi per riparare il bene su richiesta del consumatore, salvo che questi siano impossibili da un punto di vista tecnico o giuridico (Considerando 24).

In assenza di un riferimento al criterio della proporzionalità di tenore analogo a quello contenuto nell'art. 10(2) della direttiva (UE) 2019/771, che limita la libertà di scelta del consumatore tra il rimedio della sostituzione e quello della riparazione quando la scelta imponga al venditore costi sproporzionati rispetto all'alternativa, il fabbricante non dovrebbe poter rifiutare la riparazione per motivi esclusivamente economici. La differenza sembra doversi al fatto che per la riparazione prevista dalla direttiva R2R può essere richiesto al consumatore un "prezzo ragionevole" (art. 5(2)(a) direttiva R2R), mentre la riparazione come al rimedio al difetto di conformità prevista dalla direttiva (UE) 2019/771 è gratuita (art. 14(1)(a) direttiva (UE) 2019/771). Ciononostante, la circostanza che, a fronte dell'impossibilità della riparazione il fabbricante possa offrire al consumatore un bene ricondizionato induce a ritenere che la facoltà riconosciuta al fabbricante sia in ultima analisi anche funzionale ad agevolare la sostituzione in tutti i casi in cui gli interventi di riparazione siano eccessivamente gravosi. Del resto, il *gap* informativo e tecnico che

caratterizza la posizione del consumatore, difficilmente potrebbe consentire di contestare l'asserita impossibilità della riparazione o la ragionevolezza del prezzo richiesto per la riparazione. Riletta in questi termini, l'obbligazione del fabbricante potrebbe configurarsi, sostanzialmente, come facoltativa.

Da un punto di vista operativo, la riparazione potrà essere subappaltata dal soggetto obbligato, che continuerà ad essere però responsabile della riparazione anche nel caso in cui incarichi terzi dell'esecuzione materiale dell'intervento.

Le previsioni che vietano ai fabbricanti di rifiutare la riparazione per il solo fatto che siano già stati eseguiti tentativi di riparazione precedenti e quelle che non consentono di impedire l'utilizzo di ricambi di seconda mano o compatibili (purché conformi ai requisiti previsti dal diritto dell'Unione o nazionale), stimolano la concorrenza nel mercato della riparazione e l'interoperabilità dei componenti in un contesto nel quale ai consumatori è assicurato il diritto di rivolgersi a qualsiasi riparatore loro gradito (art. 5(8) direttiva R2R).

Relativamente a questa linea di politica legislativa, può ricordarsi che l'apertura del mercato dei servizi di riparazione e post-vendita costituisce una delle *rationes* anche della disciplina del Capo II del Data Act (il Regolamento (UE) 2023/2854) sulla condivisione dei dati generati dall'uso dei prodotti connessi e dei servizi correlati (su cui v., in questa Rubrica, notizia n. 1 del numero 4/2023 [[2023/4\(1\)SO](#)]), come dichiarato nel Considerando 32 del Data Act.

Venendo ora a commentare il disposto del paragrafo 2 dell'art. 5 direttiva R2R, può osservarsi, in via generale, come il criterio della ragionevolezza appaia ispirare le condizioni di riparazione per quanto riguarda tempistiche, costi diretti e costi indiretti eventualmente collegati a beni sostitutivi. Infatti, l'art. 5(2) direttiva R2R non regola nel dettaglio il contenuto dell'obbligo di riparazione, ma rimette alle dinamiche di mercato l'individuazione di parametri indicativi e ragionevoli per tempi e costi della riparazione, in particolare disponendo che:

- a) la riparazione è eseguita a titolo gratuito o a un prezzo ragionevole;
- b) la riparazione è eseguita entro un periodo di tempo ragionevole dal momento in cui il fabbricante prende fisicamente possesso del bene, riceve il bene o ottiene l'accesso al bene da parte del consumatore;
- c) il fabbricante può fornire in prestito al consumatore un bene sostitutivo, a titolo gratuito o a un costo ragionevole, per la durata della riparazione; e
- d) nei casi in cui la riparazione è impossibile, il fabbricante può offrire al consumatore un bene ricondizionato.

La direttiva R2R ulteriormente mira a rendere liberamente accessibili ai consumatori tramite appositi portali *online* le informazioni sui suddetti elementi per favorire dinamiche di mercato aperte e concorrenziali. Viene in evidenza in proposito l'art. 7 direttiva R2R che aspira a realizzare sotto questo aspetto una connessione tra la transizione ecologica e quella digitale. La norma istituisce infatti una «piattaforma online europea per la riparazione», per consentire ai consumatori di trovare riparatori e, se del

caso, venditori di beni ricondizionati, acquirenti di beni difettosi a fini di ricondizionamento o iniziative di riparazione di tipo partecipativo. È inoltre previsto che la piattaforma online europea sia costituita da sezioni nazionali predisposte dagli Stati membri e accomunate da un'unica interfaccia.

Deve tuttavia segnalarsi che l'impiego di risorse pubbliche, necessarie a tal fine, ha indotto a criticare la razionalità di una scelta siffatta alla luce del rapporto costi-benefici, soprattutto in ragione del fatto che la maggior parte dei riparatori e di venditori di prodotti ricondizionati opera già *online* ed è indicizzata su comuni motori di ricerca.

Nella prospettiva di rafforzare i diritti dei consumatori e di favorire altresì una produzione sostenibile, si vieta al fabbricante di inserire clausole contrattuali volte a limitare la possibilità di riparazione dei beni contemplati dagli atti giuridici dell'Unione di cui all'allegato II (art. 5(6) direttiva R2R) e si stabilisce l'inefficacia di qualsiasi pattuizione che, a danno del consumatore, escluda l'applicazione delle disposizioni nazionali di recepimento della direttiva R2R o vi deroghi *in peius* (art. 14 direttiva R2R). Inoltre, anche al fine di stimolare il miglioramento delle caratteristiche di riparabilità dei beni, si vietano tecnologie che impediscano la riparazione dei beni identificabili mediante gli atti dell'Unione di cui all'allegato II. Il divieto trova espresso temperamento ove l'applicazione della tecnologia *software* o *hardware* che ha per effetto la limitazione o l'esclusione della riparabilità del bene sia una soluzione ragionevole per bilanciare gli interessi particolari coinvolti nella fattispecie concreta (ad esempio, quello di protezione della proprietà intellettuale).

Il quadro muta radicalmente per la riparazione e la riparabilità di quei beni che non rientrano tra quelli menzionati negli atti dell'Unione elencati nell'Allegato II della direttiva R2R.

Per essi, la riparazione è una semplice facoltà, e i fabbricanti possono evitare alla radice di predisporre e fornire lo stesso modulo informativo di cui all'art. 4 direttiva R2R qualora non intendano offrire la riparazione. In questi casi, i riparatori non sono perciò obbligati a erogare servizi di riparazione alle condizioni di cui all'art. 5 direttiva R2R, né in via generale ad effettuare interventi sul bene venduto.

Oltre ad introdurre un obbligo di riparazione che opera al di fuori dalle ipotesi di responsabilità del venditore per eventuali difetti di conformità, la direttiva R2R interviene altresì direttamente sulla direttiva (UE) 2019/771 apportandovi alcune modifiche, come disposto dall'art. 16 direttiva R2R, che le elenca in quattro punti.

In particolare, per effetto del punto 1) dell'art. 16 direttiva R2R, i requisiti oggettivi di conformità di cui all'art. 7(1)(d) direttiva (UE) 2019/771 sono integrati con le qualità e le caratteristiche di «riparabilità» (laddove nel testo emendato si parlava solo di quelle di «durabilità, funzionalità, compatibilità e sicurezza») «normali in un bene del medesimo tipo e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore, o da altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali».



Il punto 2) dell'art. 16 direttiva R2R dispone tre modifiche all'art. 10 direttiva (UE) 2019/771 rubricato *Responsabilità del venditore*. Si tratta di tre modifiche collegate una all'altra. La prima consiste nell'introduzione del comma 2-bis dell'art. 10 direttiva (UE) 2019/771, con la previsione che se, ai sensi dell'articolo 13(2) direttiva (UE) 2019/771, si effettua una riparazione come rimedio per rendere conformi i beni, il periodo di responsabilità è esteso una volta di dodici mesi. La seconda e la terza modifica dell'art. 10 direttiva (UE) 2019/771 consistono nella sostituzione del comma 3 e nell'introduzione del comma 5-bis. Il comma 3 è sostituito nel senso di prevedere che ciascuno Stato membro può mantenere o introdurre termini di responsabilità del venditore nei confronti del consumatore per difetti di conformità più lunghi rispetto a quelli minimi di due anni dalla consegna del bene o del più esteso periodo di tempo durante il quale il contenuto o il servizio digitale sono forniti al consumatore. Il nuovo comma 5-bis opera insieme alle altre nuove disposizioni. Il combinato disposto che ne risulta consiste nella previsione secondo cui gli Stati membri che non prevedono termini fissi per la responsabilità del venditore per il difetto di conformità del bene consegnato, o prevedono solo un termine di prescrizione applicabile ai rimedi esperibili a fronte della difformità, potranno derogare all'estensione di responsabilità del venditore di ulteriori dodici mesi, prevista dal nuovo comma 2-bis per il caso in cui sia eseguito un intervento di riparazione, purché ciò assicuri in ogni caso la copertura di un periodo di prescrizione minimo di 3 anni.

Sul versante rimediale, le modifiche agli artt. 13 e 14 direttiva (UE) 2019/771 - disposte ai punti 3) e 4) dell'art. 16 direttiva R2R - impongono al venditore di informare il consumatore circa il diritto di scegliere tra riparazione e sostituzione e in merito all'estensione del periodo di responsabilità del venditore nel caso il bene venga riparato, nonché a chiarire le condizioni che devono essere assicurate nell'adempimento dell'obbligo di riparare o sostituire il bene da parte del venditore, prevedendo inoltre che, nel corso della riparazione, il venditore può fornire gratuitamente al consumatore un bene sostitutivo, compreso un bene ricondizionato, in prestito, e che, su esplicita richiesta del consumatore, il venditore può fornire un bene ricondizionato per adempiere al suo obbligo di sostituire il bene.

Pertanto, i beni ricondizionati, nel disegno dei rimedi per il difetto di conformità della disciplina della direttiva (UE) 2019/771, dopo le modifiche introdotte dalla direttiva R2R, rilevano sotto un duplice profilo: quello dei beni sostitutivi temporanei che il venditore può mettere a disposizione del consumatore durante l'esecuzione dell'intervento di riparazione; ovvero – a richiesta del consumatore – quello del bene sostitutivo vero e proprio, di cui il consumatore acquisterà la titolarità dopo aver restituito il bene non conforme al venditore.

All'interno del perimetro di responsabilità del venditore per la non conformità del bene consegnato, ai sensi della disciplina della direttiva (UE) 2019/771, dunque, sebbene la riparazione ivi prevista sia stata incoraggiata sul piano formale attraverso le predette modifiche apportate dalla direttiva R2R (in particolare: attraverso la diffusione di maggiori informazioni ad

essa relative, l'estensione del periodo di responsabilità del venditore e la previsione relativa a possibili beni sostitutivi durante l'esecuzione dell'intervento), il venditore potrà continuare a rifiutarsi - ex art. 13(3) direttiva (UE) 2019/771 - di rendere conformi i beni non solo qualora la riparazione sia impossibile, ma anche quando i costi che dovrebbe sostenere per la stessa siano "sproporzionati". In questa dimensione, è marginale l'incentivo offerto alla produzione di beni facilmente riparabili da parte delle modifiche alla direttiva (UE) 2019/771, perché saranno la sensibilità ecologica dei consumatori e la loro propensione ad accettare prodotti riparati e/o ricondizionati a determinare l'effettivo impatto della vendita di beni di consumo sulla transizione ecologica.

Infine, dal punto di vista dell'*enforcement*, l'art. 17 della direttiva R2R modifica la direttiva (UE) 2020/1828 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, prevedendo che l'Allegato di tale direttiva menzioni anche la direttiva R2R.

A tal proposito, nel Considerando 39 della direttiva R2R, si specifica che le disposizioni di applicazione di cui alla medesima direttiva lasciano impregiudicata la direttiva (UE) 2020/1828.

Nella consapevolezza che l'effettività dei diritti riconosciuti ai consumatori non può prescindere da adeguati meccanismi di tutela, la direttiva R2R demanda perciò agli Stati membri il compito di garantire che esistano mezzi adeguati ed efficaci per assicurare il rispetto delle nuove previsioni, anche attraverso interventi che legittimino enti pubblici o loro rappresentanti, organizzazioni aventi un legittimo interesse a proteggere i consumatori o l'ambiente e associazioni di categoria ad adire le autorità competenti al fine di assicurare l'applicazione delle disposizioni nazionali di recepimento.

FRANCESCA BERTELLI

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L\\_202401799](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401799)

2024/2(10)ES

### **10. Entrato in vigore il regolamento (UE, Euratom) 2023/2841 che stabilisce misure per un livello comune elevato di cibersecurity nelle istituzioni, negli organi e negli organismi dell'Unione**

Il 7 gennaio 2024 è entrato in vigore il regolamento (UE, Euratom) 2023/2841 (da ora anche il "**Regolamento**") del 13 dicembre 2023 che stabilisce misure per un livello comune elevato di cibersecurity nelle istituzioni, negli organi e negli organismi dell'Unione Europea (da ora anche i "**Soggetti dell'Unione**").

Il Regolamento chiarisce fin da principio che le minacce informatiche ai Soggetti dell'Unione evolvono costantemente aumentando di complessità (Considerando n. 1).

Il Regolamento si applica a tutti i Soggetti dell'Unione e si propone di raggiungere un livello comune elevato di sicurezza cibernetica. Gli obiettivi della disciplina in commento, dunque, sono: i) la definizione da parte di ciascuno di suddetti Soggetti *“di un quadro interno di gestione, di governance e di controllo dei rischi per la cibersecurity”*; ii) la gestione, segnalazione e condivisione tra i Soggetti delle informazioni attinenti ai rischi per la cibersecurity, nonché iii) la creazione di un comitato interistituzionale per la cibersecurity (art. 1). Il successivo art. 3 contiene una serie di definizioni tra cui spicca quella di Soggetti dell'Unione.

Per quanto riguarda l'obiettivo sub i), il Regolamento prevede che ogni Soggetto dell'Unione istituisca un *“quadro interno di gestione, di governance e di controllo dei rischi”* cibernetici riguardante tutte le sue strumentazioni tecnologiche, anche se non connesse a internet, secondo un approccio multirischio. Tale quadro deve stabilire le politiche, i ruoli e le responsabilità dei soggetti coinvolti in materia di cibersecurity. Al fine di assicurare la sua massima efficacia ed efficienza, il suddetto quadro deve essere riesaminato periodicamente e, comunque, almeno ogni quattro anni (art. 6). Inoltre, almeno ogni due anni, ciascuno Soggetto dell'Unione deve valutare la maturità dei propri strumenti di cibersecurity (art. 7).

Per quanto riguarda l'obiettivo sub ii), l'art. 8 del Regolamento prevede che *“ogni soggetto dell'Unione adotta misure tecniche, operative e organizzative adeguate e proporzionate, sotto la vigilanza del livello di dirigenza più elevato, per gestire i rischi per la cibersecurity individuati nell'ambito del quadro e per prevenire o ridurre al minimo l'impatto degli incidenti”*. In particolare, l'art. 8, par. 2 specifica il contenuto delle suddette misure.

Tali misure di gestione del rischio compongono i piani per la cibersecurity. Ai sensi dell'art. 9, un piano *“è volto ad aumentare la cibersecurity complessiva del soggetto dell'Unione e contribuisce così al rafforzamento di un livello comune elevato di cibersecurity all'interno dei soggetti dell'Unione”*. Ogni Soggetto dell'Unione deve adottare senza ritardo, e comunque entro l'8 gennaio 2026, il proprio piano in cui occorre dedicare particolare attenzione agli incidenti significativi.

Per quanto riguarda l'obiettivo sub iii), l'art. 10 del Regolamento istituisce un comitato interistituzionale per la cibersecurity (c.d. **“Interinstitutional Cybersecurity Board”** o **“IICB”**) a cui è affidata l'attuazione degli obiettivi del Regolamento (art. 11). Tale organo deve creare un piano di gestione delle crisi informatiche che contenga gli elementi stabiliti dall'art. 23, par. 1 del Regolamento. Al fine di perseguire i propri compiti, l'IICB può chiedere informazioni e documenti ai Soggetti dell'Unione e laddove ravvisi che questi non rispettino il Regolamento, tra l'altro, può: i) trasmettere al Soggetto un parere motivato *“sulle carenze osservate nell'attuazione del ... regolamento”*; ii) fornire indirizzi al Soggetto dell'Unione *“affinché il suo quadro, le sue misure di gestione del rischio di cibersecurity, il suo piano di cibersecurity e le sue relazioni si conformino al presente regolamento entro un termine specificato”*; iii) emanare un avvertimento invitando il Soggetto a rimediare alle violazioni riscontrate entro un termine prestabilito e, laddove questo non provveda,

inviargli una “notifica motivata”; iv) “*se del caso, informare la Corte dei conti ... della presunta inosservanza*”; v) “*emanare una raccomandazione affinché tutti gli Stati membri e i soggetti dell'Unione attuino una sospensione temporanea dei flussi di dati verso il soggetto dell'Unione interessato*” (art. 12).

L'art. 13 è dedicato alla squadra di pronto intervento informatico delle istituzioni, degli organi e delle agenzie dell'UE (c.d. “**Computer Emergency Response Team for the EU institutions, bodies and agencies**” o “**CERT-UE**”) a cui è affidato il compito di supportare i Soggetti dell'UE al fine di prevenire, rilevare e gestire gli incidenti informatici. Nello specifico l'art. 13, par. 6 dettaglia quali servizi possa prestare il CERT-UE. Quest'ultimo coopera con i suoi omologhi nazionali per assicurare l'attuazione del Regolamento. A tal fine, può adottare nei confronti dei Soggetti dell'UE: a) inviti descrittivi le misure di sicurezza da adottare urgentemente; b) indirizzi e raccomandazioni che individuano i miglioramenti da apportare ai sistemi di gestione dei rischi e le modalità di valutazione degli stessi (art. 14).

L'art. 21, par. 1 stabilisce che un incidente sia significativo se:

- “*ha causato o è in grado di causare una grave perturbazione operativa per il funzionamento del soggetto dell'Unione interessato o perdite finanziarie per lo stesso*”;
- “*ha interessato o è in grado di interessare altre persone fisiche o giuridiche causando considerevoli danni materiali o immateriali*”.

In tal caso, ai sensi dell'art. 21, par. 2, i Soggetti dell'UE informano i loro omologhi nazionali e inviano:

- senza ritardo, e comunque entro 24 ore da quando sono venuti a conoscenza dell'incidente, al CERT-UE un preallarme che può anche indicare se l'incidente si sospetta sia il frutto di atti illegittimi, possa avere rilevanza transfrontaliera o interessare diversi soggetti;
- senza ritardo, e comunque entro 72 ore da quando sono venuti a conoscenza dell'incidente, una notifica al CERT-UE di aggiornamento delle informazioni già fornite che fornisca anche una valutazione iniziale dell'incidente, comprensiva della sua gravità e del suo impatto;
- una relazione finale sull'incidente che riepiloghi dettagliatamente l'incidente, la sua causa, l'impatto negativo, le misure di attenuazione, la rilevanza transfrontaliera ovvero se interessa diversi soggetti.

Al CERT-UE spetta il coordinamento tra i Soggetti dell'UE della gestione degli incidenti gravi.

L'art. 21, par. 5, infine, prevede che i Soggetti dell'UE informino, senza ritardo, gli utenti dei loro sistemi informatici interessati dell'incidente significativo, delle sue cause e delle misure di mitigazione adottate.

EMANUELE STABILE

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=OJ%3AL\\_202302841](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=OJ%3AL_202302841)

2024/2(11)RA

### 11. Le ultime designazioni di VLOPs da parte della Commissione europea (per un totale di 24): Shein e Temu

| 692

Con decisioni emesse il 26 aprile e il 31 maggio 2024, la Commissione ha designato quali piattaforme *online* di dimensioni molto grandi (“VLOPs”) i servizi di *fashion online retail* Shein e Temu, ai fini di quanto previsto dal regolamento (UE) 2022/2065 (Regolamento sui servizi digitali o *Digital Services Act* o “DSA”), (per la designazione del primo gruppo di VLOPs, v. in questa Rubrica la notizia n. 5 nel numero 2/2023 [2023/2(5)RA], e per la designazione di Pornhub, Stripchat e XVideos del 20 dicembre 2023, v. in questa Rubrica la notizia n. 12 nel numero 4/2023 [2023/4(12)RA]).

La designazione quali VLOPs di Shein e Temu è il risultato di indagini, portate avanti dalla Commissione, dalle quali è emerso che le due piattaforme *online* di *fashion retail* superano la soglia dei 45 milioni di utenti medi mensili nell’UE prevista all’art. 33, par. 1 del DSA.

Le due piattaforme dovranno ora impegnarsi a rispettare, in particolare, gli “*obblighi supplementari*” stabiliti dalla Sezione 5 del Capo III del DSA, in cui si prevede, tra l’altro, che:

- i fornitori di VLOPs “*individuano, analizzano e valutano con diligenza gli eventuali rischi sistemici nell’Unione derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o dall’uso dei loro servizi*” (art. 34, par. 1 del DSA);
- una volta individuati i rischi sistemici, i “*fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi adottano misure di attenuazione ragionevoli, proporzionate ed efficaci [di tali rischi], prestando particolare attenzione agli effetti di tali misure sui diritti fondamentali*” (art. 35, par. 1 del DSA);
- essi siano sottoposti “*a proprie spese e almeno una volta all’anno, a revisioni indipendenti volti a valutare la conformità: a) agli obblighi stabiliti al Capo III; b) agli impegni assunti a norma dei codici di condotta di cui agli articoli 45 e 46 e dei protocolli di crisi di cui all’articolo 48*” (art. 37, par. 1 del DSA); tali revisioni devono essere effettuate da organizzazioni “*indipendenti e in assenza di conflitti di interessi*”, “*dotate di comprovata esperienza nel settore della gestione dei rischi, di competenze e di capacità tecniche*” e di “*comprovata obiettività e deontologia professionale*” (art. 37, par. 3 del DSA). Ove la revisione risulti non positiva, i fornitori di VLOPs “*tengono debitamente conto delle raccomandazioni operative ad essi rivolte al fine di adottare le misure necessarie per attuarle*” (art. 37, par. 6 del DSA);
- i fornitori di VLOPs devono assicurare “*almeno un’opzione per ciascuno dei loro sistemi di raccomandazione, non basata sulla*



- profilazione come definita nell'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679" (art. 38 del DSA);*
- *tali soggetti "compilano e rendono accessibile al pubblico in una specifica sezione della loro interfaccia online, mediante uno strumento consultabile e affidabile che consente ricerche attraverso molteplici criteri e attraverso le interfacce di programmazione delle applicazioni, un registro contenente [talune] informazioni [relative alla pubblicità effettuata], per l'intero periodo durante il quale presentano pubblicità e fino a un anno dopo la data dell'ultima presentazione dell'annuncio pubblicitario sulle loro interfacce online" (art. 39 del DSA);*
  - *i fornitori di VLOPs "forniscono al coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento o alla Commissione, su loro richiesta motivata ed entro un termine ragionevole specificato in detta richiesta, l'accesso ai dati necessari per monitorare e valutare la conformità al presente regolamento", al fine di adottare eventuali provvedimenti a ciò finalizzati (art. 40, par. 1 del DSA);*
  - *tali soggetti devono istituire "una funzione di controllo della conformità indipendente dalle loro funzioni operative" volta a: "a) collaborare con il coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento e con la Commissione ai fini del presente regolamento; b) assicurare che tutti i rischi di cui all'articolo 34 siano identificati e adeguatamente segnalati e che siano adottate misure di attenuazione dei rischi ragionevoli, proporzionate ed efficaci a norma dell'articolo 35; c) organizzare e sovrintendere alle attività del fornitore della piattaforma online di dimensioni molto grandi o del motore di ricerca online di dimensioni molto grandi relative alle revisioni indipendenti a norma dell'articolo 37; d) informare e consigliare i dirigenti e i dipendenti del fornitore della piattaforma online di dimensioni molto grandi o del motore di ricerca online di dimensioni molto grandi in merito ai pertinenti obblighi a norma del presente regolamento; e) monitorare la conformità del fornitore della piattaforma online di dimensioni molto grandi o del motore di ricerca online di dimensioni molto grandi agli obblighi derivanti dal presente regolamento; f) se del caso, monitorare la conformità del fornitore della piattaforma online di dimensioni molto grandi o del motore di ricerca online di dimensioni molto grandi agli impegni assunti a norma dei codici di condotta di cui agli articoli 45 e 46 o dei protocolli di crisi di cui all'articolo 48" (art. 41, par. 1 e 3 del DSA);*
  - *la "Commissione addebita ai fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi un contributo annuale per le attività di vigilanza al momento della loro designazione a norma dell'articolo 33" (art. 43, par. 1 del DSA).*

I nuovi VLOPs dovranno adeguarsi alle disposizioni poc'anzi illustrate entro 4 (quattro) mesi dalla notifica della decisione, al fine di garantire una moderazione dei contenuti più diligente, una migliore protezione dei minori

e degli altri soggetti particolarmente vulnerabili, nonché una maggiore trasparenza dei servizi offerti sul *web*.

Con queste decisioni, la Commissione è così giunta a designare ben 24 VLOPs ai sensi del DSA.

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_24\\_2326](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_2326)

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_24\\_3047](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_3047)

2024/2(12)RA

## 12. La risoluzione del Parlamento europeo del 12.12.2023 sulla progettazione dei servizi online che creano dipendenza e sulla tutela dei consumatori

Il 12 dicembre 2023, il Parlamento europeo (il “**Parlamento**”) ha adottato una Risoluzione sulla progettazione di servizi *online* che creano dipendenza e sulla tutela dei consumatori nel mercato unico dell’Unione europea (la “**Risoluzione**”).

La Risoluzione si fonda sul presupposto – ampiamente illustrato nei suoi Considerando – che “*determinate imprese [...] utilizzano la progettazione e le funzionalità dei sistemi per sfruttare le vulnerabilità degli utenti e dei consumatori al fine di catturare la loro attenzione e aumentare la quantità di tempo che trascorrono sulle piattaforme digitali*” e, per tale via, “*massimizzare*” il “*denaro speso dagli utenti, la quantità di dati raccolti, nonché l’attività, le interazioni, la produzione di contenuti, lo sviluppo della rete e la condivisione di dati*” (Considerando A).

Secondo numerosi studi, tale “*progettazione manipolativa [...] dei servizi online*” comporta “*rischi e danni legati al comportamento*” (Considerando A; ma v. anche Considerando C, D e F), soprattutto quando i servizi sono destinati ad essere utilizzati dai “*giovani tra i 16 e i 24 anni*”, i quali passano molto tempo su *internet* e dinnanzi agli *smartphone* (Considerando C).

A ciò, il Parlamento aggiunge una considerazione di carattere generale, e cioè che la “*progettazione che crea dipendenza può avere un impatto negativo su tutti, non soltanto sugli individui che manifestano un uso problematico*”: si pensi ai “*consumatori online che si trovano sempre più spesso a un sovraccarico di informazioni e a molteplici stimoli sensoriali*” che limitano le loro capacità cognitive (Considerando G). D’altronde, accade quotidianamente di imbattersi in “*interfacce di alcuni servizi digitali [che] sfruttano vulnerabilità psicologiche simili a quelle che portano alla dipendenza dal gioco d’azzardo*”, con l’obiettivo di alimentare “*intenzionalmente le vulnerabilità dei consumatori*” (Considerando I) e, in particolare, “*i bisogni psicologici, [...] i desideri dei consumatori [...] e la perdita di autocontrollo*”, dovuta “*a un’impennata di dopamina*” e a “*reazioni chimiche nel cervello*” (Considerando J).

Tutto ciò si traduce in uno “stato generale di vulnerabilità digitale” (Considerando K) causato da “*pratiche che creano dipendenza*”, tra cui rientrano – ad esempio – “*lo scorrimento infinito, il caricamento delle pagine [...], la riproduzione automatica dei video incessante, i consigli personalizzati*” (Considerando L), “*taluni sistemi di raccomandazione*” (Considerando M) che difettano della necessaria trasparenza (Considerando N).

Il Parlamento europeo non dimentica che gli artt. 25, 27, 28 e 48 del regolamento (UE) 2022/2065 sui servizi digitali (il “**DSA**”) prevedono il divieto di progettare interfacce *online* con caratteristiche ingannevoli o manipolative, obblighi di trasparenza e di scelta per i sistemi di raccomandazione e di profilazione, misure a protezione dei minori, nonché disposizioni contro i c.d. *dark patterns* (Considerando P). Tuttavia, le disposizioni del DSA “*non si applicano a tutti i servizi online, ma soltanto alle piattaforme online, escludendo pertanto servizi problematici e cruciali come i giochi online*” (Considerando P).

Ancora, con riguardo ai profili oggetto della Risoluzione occorrerà senz’altro tenere conto della “*legge sull’intelligenza artificiale*” (“**AI Act**”), la quale si pone l’obiettivo di “*vietare i sistemi di intelligenza artificiale che impiegano funzioni subliminali*”; essa, però, “*si limita ai sistemi che sono intenzionalmente manipolativi o che impiegano tecniche ingannevoli*” (Considerando P).

Alla luce di tutto ciò, il Parlamento europeo invita “*la Commissione a rivedere [...] concetti e definizioni del diritto in materia di tutela dei consumatori, quali le definizioni di «consumatore», «consumatore vulnerabile» e «professionista», per proteggere i consumatori dai danni e rispondere alle sfide poste dall’era dei dati*” (punto 1; ma v. anche punto 5), dando in ogni caso “*una risposta normativa completa*” alla “*dipendenza digitale*” e alle “*tecnologie persuasive*” (punto 2), che non sono adeguatamente e sufficientemente trattate nella legislazione europea vigente (punto 4).

Tra queste risposte normative potrebbe esservi quella di “*vietare le pratiche più dannose*”, inserendole nell’allegato I della direttiva sulle pratiche commerciali sleali (Direttiva 2005/29/CE), tenuto conto che – ad esempio – i c.d. *dark patterns* dovrebbero già reputarsi tali (e cioè, una pratica commerciale sleale) alla luce di quanto previsto dagli artt. 5 e seguenti della direttiva in parola (punto 6). Ciò, alla luce del fatto che le imprese hanno “*l’obbligo di sviluppare prodotti e servizi digitali etici, che siano privi di percorsi oscuri e di progettazione ingannevole o che crea dipendenza*”, al fine di mantenere “*un’adeguata diligenza professionale*” (punto 8).

Sempre a proposito della Direttiva 2005/29/CE, il Parlamento poi: (i) invita “*la Commissione a prendere in considerazione l’inversione dell’onere della prova per le pratiche che, secondo quanto supposto o riscontrato dalla Commissione o dalle autorità nazionali, creano dipendenza*” (punto 8) (sui precedenti e più recenti studi della Commissione europea in materia, cfr.: la divulgazione del 30.1.2023 dei risultati dell’indagine a tappeto della Commissione europea e della rete CPC sulle pratiche di manipolazione

online, su cui v., in questa Rubrica, notizia n. 10 nel numero 1/2023 [2023/1(10)RA]; nonché la [comunicazione 2021/C 526/01](#) sugli orientamenti e sull'interpretazione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette); (ii) dichiara di reputare “che la definizione di «decisione di natura commerciale» contenuta nella direttiva sulle pratiche commerciali sleali includa l'utilizzo continuo del servizio (ad esempio scorrere un feed), la visualizzazione di contenuti pubblicitari o fare click su un link” (punto 8) (allo stesso modo nella predetta [comunicazione 2021/C 526/01](#) della Commissione europea sugli orientamenti e sull'interpretazione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, dove si legge: «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), visualizzare un contenuto pubblicitario o cliccare su un link» par. 4.2.7, p. 102).

Auspiciando una “progettazione etica dei servizi online”, il Parlamento chiede perciò “che, nel suo riesame della vigente legislazione dell'UE in materia di progettazione che crea dipendenza, la Commissione proponga un diritto digitale a non essere disturbati” (punto 10), anche attraverso la creazione di “un elenco di buone pratiche in materia di funzioni di progettazione che non creino dipendenza o che non siano manipolative e che garantiscano agli utenti il pieno controllo e la possibilità di agire online in modo consapevole e informato, senza dover affrontare un sovraccarico di informazioni o essere influenzati a livello subconscio” (punto 11).

RICCARDO ALFONSI

[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0459\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0459_IT.html)

2024/2(13)AN

### 13. Il report della task force dell'EDPB su ChatGPT del 23.5.2024

Il 23 maggio 2024 il Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) - che riunisce le Autorità nazionali per la protezione dei dati personali dei paesi dello Spazio economico europeo, nonché il Garante europeo della protezione dei dati - ha pubblicato un report sui lavori svolti dalla *task force* relativa a ChatGPT (il **Report**).

Diverse Autorità nazionali di controllo (le **Autorità**) hanno intrapreso delle indagini su ChatGPT e sul rispetto da parte del sistema delle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR). Tuttavia, poiché OpenAI OpCp LLC (**OpenAI**) - titolare del trattamento dei dati del modello ChatGPT - non ha avuto una sede in Europa fino al 15 febbraio 2024, non è stato possibile applicare la procedura One-Stop-Shop (OSS), prevista dal medesimo GDPR. L'EDPB il 13 aprile 2023 ha quindi deciso di istituire una *task force* (**Chat GPT TF**) per promuovere la cooperazione e lo scambio di

informazioni sulle eventuali azioni intraprese dalle Autorità relative al trattamento dei dati personali operato da ChatGPT, nonché il relativo coordinamento.

Nella riunione plenaria dell'EDPB del 16 gennaio 2024, è stato stabilito che ChatGPT TF dovesse in particolare:

- (i) Facilitare lo scambio di informazioni tra le varie Autorità sulle attività svolte in relazione a ChatGPT;
- (ii) Facilitare il coordinamento delle comunicazioni esterne da parte delle Autorità sulle suddette attività;
- (iii) Identificare le principali questioni su cui l'adozione di un approccio comune tra le varie Autorità potesse rendersi necessario.

OpenAI ha successivamente aperto una sede nell'Unione Europea il 15 febbraio 2024, data a partire dalla quale si applica la procedura OSS. Le attività investigative svolte dalle diverse Autorità sino a quel momento continuano, tuttavia, ad essere coordinate dalla ChatGPT TF e il Report ne riassume i risultati.

Nell'introduzione, il Report evidenzia anzitutto come i titolari del trattamento dei dati nell'ambito dei *large language models* (LLMs) debbano garantire il pieno rispetto del GDPR, senza invocare ragioni di impossibilità tecnica quale esenzione dall'applicazione delle disposizioni normative. È evidente infatti che, per le caratteristiche di questi modelli, il tema della complessità tecnologica è quello più spinoso.

Il Report riporta le valutazioni effettuate in questo contesto, con riferimento a diverse condizioni previste dal GDPR:

- (i) Licita: rammentando che ciascun trattamento di dati personali deve essere basato su una delle condizioni previste dall'art. 6(1) e, in alcuni casi, art. 9(2) GDPR, il Report prende in considerazione le diverse fasi del trattamento dei dati personali:

- a) Raccolta e preelaborazione dei dati e addestramento: in queste prime fasi i rischi per i diritti fondamentali e le libertà personali sembrano connessi soprattutto con il c.d. *web scraping*. Sotto questo profilo, OpenAI afferma di trattare i dati sulla base dell'art. 6 (1)(f) GDPR, che richiede il legittimo interesse del titolare, da bilanciare con i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato, oltre all'obbligo di effettuare il trattamento nella misura minima, in relazione alla finalità del medesimo. In questo contesto è fondamentale l'adozione di misure di salvaguardia dei diritti degli interessati e -mentre le investigazioni sono ancora in corso- potrebbero essere adottate delle misure di natura tecnica, che definiscano criteri precisi e assicurino che determinate categorie di dati non siano raccolte o che determinate fonti (quali i profili pubblici di social media) siano esclusi dalla raccolta dati. Inoltre è essenziale che vengano adottate misure per cancellare o anonimizzare i dati personali che

siano stati raccolti attraverso il *web scraping* prima della fase di addestramento

| 698

Con riferimento al trattamento delle categorie particolari di dati, perché il trattamento sia lecito, è necessaria la presenza di una delle eccezioni previste dall'art. 9(2) GDPR. In linea di principio, si potrebbe far riferimento all'art. 9(2)(e) GDPR (*i.e.* trattamento dei dati resi manifestamente pubblici dall'interessato). Non è, tuttavia, detto che la sola circostanza che i dati siano pubblici, significhi automaticamente che l'interessato abbia deliberatamente inteso renderli pubblici. Al fine di garantire la liceità del trattamento, occorrerebbe verificare, pertanto, la volontà dell'interessato sotto questo profilo.

Tenendo conto della tipologia di sistemi a cui appartiene ChatGPT, è evidente come non sia possibile effettuare questo esame caso per caso. Occorrerà, quindi, ricorrere alle misure di salvaguardia sopra menzionate con riferimento a tutti i dati sensibili. L'onere della prova dell'efficacia di tali misure incomberebbe su OpenAI quale titolare del trattamento.

- b) **Input (prompt), output e addestramento:** tra i prompt devono essere ricompresi gli impulsi forniti dagli interessati che interagiscono con ChatGPT, così come i loro *feedback* alle risposte fornite dal sistema. OpenAI qualifica tutto questo come “contenuto” e dichiara espressamente di utilizzare tali informazioni per addestrare e migliorare il modello. In tale contesto l'art. 6 (1)(f) GDPR deve costituire la base legale del trattamento. Gli interessati, inoltre, dovranno essere chiaramente informati della circostanza che tale “contenuto” sarà utilizzato per l'addestramento del modello.
- (i) **Correttezza:** il Report rileva come – in applicazione del principio di correttezza del trattamento di cui all'art. 5 (1)(a) GDPR- il titolare del trattamento non dovrà trasferire agli interessati la responsabilità dell'osservanza della normativa (ad esempio, attraverso condizioni generali che rendano gli interessati responsabili per i loro input nell'ambito delle interazioni con il LLM). Considerando che le interazioni degli interessati con ChatGPT costituiscono una parte importante degli input forniti al modello e possono essere condivise con chiunque lo utilizzi, OpenAI dovrà rimanere responsabile per l'osservanza del GDPR e non potrà eccepire, ad esempio, che l'input di determinati dati personali è proibito.

Le misure messe in atto da OpenAI per gestire questi aspetti sono ancora sotto esame.

- (ii) **Trasparenza e obblighi di informazione:** nel caso di dati personali raccolti tramite *web scraping*, si dovrebbe, in linea di principio, applicare l'art. 14 GDPR con riferimento alle informazioni da fornire all'interessato. Considerando, tuttavia, l'importante quantità di dati raccolti e utilizzati, risulta praticamente impossibile fornire le informazioni richieste dalla norma. Si potrà, pertanto, applicare l'esenzione dell'art. 14 (5)

(b) GDPR (*i.e.* impossibilità o sforzo sproporzionato nella trasmissione informazione agli interessati), ove tuttavia siano presenti le relative condizioni.

Diversamente, ove i dati personali siano raccolti attraverso l'interazione diretta con ChatGPT, si applicherà l'art. 13 GDPR.

(iii) Accuratezza: occorre distinguere tra dati di input e di output. I primi sono quelli raccolti tramite *web scraping*, nonché il "contenuto" fornito dagli interessati (es. i prompt). I dati di output comprendono quelli risultanti dalle interazioni con ChatGPT (es. i *feedback* forniti al modello).

Considerando che la finalità del trattamento non è quella di fornire informazioni corrette, ma l'addestramento di ChatGPT, l'attuale modello (considerata la natura probabilistica del sistema) può condurre a risultati "*biased*" o inventati. È pertanto fondamentale che – in linea con il principio di trasparenza di cui all'art. 5(1)(a) GDPR- siano fornite informazioni adeguate sul meccanismo di creazione di risultati probabilistici e sul limitato livello di affidabilità fornito dal titolare del trattamento, con indicazione espressa che il testo generato, per quanto sintatticamente corretto, potrebbe essere "*biased*" o inventato. Le misure attualmente poste in essere da OpenAI non appaiono sufficienti sotto il profilo dell'accuratezza.

(iv) Diritti degli interessati: OpenAI – nella sua *privacy policy* (versione europea)- fornisce un'informativa agli interessati sulle modalità di esercizio dei diritti garantiti dal GDPR. Alla luce della situazione particolarmente complessa in cui viene effettuato il trattamento dei dati e delle difficoltà oggettive di intervento da parte degli interessati, è obbligatorio che OpenAI continui a migliorare l'accesso di questi ultimi ai propri diritti, facilitandone l'esercizio. Ad esempio, attualmente viene suggerito agli utilizzatori del sistema di richiedere la cancellazione, anziché la rettifica dei dati, quando quest'ultima non è possibile per la complessità tecnica di ChatGPT.

Il richiamo alla complessità tecnica non è giustificato, tenendo conto che, in linea con l'art. 25 (1) GDPR, il titolare del trattamento deve, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso, mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate a garantire i diritti degli interessati.

Il Report riporta in allegato il questionario utilizzato da diverse Autorità come base di partenza dei propri scambi con OpenAI. Si tratta di domande che, dopo un inquadramento generale del modello e delle modalità di trattamento dei dati realizzato, entrano più nello specifico in relazione alle diverse disposizioni del Regolamento, tenendo conto delle varie fasi del trattamento e delle misure adottate per assicurarne il rispetto.

Il quadro complessivo che emerge dal Report è quello di un'analisi che - sia pure preliminare rispetto alle attività ancora in corso da parte delle Autorità - evidenzia già diverse criticità relative al funzionamento di ChatGPT e alla difficoltà per la medesima di poter assicurare il rispetto delle prescrizioni del GDPR.

[https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-05/edpb\\_20240523\\_report\\_chatgpt\\_taskforce\\_en.pdf](https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-05/edpb_20240523_report_chatgpt_taskforce_en.pdf)

| 700

2024/2(14)BG

#### 14. I Primi Orientamenti dell'EDPS del 3.6.2024 su IA generativa e dati personali per le istituzioni, gli organi, gli uffici e le agenzie dell'Unione europea.

Il 3 giugno 2024, il Garante europeo della protezione dei dati (**EDPS** o **Garante europeo**) ha pubblicato i “*First EDPS Orientations for ensuring data protection compliance when using Generative AI systems*” (di seguito i **Primi Orientamenti** o il **Documento**), in qualità di autorità di controllo ai sensi del regolamento (UE) 2018/1725 sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati (di seguito il **Regolamento** o **EUDPR**).

I Primi Orientamenti dichiaratamente forniscono indirizzi generali ed istruzioni pratiche, a supporto di istituzioni, organi e organismi dell'UE (singolarmente e collettivamente **IUE**) per la *compliance* ai requisiti di protezione dei dati previsti dall'EUDPR qualora le IUE utilizzino, a qualunque titolo, sistemi di intelligenza artificiale (**IA**) generativa.

Nelle premesse del Documento viene chiarito che essi non sono stati emessi dall'EDPS nell'esercizio delle prerogative conferitegli dall'AI Act (il Regolamento (UE) 2024/1689).

Viene inoltre chiarito che i Primi Orientamenti rappresentano solo il primo passo nella direzione di indicazioni sempre più specifiche in materia fornite da parte dell'EDPS, che terranno conto dell'evoluzione dei sistemi e delle tecnologie della IA generativa, del loro utilizzo da parte delle IUE e dei risultati delle attività di monitoraggio e sorveglianza del medesimo Garante europeo.

Se è vero che, in ragione dell'ambito di competenza dell'EDPS ai sensi dell'EUDPR, il Documento si rivolge direttamente alle istituzioni europee, tuttavia esso si presta a costituire un riferimento importante anche per le altre amministrazioni, nonché per gli operatori privati, rispetto all'implementazione di sistemi di IA generativa rispetto agli obblighi imposti dal Regolamento (UE) 679/2016 (**GDPR**), in un'ottica di *accountability*.

Proprio in un'ottica di *accountability*, è bene osservare che l'EDPS si è limitato nei Primi Orientamenti ad analizzare i principi e le potenzialità delle tecnologie e delle relative implementazioni, senza determinare specifiche misure di sicurezza volte a consentire l'implementazione dei sistemi di IA generativa. Tale adempimento, difatti, deve necessariamente essere rimesso all'*accountability* delle IUE in quanto titolari del trattamento,

che potranno assumere decisioni autonomamente, ma suffragati dai Primi Orientamenti, in un’ottica basata sul rischio specifico dei trattamenti e dei sistemi di IA implementandi o implementati.

Il Documento analizza tredici tematiche fondamentali, secondo lo schema “domanda- risposta-principio-esempio”, suddivise in altrettante sezioni:

- (i) che cos'è l'IA generativa?
- (ii) possono le IUE utilizzare l'IA generativa?
- (iii) come si può verificare che l'uso di un sistema di IA generativa comporti il trattamento di dati personali?
- (iv) qual è il ruolo dei responsabili della protezione dei dati personali (**DPOs**) nel processo di sviluppo o *deployment* dei sistemi di IA generativa?
- (v) qualora un’IUE volesse sviluppare o implementare sistemi di IA generativa, quando dovrebbe effettuare una valutazione d’impatto sulla protezione dei dati (**DPIA**)?
- (vi) quando è lecito il trattamento dei dati personali nelle fasi di progettazione, sviluppo e validazione di sistemi di IA generativa?
- (vii) come si può garantire il principio della minimizzazione dei dati quando si utilizzano sistemi di IA generativa?
- (viii) i sistemi di IA generativa rispettano il principio di accuratezza dei dati?
- (ix) come informare le persone sul trattamento dei dati personali quando le IUE utilizzano sistemi di IA generativa?
- (x) come gestire le decisioni automatizzate ai sensi dell'articolo 24 del Regolamento?
- (xi) come si può assicurare un trattamento equo ed evitare *bias* quando si utilizzano sistemi di IA generativa?
- (xii) come si può assicurare l'esercizio dei diritti individuali quando si utilizzano sistemi di IA generativa?
- (xiii) come si può assicurare la sicurezza dei dati quando si utilizzano sistemi di IA generativa?

Infine, la quattordicesima sezione del Documento riporta una serie di link ad altri documenti contenenti indicazioni utili per l’approfondimento dei temi trattati.

In estrema sintesi, i Primi Orientamenti, dopo aver definito le espressioni «IA generativa» «*foundation model*» e «*large language model*» (**LLM**) (espressioni che non si trovano definite nell’AI Act), sostengono con favore il possibile utilizzo da parte delle IUE di sistemi di IA generativa nei servizi pubblici, a condizione che vengano soddisfatti i requisiti legali imposti dalla disciplina sui dati personali ed assicurato il rispetto dei diritti fondamentali.

Le definizioni di IA generativa, *foundation model* e LLM contenute negli Orientamenti sono le seguenti [ns. traduzione dall’inglese]:

“La IA generativa è una sottospecie di IA che utilizza speciali modelli di *machine learning* progettati per produrre una vasta e generale varietà di output, capaci di una serie di compiti e applicazioni, come la generazione di testi, immagini o suoni. Concretamente, essa si avvale dell’uso dei c.d.

*foundation models*, che servono da modelli di base per altri sistemi di IA generativa che saranno affinati attraverso di essi”.

“Un *foundation model* serve come nucleo dell’architettura o base su cui vengono costruiti altri modelli più specializzati. Questi modelli sono addestrati sulla base di diversi ed estesi set di dati, inclusi quelli che contengono informazioni pubblicamente disponibili. Essi possono rappresentare strutture complesse come immagini, contenuti audio, video o di linguaggio e possono essere affinate per specifici compiti o applicazioni”.

“I LLM sono un tipo specifico di *foundation model* addestrati su enormi quantità di dati di testo (da milioni a miliardi di parole) che possono generare risposte in linguaggio naturale a un’ampio spettro di inputs basati su modelli e relazioni tra parole e frasi. Questa vasta quantità di testo utilizzato per addestrare il modello può essere presa da Internet, libri, e altre fonti disponibili. Alcune applicazioni già in uso sono sistemi che generano codici [di programmazione per elaboratori elettronici], assistenti virtuali, strumenti di creazione di contenuti, motori di traduzione tra lingue, riconoscimento vocale automatico, sistemi di diagnosi mediche, strumenti di ricerca scientifica, etc.” Viene inoltre operato un rinvio ad una pagina web esplicativa dei [LLM](#) preparata dall’EDPS.

La relazione tra IA generativa, *foundation model* e LLM è definita “gerarchica”, nel senso che “la IA generativa è la categoria più ampia che contiene modelli progettati per creare contenuti. Un *foundation model*, come un LLM, agisce come l’architettura di base su cui modelli più specializzati sono costruiti. I modelli specializzati, costruiti sul *foundation model*, si offrono a specifici compiti o applicazioni, usando la conoscenza e le capacità dell’architettura di base del *foundation model*”.

Nel Documento, l’EDPS sottolinea essere fondamentale che l’EUDPR venga applicato a tutte le attività di trattamento dei dati personali e che a tal fine è necessaria una chiara definizione delle responsabilità di tutte le parti coinvolte nel ciclo di vita del sistema di IA. Si specifica che il Regolamento si applica ad ogni fase dell’implementazione del sistema di IA che coinvolge il trattamento di dati personali, dalla raccolta e creazione di *dataset*, all’interazione dei soggetti con il sistema e alla generazione di contenuti. Il Documento aggiunge che meccanismi di monitoraggio e controllo regolari sono ritenuti essenziali per garantire il rispetto dei principi di protezione dei dati.

In proposito viene evidenziato che un ruolo cruciale nelle attività di monitoraggio e controllo deve essere esercitato dal DPO, figura centrale nell’assistere ed indirizzare le IUE nella *compliance* al Regolamento. Il DPO – si specifica nei Primi Orientamenti - deve essere in condizione di comprendere il ciclo di vita del sistema di intelligenza artificiale, garantire la trasparenza dei sistemi di IA, documentare i processi e promuovere la collaborazione tra le parti interessate, compresi i servizi legali e IT. I Primi Orientamenti suggeriscono la creazione di *task force ad hoc*, di cui faccia parte il DPO, ma che coinvolgano anche altre figure tecniche, al fine di massimizzare le competenze nel monitoraggio. Si sottolinea in proposito che i sistemi di IA introducono nuovi rischi per la sicurezza che devono essere gestiti con misure tecniche e organizzative adeguate, ed il

monitoraggio continuo e il supporto tecnico specializzato sono essenziali per mitigare tali rischi.

Sempre a proposito dei sistemi di valutazione e monitoraggio, i Primi Orientamenti aggiungono che un ruolo fondamentale è svolto dal processo della DPIA. Il Documento specifica che la DPIA deve essere effettuata prima dell'inizio del trattamento algoritmico, e che essa è il principale strumento volto ad identificare e mitigare i potenziali rischi per i diritti e le libertà degli individui, per ciò idoneo a fornire un approccio strutturato alla gestione delle sfide relative alla protezione dei dati legate all'IA generativa.

Nella sezione 6, i Primi Orientamenti affrontano il tema della liceità del trattamento dei dati, in relazione alla determinazione della base giuridica più idonea su cui fondare i trattamenti algoritmici, e nelle sezioni 7 ed 8 affrontano le questioni specifiche inerenti all'applicazione dei principi di minimizzazione e accuratezza dei dati.

Gli ultimi approfondimenti dei Primi Orientamenti sono riservati alle maggiori criticità coinvolte nell'implementazione di sistemi di IA. Tra queste, il ruolo della trasparenza, di fondamentale importanza per poter informare gli interessati sulle modalità e le ragioni per le quali vengono trattati i loro dati personali. Nel Documento si riconosce che sistemi di IA generativa presentano sfide per l'esercizio dei diritti degli interessati; e si aggiunge che garantire la tracciabilità e una corretta gestione dei dati supporta l'esercizio efficace di questi diritti. Allo stesso modo, i Primi Orientamenti raccomandano alle IUE di implementare garanzie adeguate nei processi decisionali automatizzati, al fine di assicurare i diritti degli interessati, tra i quali emerge il diritto all'intervento umano e la possibilità di contestare le decisioni. Viene chiarito, in un'ottica orientata al rischio, che i sistemi automatizzati non dovrebbero essere utilizzati se sollevano preoccupazioni legali o etiche.

La minimizzazione dei *bias* e la garanzia di un output algoritmico equo sono altri due temi ai quali i Primi Orientamenti dedicano particolare attenzione. Il Documento sottolinea che sistemi di IA possono, anche inavvertitamente, perpetuare o amplificare i pregiudizi, portando a risultati ingiusti. In proposito, si sottolineano, giustamente, la necessità di un monitoraggio continuo e di strategie di mitigazione dei *bias* per sostenere gli standard etici e proteggere gli interessati dalle pratiche discriminatorie.

In conclusione, i Primi Orientamenti offrono un primo set di linee guida chiare e pratiche, intese ad aiutare le IUE a gestire la complessa relazione tra le tecnologie di IA, le norme sulla protezione dei dati e il più vasto complesso della tutela dei diritti fondamentali. L'EDPS vuole con ciò assicurare che le applicazioni dell'IA siano non solo *compliant*, ma anche eticamente sostenibili. In breve si vuole che il rispetto dei principi richiamati nel Documento, declinato dai soggetti nell'ambito della propria *accountability*, possa rendere l'uso dell'IA generativa consapevole e conforme alla legge, facilitando un futuro in cui l'innovazione tecnologica e la *privacy* si integrino armoniosamente, favorendo uno scenario di fiducia e progresso.

BEATRICE GALLUCCI

[https://www.edps.europa.eu/system/files/2024-06/24-06-03\\_genai\\_orientations\\_en.pdf](https://www.edps.europa.eu/system/files/2024-06/24-06-03_genai_orientations_en.pdf)

| 704

2024/2(15)VR

**15. Il parere dell’EDPB n. 11/2024 del 24.5.2024 sull’uso delle tecnologie di riconoscimento facciale da parte degli operatori aeroportuali e delle compagnie aeree per snellire il flusso dei passeggeri negli aeroporti.**

Il 16.2.2024 l’Autorità di vigilanza francese (**Autorità**) ha chiesto al Comitato europeo per la protezione dei dati (**EDPB**) di emettere un parere sull’uso della tecnologia di riconoscimento facciale da parte degli operatori aeroportuali e delle compagnie aeree per l’autenticazione o l’identificazione biometrica dei passeggeri al fine di snellire il flusso negli aeroporti, ai controlli di sicurezza aeroportuali, alla consegna dei bagagli, all’imbarco e all’accesso alle sale d’attesa.

La richiesta muoveva essenzialmente dalla divergenza dei modelli in sperimentazione nei diversi aeroporti dell’Unione europea e dal conseguente rischio di disegualianze nel livello di tutela delle libertà fondamentali degli interessati.

Nello specifico, l’Autorità sottoponeva all’EDPB i quesiti che seguono.

In primo luogo, la compatibilità con gli artt. 5(1)(e) e (f), 25 e 32 del Regolamento UE n. 2016/679 (**GDPR**) dell’impiego della tecnologia descritta, nel caso di un sistema di memorizzazione in cui il modello biometrico di ciascun passeggero veniva memorizzato solo “nelle mani” dell’interessato, ad esempio sul suo dispositivo individuale, sotto il suo esclusivo controllo. In caso di risposta positiva, di poi, si richiedeva l’indicazione delle garanzie minime necessarie ai sensi degli artt. 25 e 32 GDPR.

In secondo luogo, la compatibilità con gli artt. 5(1)(e) e (f), 25 e 32 GDPR dell’impiego della tecnologia descritta nel caso di un sistema di archiviazione in cui il modello biometrico di ciascun passeggero veniva memorizzato in un *database* centralizzato all’interno dell’aeroporto, sotto il controllo dell’operatore aeroportuale, in forma criptata. Tale secondo quesito era a sua volta articolato in due sotto-quesiti, a seconda che le chiavi di accesso (necessarie alla decrittazione) fossero: nella disponibilità esclusiva dell’interessato (ad esempio, sul suo telefono cellulare); in possesso del gestore aeroportuale. In ambo i casi si domandava, in caso di risposta affermativa, l’indicazione delle garanzie minime adeguate ai sensi degli artt. 25 e 32 GDPR.

L’oggetto della richiesta, quindi, non comprendeva: il trattamento effettuato nell’ambito dei controlli di frontiera e di quelli effettuati dai negozi *duty-free*, poiché effettuato da titolari del trattamento diversi dagli operatori aeroportuali e dalle compagnie aeree; eventuali impieghi della tecnologia di riconoscimento facciale per scopi diversi da quelli illustrati o

effettuato da parte di altri soggetti; il trattamento di dati personali di soggetti diversi dai passeggeri. Inoltre, il parere non concerneva – e, allo stesso tempo, non pregiudicava – un’analisi completa ed esaustiva della conformità al GDPR dei trattamenti operati nei singoli casi concreti.

Infine, esulava dai quesiti l’analisi della base giuridica applicabile; di conseguenza, non veniva esaminata la validità del consenso ai sensi degli artt. 6, 7 e 9 GDPR. Ad ogni modo, l’EDPB ha osservato, sul punto, quanto segue. In termini generali, i titolari del trattamento dovrebbero ottenere dalle persone che intendono utilizzare tali servizi un consenso esplicito, liberamente prestato, specifico, informato e revocabile in qualsiasi momento. È essenziale, inoltre, che le persone che non hanno acconsentito esplicitamente al riconoscimento facciale per lo scopo previsto non vengano scansionate dalle telecamere. In ogni caso, devono essere garantiti i principi sanciti dall’art. 5 GDPR in punto di necessità e proporzionalità.

All’analisi dei quesiti veniva anteposta un’illustrazione delle nozioni chiave.

Al riguardo, l’EDPB ha chiarito che un trattamento di dati quali le caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica può essere qualificato come avente a oggetto dati biometrici ai sensi dell’art. 4, n. 14 del GDPR solo allorché si dia una misurazione di tali caratteristiche. I dati biometrici sono, precisamente, il risultato di tali misurazioni. Il dato grezzo, quale, ad esempio, l’immagine del volto di un soggetto, rappresenta un campione biometrico; da esso è possibile estrarre una rappresentazione digitale (“*template*”), che consente o conferma l’identificazione unica della persona fisica. In genere, i processi finalizzati all’identificazione o all’autenticazione di un individuo tramite riconoscimento facciale consistono nel confronto tra un *template* biometrico in ingresso e gli oggetti memorizzati nel *database* di riferimento, per verificare una corrispondenza.

La tecnologia di riconoscimento facciale può svolgere due funzioni distinte: autenticazione e identificazione. L’autenticazione mira a confermare una richiesta biometrica attraverso un confronto che si esplica nella c.d. verifica 1 a 1. L’identificazione mira a ricercare in un *database* di registrazione biometrica gli identificatori attribuibili a un singolo individuo (c.d. identificazione 1-a-molti). In entrambi i casi, le tecniche di riconoscimento facciale si basano su una stima di stampo probabilistico e hanno a oggetto dati biometrici relativi a una persona fisica identificata o identificabile, integrando di conseguenza un trattamento di categorie particolari di dati personali ai sensi dell’art. 9 GDPR.

Ciò premesso, l’analisi delle questioni si snodava lungo quattro diversi scenari, come rappresentati nell’Allegato I della richiesta, da intendersi come esempi utilizzati a scopo illustrativo.

Il primo scenario prevedeva la memorizzazione del *template* biometrico registrato nelle mani del singolo utente, ad esempio sul suo dispositivo individuale, sotto il suo esclusivo controllo, al fine di autenticare il passeggero all’attraversamento dei suddetti punti di controllo aeroportuali. Più in dettaglio, l’iscrizione veniva effettuata dal gestore aeroportuale, sia da remoto tramite apposita applicazione sia presso i terminali aeroportuali, e consisteva nella registrazione e nella memorizzazione sul dispositivo del

passaggero di un *template* biometrico e dei dati identificativi (“ID”) necessari per il trattamento. La registrazione era eseguita solo una volta e per un periodo definito (ad esempio, la durata di validità del passaporto del passeggero). Né l’ID né i dati biometrici erano oggetto di conservazione terminata la registrazione.

In questo scenario, il *matching* era perfezionato nel contesto di un ambiente controllato, nel quale: i passeggeri venivano attivamente coinvolti; avevano un maggiore controllo sui loro dati, potendo interrompere il trattamento in qualsiasi momento con la cancellazione dei dati dal proprio dispositivo; la verifica passava attraverso appositi *pod*, di talché non erano estratti i dati biometrici di altri passeggeri che non avevano acconsentito al trattamento. Per tali ragioni, lo scenario presentava, a determinate condizioni, meno rischi rispetto all’uso di dati biometrici memorizzati in banche dati centralizzate.

Orbene, per quanto riguarda la compatibilità con l’art. 25 GDPR, e in particolare sul rispetto del requisito della minimizzazione, le misure in questione potevano considerarsi conformi al principio di necessità in relazione alla finalità perseguita (snellire il flusso dei passeggeri) a condizione che fosse dimostrata l’assenza di soluzioni alternative meno invasive in grado di raggiungere lo stesso obiettivo in modo altrettanto efficace.

Per quanto riguarda il principio di proporzionalità, si rilevava che l’intrusività del trattamento poteva essere controbilanciata dal coinvolgimento attivo dei passeggeri, in quanto il *template* biometrico era memorizzato esclusivamente nelle loro mani, sotto il loro esclusivo controllo, e i loro dati venivano cancellati poco dopo il completamento dell’abbinamento.

Per tali ragioni, l’EDPB ha concluso che il trattamento previsto nel primo scenario poteva considerarsi in linea di principio compatibile con gli artt. 5(1)(f), 25 e 32 GDPR, a condizione che venissero attuate garanzie adeguate. L’operatore doveva approntare almeno le seguenti salvaguardie, con l’intesa che il test di adeguatezza richiede un’analisi caso per caso e che occorreva garantire l’adozione di eventuali presidi aggiuntivi, se necessari.

In primo luogo, si rendeva necessaria una valutazione d’impatto della protezione dei dati (DPIA), in linea con i requisiti *ex art.* 35 GDPR, ogniquale volta era pianificato un trattamento dal rischio potenzialmente elevato. Per gestire i casi di falso negativo, era cruciale il contenimento del rischio di *bias* legati all’età, al genere e all’etnia attraverso il monitoraggio del funzionamento degli algoritmi in linea con le finalità della supervisione e dell’intervento umano. In generale, occorreva poi: garantire il massimo della trasparenza e assicurare il controllo da parte degli interessati nelle operazioni di trattamento; rispettare il principio di limitazione delle finalità; assicurare che non venissero catturate foto o video, anche se non registrate e non elaborate, di soggetti che non hanno acconsentito al riconoscimento facciale; consentire all’interessato di cancellare in qualsiasi momento il *template* biometrico; fornire soluzioni tecniche alternative a coloro che avessero rifiutato il consenso al riconoscimento.

A livello organizzativo, oltre ai controlli di sicurezza di base sul dispositivo dell'utente, era opportuno: contenere la circolazione dei dati anche tra gli operatori partecipanti a vario titolo al trattamento, ove non strettamente necessario; definire una politica per la crittografia e la gestione delle chiavi; garantire la conformità agli artt. 44 ss. GDPR. Si rendevano inoltre necessari: un adeguato addestramento del personale; la predisposizione di procedimenti interni di valutazione delle misure tecniche e organizzative per garantire la sicurezza del trattamento. In ogni caso, doveva vietarsi l'accesso esterno ai dati identificativi e biometrici degli utenti.

Quanto alla sicurezza e alla gestione dei dati di controllo dell'identità degli utenti, l'EDPB richiedeva di: compartimentare i dati durante la trasmissione e l'archiviazione in almeno tre gruppi diversi (e.g. ID, dati biometrici e dettagli del volo); assicurare che essi venissero adeguatamente criptati tra la trasmissione e l'archiviazione; garantire procedure di cancellazione dei dati sicure ed eventualmente automatizzate, allo scadere di periodi di conservazione dei dati rigorosamente predeterminati; mantenere l'autenticità e l'integrità dei dati.

Il secondo scenario prevedeva la memorizzazione centralizzata, all'interno dell'aeroporto, di un *template* biometrico registrato in forma crittografata con una chiave che posta esclusivamente nelle mani del passeggero. La registrazione veniva effettuata una sola volta ed era valida per un determinato periodo (ad esempio, fino a un anno dopo l'ultimo volo e fino alla data di scadenza del passaporto). La procedura era controllata dall'operatore aeroportuale e consisteva nella generazione di dati ID e biometrici criptati, memorizzati in un *database* interno ai locali dell'aeroporto e senza che vi fosse interconnessione o interoperabilità tra i *database* centralizzati.

Con riguardo al principio di proporzionalità, l'intrusività del trattamento poteva essere controbalanciata dal coinvolgimento attivo del passeggero, che deteneva sotto il suo unico controllo la chiave/segreto dei suoi dati biometrici criptati.

In termini di sicurezza, i dati di ogni individuo venivano criptati con una chiave specifica conservata solo da quest'ultimo e posta sotto il suo esclusivo controllo. Inoltre, le informazioni necessarie per l'abbinamento (i.e. la chiave d'accesso) provenivano dall'utente stesso. Infine, il gestore aeroportuale predispondeva un secondo livello di crittografia con chiavi controllate dal gestore stesso.

Per assicurare la compatibilità con l'art. 5(1)(e) GDPR in questo scenario, ai titolari del trattamento si richiedeva di giustificare il rapporto di necessità tra il periodo di conservazione previsto e lo scopo da soddisfarsi nel caso completo.

La compatibilità con gli artt. 5(1)(f), e 32 GDPR poteva soddisfarsi a condizione che la chiave/segreto dell'individuo venisse conservata nel computer localizzato al posto di controllo e che solo l'indice del passeggero fosse inviato alla banca dati centrale per recuperare il *template* biometrico criptato. Con riferimento all'art. 25 GDPR, e in particolare per soddisfare il requisito della minimizzazione dei dati, occorreva garantire il rispetto del

principio di necessità. Nello scenario in questione, il titolare del trattamento era tenuto dimostrare la mancanza di soluzioni alternative meno invasive idonee a soddisfare il medesimo obiettivo in modo altrettanto efficace.

In conclusione, il trattamento previsto nel secondo scenario poteva ritenersi in linea di principio compatibile con gli artt. 5(1)(e) e (f), 25 e 32 GDPR, a condizione che venissero prestate garanzie adeguate.

Nello specifico, in aggiunta alle considerazioni generali e alle indicazioni specifiche previste per lo Scenario I, si indicavano almeno i seguenti presidi. Anzitutto, occorre assicurare che il passeggero avesse il controllo sui periodi di conservazione di tutti i suoi dati; limitare i periodi di conservazione a quanto necessario per lo scopo specifico, con possibilità degli interessati di stabilire il periodo di conservazione, anche più breve di quello predefinito; garantire all'interessato la possibilità di richiedere in qualsiasi momento la cancellazione di dati. A livello organizzativo, la gestione del server centrale doveva seguire regole di *governance* chiaramente definite e includere tutte le misure necessarie a garantirne la sicurezza. Sul piano tecnico, occorre tenere traccia dei soggetti abilitati ad accedere ai dati personali, in particolare ai dati identificativi e biometrici, e delle avvenute consultazioni.

Per garantire la sicurezza – e, massimamente, proteggere il *database* centrale, anche da attacchi esterni – era necessario, tra l'altro, che: il *database* centrale, le unità di registrazione e le unità di abbinamento non fossero collegate a Internet; il funzionamento e la manutenzione di questi sistemi avvenissero localmente all'interno dei locali dell'aeroporto; fossero impiegate tecniche crittografiche all'avanguardia per proteggere gli scambi tra l'applicazione e il server centralizzato.

Il terzo scenario prevedeva la memorizzazione centralizzata di un modello biometrico registrato in forma criptata all'interno dell'aeroporto, sotto il controllo del gestore aeroportuale.

In questo caso i dati dei passeggeri erano oggetto di compartimentazione: i dati identificativi, il *template* biometrico registrato e le informazioni sul volo venivano memorizzati in tre diversi *database* e crittografati con chiavi diverse. I passeggeri dovevano registrarsi, per ogni volo, in un breve periodo prima della partenza (ad esempio, 48 ore). L'iscrizione poteva essere effettuata in remoto o presso i terminali aeroportuali, anche nella forma descritta nello Scenario 1. Nondimeno, in questo scenario i passeggeri venivano identificati secondo il confronto 1:N, dove N indicava il numero di passeggeri attesi in aeroporto in un arco di tempo di diversi giorni. Il periodo di conservazione era in genere di 48 ore e i dati venivano cancellati dopo il decollo.

Quanto ai potenziali rischi, poiché la memorizzazione dei dati identificativi e biometrici avveniva in un *database* centrale, se la riservatezza di quest'ultimo veniva compromessa, questo poteva comportare l'accesso all'intera serie di dati e provocare l'identificazione non autorizzata o illegale dei passeggeri in altri ambienti. Con riferimento al principio e ai requisiti di sicurezza (artt. 5(1)(f) e 32 GDPR), andava pertanto considerato che l'archiviazione di dati identificativi e biometrici in *database* centrali, anche se separati, può esporsi a rilevanti attacchi esterni e, potenzialmente,

all'accesso illecito all'intero *set* di dati e a furti di identità su larga scala. Non solo. La violazione dei modelli di riconoscimento facciale e dell'ID associato poteva consentire l'identificazione non autorizzata o illegale degli interessati in altri ambienti. Il sistema di archiviazione centralizzata sotto il controllo del gestore aeroportuale, infine, sottraeva al passeggero il controllo dei propri dati.

A fronte di queste criticità, l'EDPB ha ritenuto che un risultato simile allo snellimento del flusso dei passeggeri negli aeroporti potesse essere raggiunto in modi diversi e meno invasivi. Di più. L'impatto negativo sui diritti e le libertà fondamentali degli interessati derivante da una violazione del *database* centralizzato doveva considerarsi maggiore del beneficio atteso da tale trattamento. Quest'ultimo, dunque, non soddisfaceva i principi di necessità e proporzionalità nel terzo scenario e non poteva ritenersi compatibile con l'art. 25 GDPR.

A differenza dei precedenti, infatti, nello Scenario 3 l'identificazione secondo il confronto 1:N comportava la ricerca nel *database* centrale e l'elaborazione di *template* biometrici su larga scala. Inoltre, le chiavi non erano tenute esclusivamente in mano dai passeggeri, con grave compromissione dell'autonomia dell'interessato, rimesso *in toto* alle scelte del titolare del trattamento.

Inoltre, ai fini degli artt. 5(1)(f) e 32 GDPR, le misure descritte con a questo scenario non sarebbero sufficienti a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio. In particolare, per quanto la limitazione della conservazione dei dati biometrici nel *database* centrale per un periodo di 48 ore poteva ridurre significativamente i rischi associati alle violazioni dei dati personali, il periodo di conservazione dei dati non era un fattore decisivo, di per sé, per la compatibilità complessiva di tale architettura, giacché esso poteva essere modificato dal titolare del trattamento.

Sulla scorta di queste considerazioni, l'EDPB ha concluso che il trattamento previsto nello Scenario 3 non poteva essere compatibile con gli artt. 5(1)(f), 25 e 32 del GDPR.

Infine, lo Scenario 4 prevedeva la memorizzazione centralizzata del *template* biometrico registrato in forma criptata sul *cloud*, sotto il controllo della compagnia aerea o del suo fornitore del relativo servizio.

In questo caso, i dati dei passeggeri erano crittografati e venivano decifrati all'atto del loro impiego (ad esempio, in occasione del *matching*); le chiavi d'accesso erano controllate dalla compagnia aerea o dal suo *cloud processor*. I dati biometrici dei passeggeri venivano utilizzati per l'identificazione dei passeggeri secondo il confronto 1:N.

Quanto ai rischi potenziali, poiché l'archiviazione dei dati identificativi e biometrici avveniva in un *database* centralizzato nel *cloud*, più soggetti avrebbero potuto attingervi: ad esempio, più operatori aeroportuali avrebbero potuto esaminare i risultati del *matching*. Non solo. Tale accesso avrebbe potuto estendersi a fornitori non appartenenti al SEE. Di poi, il fatto che i dati dei passeggeri venivano decriptati quando in uso e che le chiavi erano sotto il controllo della compagnia aerea o del *cloud processor* poteva aumentare la superficie di esposizione alla sicurezza. Poteva ancora osservarsi che: il carattere centralizzato del sistema di archiviazione

sottraeva al passeggero il controllo dei propri dati; il periodo di conservazione, in questo scenario, poteva potenzialmente protrarsi fin quando il cliente restava titolare di un account con la compagnia aerea.

Valgono in questo caso le considerazioni già svolte con riferimento allo Scenario 3, accompagnate da qualche precisazione ulteriore. Si davano, anzitutto, maggiori rischi di trasferimento di dati personali verso paesi terzi, ponendosi maggiori difficoltà di raccordo con gli artt. 44 ss. GDPR.

Con specifico riferimento alla compatibilità con l'art. 25 GDPR, doveva osservarsi che i rischi derivanti dal confronto effettuato su larga scala erano acuiti rispetto allo scenario precedente, giacché nel criterio 1:N il secondo termine faceva riferimento al numero totale di clienti della compagnia aerea e non già solo al numero di passeggeri previsti in un arco di tempo di alcuni giorni.

Il trattamento previsto nello Scenario 4 non era dunque in grado di soddisfare il principio di necessità.

Per quanto riguarda il principio di proporzionalità, i rischi per i diritti degli interessati non sarebbero stati adeguatamente contenuti dalle garanzie previste, eccedendo il beneficio atteso dal trattamento, consistente solo in un leggero aumento della comodità e della velocità dei controlli.

Alla luce di queste considerazioni, l'EDPB ha ritenuto che il trattamento previsto nello Scenario 4 fosse: incompatibile con l'art. 25 del GDPR; non conforme agli artt. 5(1)(f), e 32 del GDPR; violativo dell'art. 5(1)(e) del GDPR in quanto privo di una ragione giustificativa sufficiente a supporto del periodo di conservazione previsto.

VALENTINO RAVAGNANI

### [Parere EDPB 11/2024](#)

2024/2(16)FDA

#### **16. La sentenza della CGUE del 14.3.2024 nella causa C-46/23 sul principio per cui le autorità di controllo degli Stati membri possono ordinare di cancellare anche d'ufficio i dati personali raccolti da qualunque amministrazione nazionale in violazione del GDPR**

Con la sentenza C-46/23 del 14 marzo 2024 (la **Sentenza**) la Corte di giustizia dell'Unione europea (**CGUE**) ha enunciato l'importante principio giuridico per cui le autorità garanti della *privacy* degli Stati membri possono ordinare di cancellare, tanto su istanza di parte, quanto d'ufficio, i dati personali raccolti da qualunque amministrazione nazionale in violazione del regolamento UE 2016/679 (**GDPR**).

Nello specifico, i fatti di causa risalgono all'anno 2020, allorquando il comune ungherese di Újpest ha deciso di concedere un aiuto economico ad alcuni concittadini in difficoltà a causa delle restrizioni imposte dalla pandemia, chiedendo a tal fine all'amministrazione erariale e agli uffici dell'anagrafe nazionale di fornirgli i dati biografici e i riferimenti

previdenziali dei possibili beneficiari per raccogliarli in una banca dati telematica.

Avvertito da una segnalazione il garante ungherese dei dati personali ha immediatamente avviato d'ufficio un'indagine e ha contestato all'amministrazione comunale di Újpest di aver divulgato un'ampia mole di dati riservati senza il previo consenso dei cittadini interessati e in violazione del GDPR; in conseguenza di ciò le ha ordinato di cancellare i dati trattati in maniera illecita e le ha inflitto una sanzione pecuniaria.

In risposta, il comune di Újpest ha impugnato il provvedimento avanti al tribunale amministrativo di Budapest e ha eccepito come il garante nazionale per i dati personali non avesse il potere di ordinare la cancellazione dei dati in *“assenza di una richiesta presentata dall'interessato”*; visto che tale diritto è *“concepito esclusivamente come un diritto dell'interessato”* dagli artt. 17 e 58 del GDPR (punto 18 della Sentenza).

È per questa ragione che il giudice amministrativo ungherese, dubitando della corretta interpretazione delle norme sovranazionali richiamate, ha deferito la questione alla CGUE, la quale, in prima battuta, ha precisato che la normativa di settore distingue due ipotesi: *“da un lato, la cancellazione dei dati su richiesta dell'interessato e, dall'altro, la cancellazione derivante dall'esistenza di un obbligo autonomo, gravante sul titolare del trattamento, e ciò indipendentemente da qualsiasi richiesta dell'interessato”* (punto 37 della Sentenza).

Nel secondo caso – in cui ricade la vicenda decisa dalla Sentenza – il GDPR assegna all'autorità nazionale di controllo *“poteri effettivi al fine di agire efficacemente contro le violazioni di tale regolamento e, in particolare, di porvi fine, anche nei casi in cui gli interessati non siano informati del trattamento dei loro dati personali, non ne siano a conoscenza o non abbiano, in ogni caso, chiesto la cancellazione di tali dati”* (punto 41 della Sentenza).

In simili occasioni, l'autorità nazionale può sempre *“adottare le misure appropriate al fine di porre rimedio alla violazione constatata, e ciò indipendentemente dall'esistenza di una previa richiesta presentata dall'interessato”* (punto 42 della Sentenza); un'eventuale interpretazione contraria *“significherebbe che il titolare del trattamento potrebbe, in assenza di una simile richiesta, conservare i dati personali in questione e continuare a trattarli illecitamente”* e *“nuocerebbe all'effettività della protezione prevista da tale regolamento, in quanto porterebbe a privare di protezione le persone inattive sebbene i loro dati personali siano stati trattati illecitamente”* (punto 45 della Sentenza).

Alla luce di ciò la CGUE ha concluso che *“l'autorità di controllo di uno Stato membro è legittimata, nell'esercizio del suo potere di adozione delle misure correttive previste da tali disposizioni, a ordinare al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento di cancellare dati personali che sono stati trattati illecitamente, e ciò anche qualora l'interessato non abbia presentato a tal fine alcuna richiesta di esercitare i suoi diritti”*; inoltre il *“potere dell'autorità di controllo di uno Stato membro di ordinare la cancellazione di dati personali che sono stati trattati illecitamente può*



riguardare sia dati raccolti presso l'interessato sia dati provenienti da un'altra fonte" (punto 54 della Sentenza).

FILIPPO D'ANGELO

| 712

<https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-46/23>

2024/2(17)GR

### 17. La sentenza della CGUE del 30.4.2024 nella causa C-470/21 su lotta alla contraffazione e tutela dei dati personali ai sensi della direttiva e-privacy

La Corte di giustizia dell'UE (CGUE o la Corte), nella sua composizione più autorevole, con sentenza del 30 aprile 2024, C-470/21, *La Quadratur du Net et al.*, (di seguito anche solo la **Sentenza**) ha fornito risposta alla domanda pregiudiziale, sottopostagli dal *Conseil d'État* di Parigi, relativa all'interpretazione dell'art. 15(1) della direttiva 2002/58/CE sul trattamento di dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (di seguito **direttiva e-privacy**) tenuto conto degli artt. 7, 8, 11 e 52(1) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (**CDFUE**).

Ricordiamo che l'art. 15(1) direttiva e-privacy prevede che tutte le misure che gli Stati membri possono adottare ai sensi della medesima disposizione per limitare i diritti e gli obblighi previsti dalla direttiva e-privacy, tra cui per le finalità di contrasto di reati, devono in ogni caso essere conformi ai principi generali del diritto comunitario, e che i predetti articoli della CDFUE riguardano il rispetto della vita privata e della vita familiare (art. 7 CDFUE), la protezione dei dati personali (art. 8 CDFUE), la libertà di espressione e di informazione (art. 11 CDFUE) e la riserva di legge per ogni eventuale limitazione ai diritti garantiti dalla CDFUE nel rispetto del loro nucleo essenziale e del principio di proporzionalità (art. 52(1) CDFUE).

La vicenda giudiziaria che ha portato il *Conseil d'État* a sottoporre la domanda di pronuncia pregiudiziale alla CGUE vedeva contrapposti da un lato *La Quadrature du Net*, la *Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, Franciliens.net* e *French Data Network* e, dall'altro lato, il *Premier ministre* e il *ministre de la Culture* della Repubblica francese. La questione controversa atteneva alla legittimità del *décret* n. 2010-236, del 5 marzo 2010, relativo al trattamento automatizzato di dati personali autorizzato dall'articolo L. 331-29 del codice della proprietà intellettuale rubricato "Sistema di gestione delle misure per la protezione delle opere su Internet" (come modificato dal *décret* n. 2017-924 del 6 maggio 2017, relativo alla gestione dei diritti d'autore e dei diritti connessi da parte di un organismo di gestione di diritti e recante modifica del codice della proprietà intellettuale).



Precisamente il *Conseil d'État* ha sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti tre questioni pregiudiziali:

(i) se, in linea di principio, i dati relativi all'identità civile corrispondenti a un indirizzo IP rientrano tra i dati di traffico o di ubicazione assoggettati ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente dotata di poteri vincolanti;

(ii) se al quesito sub (i) la Corte dovesse fornire risposta affermativa, tenendo conto della bassa sensibilità dei dati relativi all'identità civile degli utenti, si pone la questione di stabilire se la direttiva e-privacy, letta sulla scorta degli artt. 7, 8, 11 e 52(1) CDFUE, debba interpretarsi nel senso che essa osta ad una normativa nazionale che preveda la raccolta di tali dati relativi agli indirizzi IP degli utenti da parte di un'Autorità amministrativa, senza un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'Autorità amministrativa indipendente con poteri vincolanti;

(iii) infine, qualora la Corte dovesse fornire risposta affermativa anche alla questione sub (ii), data la bassa sensibilità dei dati relativi all'identità civile, dato che solo questi dati possono essere raccolti al solo fine di prevenire violazioni di obblighi definiti in modo circostanziato, e dato che un controllo sistematico dell'accesso ai dati di ogni utente da parte di un giudice o di un'entità amministrativa terza con poteri vincolanti risulterebbe talmente gravoso da presentare il rischio di compromettere l'espletamento della missione di servizio pubblico affidata all'autorità amministrativa anch'essa indipendente che effettua tale raccolta, si pone la questione di stabilire se la direttiva e-privacy osti allo svolgimento di tale controllo con modalità appropriate, come un monitoraggio automatizzato, eventualmente sotto la supervisione di un servizio interno all'organismo, che offra garanzie di indipendenza e di imparzialità relativamente ai soggetti incaricati alla raccolta.

La Corte, anzitutto, ha ritenuto che le questioni ad essa sottoposte non possano essere trattate disgiuntamente risolvendosi tutte, sostanzialmente, nella domanda se l'art. 15(1) direttiva e-privacy, letto alla luce della CDFUE, debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che, al fine di identificare gli autori di una violazione dei diritti d'autore *online*, autorizza l'Autorità pubblica (incaricata della protezione dei diritti d'autore e connessi contro le violazioni commesse su Internet) ad accedere ai dati relativi all'identità civile, conservati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, corrispondenti a indirizzi IP precedentemente raccolti da organismi degli aventi diritto, senza che tale accesso sia subordinato al requisito di un previo controllo da parte di un giudice o di un'Autorità amministrativa indipendente.

Così semplificata la questione, la CGUE ha stabilito che una Autorità pubblica nazionale responsabile della lotta ai reati di contraffazione online è legittimata accedere sulla base di un indirizzo IP ai dati di identificazione dei presunti colpevoli.

Più di preciso, secondo la Corte, l'articolo 15(1) direttiva e-privacy non impedisce ad una normativa nazionale di autorizzare un'Autorità preposta alla tutela del diritto d'autore ad accedere ai dati conservati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico incrociando i



dati relativi all'identità civile con gli indirizzi IP, purché siano rispettate quattro condizioni desumibili dalla normativa vigente.

La prima è che tali dati siano conservati secondo modalità tecniche atte ad evitare che, mediante un'attività di profilazione basata sull'utilizzo combinato di diverse categorie di dati raccolti dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, possano trarsi informazioni sulla vita privata dei titolari dei rispettivi indirizzi IP. A tal fine secondo la Corte risulta opportuno, oltreché stabilire che i dati raccolti non possano essere conservati per un periodo superiore a quello strettamente necessario ad assicurare l'*enforcement* dei diritti d'autore e connessi, prevedere, ad esempio, l'obbligo di conservare separatamente le diverse categorie di dati personali raccolti (come i dati relativi all'identità civile, agli indirizzi IP, al traffico *online* e all'ubicazione) così impedendo *in limine* l'utilizzo incrociato prodromico all'attività di profilazione.

La seconda condizione è che l'accesso dell'Autorità pubblica a tali categorie di dati risulti finalisticamente orientato esclusivamente a identificare la persona sospettata di aver commesso una violazione *online*, e purché siano assicurate al presunto *infringer* le garanzie necessarie affinché l'accesso ai dati che lo riguardano non possa consentire di trarre informazioni sulla sua vita privata. Secondo i giudici di Lussemburgo occorre, quindi, imporre ai funzionari dell'Autorità preposta il divieto di divulgare (al di fuori delle comunicazioni necessarie allo scopo di assicurare l'*enforcement* dei diritti), in qualsiasi forma, informazioni sui contenuti *online* consultati dai titolari dei rispettivi indirizzi IP e, più in generale, di utilizzare tali indirizzi IP per qualsiasi scopo diverso da quello volto all'identificazione dei presunti *infringer*.

La terza condizione è che la possibilità, per il personale incaricato all'esame dei fatti all'interno dell'autorità pubblica preposta, di incrociare i dati con *file* contenenti informazioni che rivelano il titolo di opere protette la cui messa a disposizione *online* ha legittimato la raccolta di indirizzi IP da parte delle organizzazioni dei titolari dei diritti, nei casi di reiterazione della violazione dei diritti d'autore o connessi, a un controllo da parte di un'autorità giudiziaria o amministrativa indipendente, che non può essere completamente automatizzato e deve avvenire prima di qualsiasi utilizzo incrociato dei dati, posto che tale uso è in grado, in determinate circostanze, a consentire di trarre informazioni precise sulla vita privata della persona, il cui indirizzo IP è stato utilizzato per attività potenzialmente in grado di violare il diritto d'autore o connessi.

Infine, la quarta condizione, si sostanzia nel fatto che il sistema di trattamento dei dati utilizzato dall'autorità pubblica risulti soggetto a intervalli periodici a una revisione, da parte di un organismo indipendente terzo rispetto a tale autorità pubblica, diretta a verificare l'integrità del sistema, quindi, le garanzie poste a presidio del rischio di accesso abusivo a tali dati o l'utilizzo illecito degli stessi, nonché la sua efficacia e affidabilità nell'individuare potenziali comportamenti illeciti.

GIORGIO REMOTTI

[Sentenza CGUE causa C-470/21](#)

2024/2(18)DPDM

**18. La sanzione di oltre 1,8 miliardi di euro irrogata il 04.03.2024 dalla Commissione europea ad Apple per abuso di posizione dominante per le regole delle app di musica in *streaming* su App Store**

| 715

Con comunicato stampa del 4 marzo 2024, la Commissione europea (la **Commissione**) ha annunciato la sanzione di oltre 1,8 miliardi di euro imposta in solido ad Apple Inc. and Apple Distribution International Limited (**Apple**) per abuso di posizione dominante nel mercato della distribuzione di app di *streaming* musicale agli utenti di iPhone e iPad attraverso l'App Store (caso AT.40437). La Commissione ha accertato che Apple ha imposto restrizioni agli sviluppatori di app, impedendo loro di informare gli utenti iOS riguardo a servizi di abbonamento musicale alternativi disponibili al di fuori dell'app, violando così le norme antitrust dell'UE.

La Commissione ha accertato la situazione per cui Apple è l'unico fornitore di un App Store tramite il quale gli sviluppatori possono distribuire le loro app agli utenti iOS nell'intero Spazio Economico Europeo. Apple, inoltre, stabilisce i termini e le condizioni che gli sviluppatori devono rispettare per essere presenti sull'App Store e raggiungere gli utenti iOS nel mercato di riferimento.

L'indagine della Commissione ha evidenziato che Apple vietava agli sviluppatori di app di *streaming* musicale sia di informare adeguatamente gli utenti iOS riguardo alla disponibilità di servizi di abbonamento musicale alternativi e più economici, distribuiti al di fuori dell'app, sia di fornire istruzioni su come abbonarsi a tali offerte. In particolare, le restrizioni imposte agli sviluppatori colpiscono non solo le informazioni inerenti ai prezzi degli abbonamenti disponibili su internet, ma anche la possibilità di includere link che conducano a siti web dove possono essere acquistati abbonamenti alternativi. La decisione della Commissione conclude che tali clausole, dette '*anti-steering*', costituiscono condizioni commerciali sleali, che violano l'articolo 102(a) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

La Commissione ha ritenuto che condotta di Apple, durata quasi dieci anni, ha probabilmente portato molti utenti iOS a pagare prezzi significativamente più alti per gli abbonamenti di *streaming* musicale a causa delle elevate commissioni imposte da Apple agli sviluppatori, trasferite poi sui consumatori. Inoltre, le clausole *anti-steering* hanno degradato l'esperienza utente, costringendo gli utenti iOS a una ricerca complessa per trovare offerte alternative o portandoli a non abbonarsi a nessun servizio.

Per stabilire l'ammontare della sanzione, la Commissione ha tenuto conto della durata e della gravità della violazione, nonché del fatturato totale e



della capitalizzazione di mercato di Apple. Ha tenuto conto altresì del fatto che Apple ha fornito informazioni inesatte nell'ambito della procedura amministrativa di accertamento.

Nel strutturare la sanzione, la Commissione ha deciso di aggiungere all'importo di base un'ulteriore somma forfettaria di 1,8 miliardi di euro per garantire che la sanzione complessiva inflitta ad Apple sia proporzionata, sufficientemente dissuasiva, e che lo sia anche per aziende di dimensioni simili. Tale sanzione forfettaria si è resa necessaria in questo caso perché una parte significativa del danno causato dalla violazione delle regole della concorrenza consiste in un danno non monetario, che non può essere adeguatamente risarcito secondo la metodologia basata sugli utili della società. La Commissione ha inoltre ordinato ad Apple di rimuovere le clausole *anti-steering* e di astenersi dal reiterare la violazione.

Le sanzioni inflitte alle imprese che violano le norme antitrust dell'UE sono versate nel bilancio generale dell'UE e contribuiscono quindi a finanziare l'UE e a ridurre l'onere per i contribuenti di ciascuno Stato membro. Nel comunicato stampa, la Commissione ricorda che qualsiasi persona o azienda colpita da un comportamento anticoncorrenziale come quello descritto può adire i tribunali degli Stati membri al fine di chiedere il risarcimento dei danni, posto che, nei procedimenti dinanzi ai tribunali nazionali, una decisione della Commissione costituisce una prova vincolante sia del fatto che il comportamento ha avuto luogo sia della sua contrarietà al diritto della concorrenza.

DOMENICO PIERS DE MARTINO

Comunicato stampa:

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_24\\_1161](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1161)

Testo provvisorio del provvedimento:

[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202419/AT\\_40437\\_10026012\\_3547\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202419/AT_40437_10026012_3547_4.pdf)

Pagina online del Registro pubblico dei procedimenti antitrust della Commissione per il caso AT.40437:

<https://competition-cases.ec.europa.eu/search?search=AT.40437&sortField=relevance&sortOrder=DESC>

2024/2(19)EMI

**19. La comunicazione della Commissione ad Apple del 24.6.2024 di conclusioni preliminari sulla violazione del DMA ad opera delle regole dell'Apple Store e l'apertura di una nuova indagine per violazione del DMA ad opera dei nuovi obblighi posti da Apple a carico di terzi sviluppatori di app e app stores tra cui la nuova "Core Technology Fee"**

In data 24 giugno 2024, la Commissione europea (la “**Commissione**”) ha comunicato, in via preliminare (attraverso l’invio di *preliminary findings*), che le regole dell’App store di Apple violano il Digital Markets Act (Regolamento (UE) 2022/1965) (“**DMA**”), in quanto impedirebbero agli sviluppatori di app di indirizzare liberamente i consumatori verso canali alternativi a per offerte e contenuti.

In aggiunta, la Commissione ha avviato un nuovo procedimento di non conformità (*non-compliance investigation*) nei confronti di Apple sulla base dei timori che i nuovi requisiti contrattuali per gli sviluppatori terzi di app e di app store non siano in grado di garantire l’effettivo rispetto degli obblighi di Apple ai sensi del DMA. In particolare, oggetto di approfondimento è il nuovo c.d. “*Core Technology Fee*” che sembrerebbe essere in contrasto con le regole europee in materia.

In virtù di quanto disposto dal DMA, infatti, gli sviluppatori che distribuiscono le loro applicazioni tramite l’App Store di Apple dovrebbero essere in grado, gratuitamente, di informare i loro clienti sulle possibilità di acquisto alternative e più economiche, indirizzandoli verso tali offerte, e di consentire loro di effettuare gli acquisti in tal modo.

Apple ha tre serie di condizioni contrattuali che regolano i rapporti con gli sviluppatori di app, comprese le regole di gestione dell’App Store. La Commissione ha però ritenuto che nessuna di queste regole contrattuali consente agli sviluppatori di orientare liberamente i propri clienti. A titolo esemplificativo, la Commissione ha rilevato che gli sviluppatori non possono fornire informazioni sui prezzi all’interno dell’app o comunicare in qualsiasi altro modo con i loro clienti per promuovere offerte disponibili su canali di distribuzione alternativi.

Inoltre, in base alla maggior parte delle condizioni commerciali disponibili per gli sviluppatori di app, Apple consente il c.d. pilotaggio solo tramite il processo c.d. “*link-out*”, ossia gli sviluppatori di app hanno la possibilità di includere un link nella propria app di reindirizzamento ad una pagina web dove il cliente può concludere un contratto. Il processo di *link-out* è soggetto a diverse restrizioni imposte da Apple che impediscono agli sviluppatori di app di comunicare, promuovere offerte e concludere contratti attraverso il canale di distribuzione da loro prescelto.

La Commissione ritiene che, sebbene sia corretto prevedere un compenso per Apple per aver facilitato l’acquisizione iniziale di un nuovo cliente da parte degli sviluppatori tramite l’App Store, i compensi addebitati da Apple vadano ben oltre quanto strettamente necessario per la remunerazione di una simile attività. Ad esempio, si mette in evidenza che Apple addebita agli sviluppatori un compenso per ogni acquisto di beni o servizi digitali che l’utente effettua nei sette giorni successivi all’uscita dall’applicazione.

Come detto, la Commissione ha, inoltre, avviato una indagine di non conformità sui nuovi termini contrattuali di Apple per gli sviluppatori. Queste nuove regole prevedono in particolare la fornitura di app store alternativi o la possibilità di offrire una applicazione tramite un canale di distribuzione alternativo. Ad oggi, Apple ha mantenuto l’opzione di sottoscrivere le condizioni precedenti, che non consentono affatto canali di distribuzione alternativi, in contrasto, quindi, con il dettato del DMA.



In particolare, la Commissione vuole verificare se questi nuovi requisiti contrattuali per gli sviluppatori terzi di app e di app store violino l'articolo 6(4) del DMA e in particolare i requisiti di necessità e proporzionalità ivi previsti.

L'indagine si sofferma, in particolar modo, sulla nuova “*Core Technology Fee*” di Apple, in base alla quale gli sviluppatori di app store e app di terzi devono pagare un importo di 0,50 euro per ogni app installata. La Commissione, quindi, si pone l'obiettivo di accertare che la struttura tariffaria imposta da Apple nell'ambito delle nuove condizioni commerciali sia effettivamente conforme al DMA.

In aggiunta, si vogliono indagare anche i vari step di *download* e di installazione dell'app dall'App Store di Apple. Nel dettaglio, è necessario verificare che i vari passaggi che un utente deve compiere per completare con successo il download e l'installazione di app store o di app alternative, nonché le varie schermate informative visualizzate dall'utente, siano conformi al DMA.

Infine, oggetto di ulteriore approfondimento sono i requisiti di ammissibilità per gli sviluppatori che riguardano la possibilità di offrire app store alternativi o di distribuire direttamente app dal web sugli iPhone. Questi requisiti, come l'“iscrizione in regola” all'*Apple Developer Program* che gli sviluppatori di app devono soddisfare per poter beneficiare della distribuzione alternativa prevista dal DMA, devono essere oggetto di specifica indagine di conformità al DMA.

In conclusione, sia i sopra riassunti *preliminary findings* sia l'apertura di un'indagine preliminare per i descritti ulteriori addebiti di non conformità al DMA, mettono in rilievo le criticità delle regole e delle condizioni contrattuali utilizzate da Apple nei rapporti con gli sviluppatori di app nell'ambito del proprio App Store.

Apple, nelle more della presente indagine, ha già avuto modo di replicare, sostenendo, in una propria nota ufficiale, la piena aderenza dei propri requisiti e termini contrattuali alle regole vigenti in Europa.

Dunque, si dovranno ora attendere gli esiti dell'indagine per accertare le asserite violazioni del DMA da parte dell'App Store di Apple.

ENZO MARIA INCUTTI

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_24\\_3433](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_24_3433)

2024/2(20)RA

## **20. La Commissione europea apre una indagine su Meta per la possibile violazione delle norme del DSA in relazione a fenomeni di ‘dipendenza social’ dei minori sulle piattaforme Facebook e Instagram**

Il 16 maggio 2024 la Commissione europea (la “**Commissione**”) ha aperto un'indagine nei confronti di Meta Platforms Ireland Ltd. (“**Meta**”) –

fornitore delle piattaforme *online* Facebook e Instagram – al fine di verificare se la società irlandese abbia violato quanto previsto dal regolamento (UE) 2022/2065 (Regolamento sui servizi digitali o *Digital Services Act* o “**DSA**”), in relazione alla protezione dei minori.

Facebook e Instagram sono state designate piattaforme *online* di dimensioni molto grandi (“**VLOPs**”) il 25 aprile 2023 (v. in questa Rubrica notizia n. 5 nel numero 2/2023 [[2023/2\(5\)RA](#)]), poiché oltrepassano la soglia dei 45 milioni di utenti medi mensili nell’UE prevista all’art. 33(1) DSA. In qualità di VLOPs, a partire dall’agosto 2023 (e, cioè, quattro mesi dopo la loro designazione), il fornitore di tali piattaforme è tenuto al rispetto degli obblighi generali previsti dal Capo III del DSA, nonché di taluni “*obblighi supplementari*” previsti dalla Sezione 5 del Capo III del DSA.

In particolare, Meta è tenuta a rispettare, tanto con riguardo a Facebook quanto con riguardo a Instagram:

- l’art. 28 DSA, che prevede che i “*fornitori di piattaforme online accessibili ai minori adottano misure adeguate e proporzionate per garantire un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori sul loro servizio*”;
- l’art. 34 DSA, secondo il quale i “*fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi individuano, analizzano e valutano con diligenza gli eventuali rischi sistemici nell’Unione derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o dall’uso dei loro servizi*”, effettuando una valutazione del rischio che comprenda anche: (i) “*eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l’esercizio dei diritti fondamentali, in particolare [...] al rispetto dei diritti del minore sancito nell’articolo 24 della Carta [i.e. la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea]*”; (ii) “*qualsiasi effetto negativo, attuale o prevedibile, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona*”;
- l’art. 35 DSA, a mente del quale i “*fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi adottano misure di attenuazione ragionevoli, proporzionate ed efficaci, adattate ai rischi sistemici specifici individuati a norma dell’articolo 34, prestando particolare attenzione agli effetti di tali misure sui diritti fondamentali*” e ciò, anche attraverso l’“*adozione di misure mirate per tutelare i diritti dei minori, compresi strumenti di verifica dell’età e di controllo parentale, o strumenti volti ad aiutare i minori a segnalare abusi o ottenere sostegno, a seconda dei casi*”.

Sulla base della valutazione del rischio effettuata da Meta nel settembre 2023, la Commissione ha manifestato talune preoccupazioni circa il fatto che i sistemi adottati da Facebook e Instagram siano conformi a quanto previsto dai menzionati artt. 28, 34 e 38 del DSA, posto che essi parrebbero stimolare dipendenze comportamentali dei minori (come il c.d. *rabbit-hole*

*effect*) e, al contempo, non garantirebbero un'adeguata verifica dell'età degli utenti.

Per tale ragione, attraverso l'indagine avviata il 16 maggio 2024, la Commissione dovrà ora comprendere se la società irlandese stia effettivamente osservando gli obblighi previsti dal DSA, con particolare riguardo:

- alla valutazione e alla mitigazione del rischio che l'interfaccia di Facebook e Instagram sfruttino debolezze e inesperienza dei minori, così da causare una dipendenza comportamentale e ledere il diritto fondamentale al benessere fisico e mentale dei minori;
- alla implementazione di misure di mitigazione tali da prevenire l'accesso dei minori a contenuti non appropriati, anche attraverso meccanismi di verifica dell'età dell'utente;
- alla necessità di impiegare misure adeguate e proporzionate alla necessità di assicurare un elevato livello di *privacy*, sicurezza e salute dei minori.

RICCARDO ALFONSI

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_24\\_2664](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_2664)

2024/2(21)RG

## 21. Entrata in vigore la legge sul c.d. oblio oncologico (legge 7 dicembre 2023, n. 193)

Con la legge 7 dicembre 2023, n. 193, rubricata *Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche*, il legislatore ha introdotto nell'ordinamento il c.d. diritto all'oblio oncologico la cui definizione è contenuta nel secondo comma dell'art. 1: «*diritto delle persone guarite da una patologia oncologica di non fornire informazioni né subire indagini in merito alla propria pregressa condizione patologica, nei casi di cui alla presente legge*».

La legge, entrata in vigore il 2 gennaio 2024, consta di cinque articoli finalizzati ad introdurre misure volte ad assicurare che i soggetti, clinicamente guariti da patologie oncologiche, godano dei medesimi diritti del resto della popolazione non subendo discriminazione a causa della malattia pregressa. La *ratio* generale della legge è chiara sin dal primo inciso dell'art. 1 il quale, nel definire il perimetro applicativo, sancisce in *incipit*, l'intento di escludere forme di discriminazione pregiudizievole, introducendo per un verso disposizioni attuative di norme, nazionali ed europee, in materia di parità di trattamento e non discriminazione e dall'altro tipizzando un vero e proprio diritto all'oblio oncologico.

Il rango delle norme richiamate nel primo comma dell'art.1 a cui la legge 193/23 intende dare attuazione ed il loro contenuto eterogeneo mostrano l'intenzione del legislatore di "avvolgere" "l'individuo guarito" in una rete di protezione molto ampia che ne assicuri istanze legate alle prerogative

fondamentali della persona (si veda il riferimento all'articolo 2 della Costituzione sul riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo ed al successivo art. 3 sull'eguaglianza e pari dignità sociale) con riferimento al diritto alla salute (e qui ricorre il richiamo all'art. 32 della Costituzione, all'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - di seguito "CDFUE" - e al Piano europeo di lotta contro il cancro, di cui alla Comunicazione della Commissione europea COM(2021) 44 final) al rispetto della vita privata e della vita familiare (art. 7 CDFUE e art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) alla protezione dei dati personali (art. 8 CDFUE), alla non discriminazione (art. 21 CDFUE) e alla protezione dei consumatori (art. 38 CDFUE).

L'interesse per le principali dimensioni di realizzazione della persona è confermato dal combinato disposto delle norme che seguono, non a caso dedicate all'uso e consumo di servizi (art. 2), alla genitorialità (art. 3 in materia di adozione) all'accesso al mondo del lavoro (art. 4 in materia di procedure concorsuali e selettive).

Al centro della legge 193/2023 stanno le informazioni relative allo stato di salute della persona fisica concernenti patologie oncologiche da cui la stessa sia stata precedentemente affetta e il cui trattamento attivo si sia concluso, senza episodi di recidiva, da più di dieci anni o da più di cinque anni nel caso in cui la patologia sia insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età.

L'art. 2 vieta l'acquisizione e in ogni caso l'utilizzazione di tali informazioni relative ad una persona fisica contraente ai fini della determinazione delle condizioni contrattuali di qualunque tipo contratto, anche esclusivamente tra privati.

L'art. 3 introduce una serie di modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozione, vietando l'acquisizione e l'utilizzazione delle medesime informazioni relative alle persone che intendono adottare.

L'art. 4 vieta di richiedere le stesse informazioni relative a candidati ai fini dell'accesso a procedure concorsuali e selettive, pubbliche e private, anche quando nel loro ambito sia previsto l'accertamento di requisiti psico-fisici o concernenti lo stato di salute dei candidati.

Per quanto attiene più in particolare, all'art. 2, il nuovo diritto a non dover fornire informazioni né essere oggetto di indagini sulla propria pregressa condizione patologica opera anche in riferimento all'accesso ai servizi bancari, finanziari, di investimento (di seguito più sinteticamente "creditizi" o "finanziari") e assicurativi, dove una simile esigenza di non discriminazione appare particolarmente avvertita.

Va rilevato in proposito come nel settore della contrattazione finanziaria e assicurativa, il diritto all'oblio oncologico sia destinato a relazionarsi strettamente con quello all'accessibilità ai diversi servizi, che non deve essere pregiudicata, viziata, influenzata o esclusa dalla storia clinica passata, del singolo contraente.

A dispetto della rubrica dell'articolo, la norma ha una portata generale posto che l'inciso "*nonché nell'ambito della stipulazione di ogni altro tipo di contratto, anche esclusivamente tra privati*" rende invocabile un diritto

all'oblio oncologico ogni qualvolta si sia in presenza di un accordo negoziale (dunque non solo nei servizi richiamati nella rubrica dell'articolo e non solo nell'ambito di rapporti *business to consumer*).

Quale che sia il contesto negoziale specifico, l'art. 2 contempla due diverse ipotesi che segnano i confini di estensione temporale della normativa perché il legislatore fa riferimento sia a futuri contratti (parla a tal fine di "stipulazione") sia a rapporti già in essere in forza di precedenti pattuizioni che siano oggetto di "rinnovo" per i quali è vietato richiedere informazioni dotate di precise caratteristiche qualitative e quantitative. Nel primo senso il divieto opera solo se queste riguardino patologie oncologiche (si presume dunque che diverse patologie non siano soggette al medesimo divieto) e, nel secondo caso, a condizione che sia decorso un pre-individuato lasso temporale in assenza di recidiva.

Come detto, il requisito temporale viene individuato nel medesimo comma, in una durata decennale salvo il caso di patologia insorta entro il ventunesimo anno di età ove il periodo viene dimezzato. Si deve tener conto poi del Decreto 22 marzo 2024 del Ministero della Salute che (a ciò espressamente autorizzato dall'art. 5, co. 2 della legge 193/2023) integra la legge in commento, riportando un elenco di patologie per le quali è previsto un termine ridotto per il maturarsi del diritto all'oblio oncologico rispetto al limite decennale o quinquennale.

Dunque, in base al tipo di malattia oncologica, la durata del periodo utile ad escludere la richiesta di informazioni in merito, sarà quella dell'art. 2 della legge 193 ovvero quella del decreto richiamato. L'importanza della legge si coglie se si tiene conto del fatto che il fulcro dell'accessibilità al mercato dei servizi finanziari e del credito è indubbiamente rappresentato dal merito creditizio e dalla storia assicurativa e dal bisogno degli intermediari di acquisire informazioni che tuttavia possono risultare fonte di discriminazione laddove si utilizzino per escludere dal credito o dalla copertura il soggetto o per imporre condizioni più onerose o svantaggiose. L'imposizione quindi in capo all'intermediario dell'obbligo di non assumere informazioni rispetto alle eventuali patologie oncologiche, dalle quali il cliente (o potenziale cliente) sia guarito si traduce in una volontà di correggere fattori di discriminazione.

Quanto al divieto menzionato, il combinato disposto del primo e dell'ultimo capoverso del primo comma dell'art.2 ne dettaglia il contenuto: non è ammessa la richiesta di informazioni sulla pregressa malattia né al diretto interessato né per mezzo dell'assunzione da fonti diverse con un collegato ulteriore divieto di utilizzo di quelle già in possesso dell'operatore o dell'intermediario.

Tale previsione è integrata dal divieto del quarto comma dell'art.2 ove è altresì vietata la richiesta di effettuare visite mediche se orientate ad acquisire informazioni propedeutiche alla conclusione del contratto.

In questo quadro va altresì richiamato il quinto comma dell'art. 2 che prende in considerazione l'ipotesi in cui l'intermediario sia già in possesso delle informazioni: in tal caso, a fronte di una apposita comunicazione inviata dal cliente che accerta la sussistenza dei requisiti necessari ai fini dell'applicazione della legge in commento, è previsto un obbligo di

cancellazione delle informazioni oncologiche già archiviate a cui provvedere entro trenta giorni dal ricevimento della suddetta certificazione.

Il legislatore dunque, nel terzo comma dell'art. 2, rende ancor più forte la protezione del cliente intervenendo sull'autonomia privata mediante l'espressa esclusione della possibilità di applicare limiti, costi e oneri aggiuntivi, o trattamenti diversi rispetto a quelli previsti per le generalità dei contraenti.

Con il secondo comma dell'art.2, le prescrizioni gravanti sugli operatori del mercato creditizio ed assicurativo hanno anche un contenuto positivo: si sancisce infatti un preciso obbligo informativo sul diritto all'oblio nei servizi bancari, finanziari ed assicurativi. Non si tratta di un generico obbligo poiché il legislatore si preoccupa di dettagliarne l'applicazione temporale, non solo usando la locuzione "in tutte le fasi di accesso ai servizi" ma avendo cura di richiamare espressamente fasi quali quelle delle trattative precontrattuali, della stipula e del rinnovo del contratto.

Richiede inoltre che le informazioni siano "adeguate" e rispettino precisi requisiti formali quali l'espressa menzione nei moduli e formulari utilizzati. Va rilevato altresì come la portata della previsione si inserisca a pieno titolo nell'ampio spettro di obblighi informativi a cui sono già tenuti gli intermediari in ambito creditizio ed assicurativo e che si ritiene, debbano essere integrate anche delle suddette informazioni. L'impatto di una loro eventuale violazione è del resto degna di nota se si considera il quadro di conseguenze disegnato dal sesto comma dell'art.2 ove si precisa come *«la violazione delle disposizioni di cui ai commi da 1 a 5 determina la nullità delle singole clausole contrattuali difformi rispetto ai principi di cui al comma 1 e di quelle a esse connesse e non comporta la nullità del contratto, che rimane valido ed efficace per il resto»*.

Da notare come vengano equiparate tutte le ipotesi dell'art.2 per cui la sanzione della nullità opererà ogni qualvolta siano state assunte informazioni ovvero siano state trattate o non siano state cancellate informazioni già possedute o ancora non si sia provveduto all'onere informativo prescritto.

Si tratta evidentemente di una nullità a tutela della parte debole del rapporto che sembra così assumere un valore "di protezione".

Essa opera solo a favore della persona fisica per cui deve ritenersi che il sistema dell'art.2 fatto di divieti ed obblighi si applichi alla generalità dei contraenti laddove invece la nullità sarà invocabile nel solo caso del contraente persona fisica.

Essa sarà altresì rilevabile d'ufficio (in ogni stato e grado del procedimento) e ad inefficacia "parziale" così scongiurando l'invalidità dell'intero accordo contrattuale poiché destinata a colpire solo i profili che siano frutto di una delle violazioni richiamate purché confluite in clausole "difformi" o "connesse".

Il richiamo anche al comma 2 dell'articolo, farebbe pensare ad una nullità invocabile anche nel caso in cui sia stato violato l'obbligo informativo a condizione che ciò abbia però comportato la presenza nel contratto di clausole contrarie alla normativa in esame.

Quanto sopra salvo dettagli che il comma settimo, in chiusura dell'articolo, rimette al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio e all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni, in entrambi i casi sentito il Garante per la protezione dei dati personali.

Nelle more dell'adozione di questi provvedimenti, come precisato dall'art. 5, i contratti bancari, finanziari e assicurativi stipulati dopo la data di entrata in vigore della legge in commento, devono conformarsi ai principi ivi introdotti, a pena di nullità delle singole clausole contrattuali.

Merita da ultimo menzionare il quarto comma dell'art. 5 che stabilisce come competente per la vigilanza sull'applicazione della legge 193/23 sia il Garante per la protezione dei dati personali, previsione questa che rende necessario proporsi la questione del coordinamento di competenze tra Autorità evidentemente coinvolte dalla natura negoziale degli obblighi connessi al diritto all'oblio oncologico oltre che da prerogative di vigilanza espressamente previste dalla legge nei settori a cui si rivolge l'art. 2.

RAFFAELLA GRISAFI

Legge 193/2023:

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/12/18/23G00206/sg>

Decreto 22 marzo 2024 del Ministero della Salute:

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2024/04/24/24A02057/SG>

2024/2(22)CAT

## **22. La modifica dell'art. 110 del Codice privacy sul trattamento dei dati relativi alla salute, a fini di ricerca scientifica in campo medico, biomedico o epidemiologico (DL 19/2024) e il provvedimento n. 298 del 9 maggio 2024 del Garante privacy sulle regole deontologiche**

L'art. 9(4) del regolamento (UE) 679/2016 (**GDPR**) prevede che gli Stati membri possano introdurre ulteriori disposizioni, rispetto a quelle previste dallo stesso GDPR, con riguardo al trattamento di dati genetici, biometrici o relativi alla salute.

In virtù di tale competenza, il legislatore italiano è intervenuto con il D.lgs 101/2018 introducendo l'art. 110 D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (**Codice privacy**) al fine di disciplinare la ricerca medica, biomedica ed epidemiologica. Tale articolo, prima della recente modifica, manteneva come regola generale per "il trattamento dei dati relativi alla salute, a fini di ricerca scientifica in campo medico, biomedico o epidemiologico" il requisito dell'ottenimento del consenso dell'interessato, ammettendo tuttavia deroghe a tale base giuridica laddove: (a) vi fosse una disposizione di legge o di regolamento a copertura del progetto di ricerca e fosse resa pubblica una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali; o (b) informare gli interessati risultasse impossibile, comportasse uno sforzo

sproporzionato o pregiudicasse gravemente la finalità di ricerca. In tale ultimo caso, oltre al parere del comitato etico, era necessario che il progetto di ricerca fosse sottoposto a preventiva consultazione presso il Garante per la protezione dei dati personali (il **Garante** o l'**Autorità**) ai sensi dell'art. 36 GDPR.

Proprio su quest'ultimo aspetto, che non poche criticità ha creato nello sviluppo dei progetti di ricerca, il legislatore italiano è intervenuto con l'art. 44, comma 1-bis della legge 29 aprile 2024, n. 56 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 2 marzo 2024, n. 19 (il **DL 19/2024**). La disposizione introduce una modifica significativa, eliminando l'obbligo per i titolari del trattamento di consultare preliminarmente il Garante, in conformità all'art. 36 GDPR, quando il consenso degli interessati non può essere ottenuto per ragioni specifiche, come l'impossibilità di raggiungerli o l'eccessiva onerosità di tale operazione. Al contrario, i titolari dovranno rispettare le garanzie che l'Autorità è chiamata a definire ai sensi dell'art. 106(2)(d) Codice privacy, coinvolgendo gli operatori di settore.

Con il [Provvedimento n. 298 del 9 maggio 2024](#), il Garante Privacy ha dunque individuato le prime garanzie da adottare per il trattamento dei dati personali a scopo di ricerca medica, biomedica e epidemiologica, riferiti a pazienti deceduti o non contattabili e ha, contestualmente, promosso l'avvio della procedura per l'adozione delle suddette regole deontologiche, invitando i soggetti pubblici e privati, che intendano partecipare ai lavori, a darne comunicazione e a fornire informazioni e documentazione entro 60 giorni.

Tali misure che il Garante definirà avranno come obiettivo il rispetto del principio di minimizzazione dei dati, favorendo l'uso di tecniche come la pseudonimizzazione per ridurre al minimo i rischi per i diritti e le libertà degli interessati, senza compromettere gli obiettivi della ricerca.

Recentemente, è stato evidenziato da alcuni commentatori un potenziale conflitto tra la modifica citata e l'articolo 8 del [disegno di legge governativo](#) (DDL) che introduce disposizioni nazionali in materia di Intelligenza Artificiale (IA). Tuttavia, quest'ultima disposizione riguarda esclusivamente i trattamenti di dati per la ricerca e la sperimentazione scientifica nella creazione di sistemi di intelligenza artificiale nel settore sanitario, in quanto necessari per la realizzazione e l'uso di banche dati e modelli di base, dichiarandoli di rilevante interesse pubblico. Pertanto, l'articolo 8 non copre la ricerca medica in generale, escludendo almeno i progetti di sperimentazione clinica non finalizzati alla realizzazione di sistemi di IA.

Concludendo, la recente revisione normativa introdotta dal DL 19/2024, oltre a essere più in linea con il principio di accountability sancito dall'art. 5 GDPR, rappresenta un passo rilevante verso la semplificazione delle procedure nel campo della ricerca medica e risponde alla necessità di mantenere l'Italia competitiva a livello internazionale in tale settore, riducendo il peso degli adempimenti burocratici percepiti come ostacoli dagli operatori del settore.

CARMINE ANDREA TROVATO

[Codice privacy](#)

[Provvedimento Garante n. 298 del 9 maggio 2024](#)

[Comunicato stampa Garante](#)

| 726

2024/2(23)MS

### **23. Promulgata la legge 28 giugno 2024, n. 90 *Disposizioni in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici***

Il 2.7.2024 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale la legge 28.6.2024, n. 90 recante Disposizioni in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici (innanzi la **Legge sulla cybersicurezza** o la **Legge**). La Legge, ponendosi nel solco del d.l. 14.6.2021 convertito nella legge 4.8.2021 n. 109 (Disposizioni urgenti in materia di cybersicurezza, definizione dell'architettura nazionale di cybersicurezza e istituzione dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale) contiene disposizioni che incidono su molte materie, comprese disposizioni di diritto e procedura penale. Qui di seguito riferiremo succintamente di una serie di misure poste dalla Legge alla pubblica amministrazione, volte a prevenire e contrastare il compimento di reati informatici che possano compromettere interessi nazionali strategici, nonché di un ampliamento di delega conferita dalla Legge al Governo nella materia della resilienza operativa digitale nel settore finanziario.

Innanzitutto la nozione di pubblica amministrazione (di seguito **PA**) utilizzata dalla Legge include le pubbliche amministrazioni centrali (vale a dire quelle incluse nell'elenco annuale ISTAT delle pubbliche amministrazioni previsto dall'articolo 1, comma 3, della legge n. 196 del 2009 (Legge di contabilità e finanza pubblica), le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, le città metropolitane, i comuni con popolazione superiore a 100.000 abitanti, i comuni capoluoghi di regione, le società di trasporto pubblico urbano con bacino di utenza non inferiore a 100.000 abitanti, le società di trasporto pubblico extraurbano operanti nell'ambito delle città metropolitane, le aziende sanitarie locali, le società *in house* dei predetti enti (qualora le stesse società siano fornitrici di servizi informatici, dei servizi di trasporto sopra indicati, dei servizi di raccolta, smaltimento o trattamento di acque reflue urbane, domestiche o industriali, ovvero di servizi di gestione dei rifiuti).

A ciascuna delle predette PA la Legge sulla cybersicurezza chiede di adempiere ad un vero e proprio “**obbligo di resilienza**”, consistente, per un verso, nella immediata (“senza ritardo e comunque entro il termine massimo di ventiquattro ore”) segnalazione all'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (di seguito **ACN**) di qualunque incidente indicato “nella tassonomia di cui all'articolo 1, comma 3 bis, del d.l. 21.9.2019, n.105, convertito, con modificazioni, dalla [legge 18.11.2019, n. 133](#) (Disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica), aventi

impatto su reti, sistemi informativi e servizi informatici” (sulla determina dell’ACN del 3.1.2023 sulla tassonomia degli incidenti informatici da notificare v. in questa Rubrica la notizia n. 17 del numero 1/2023 [2023/1(17)ES]). Per altro verso, nella effettuazione “entro settantadue ore a decorrere dal medesimo momento” della notifica completa all’ACN “di tutti gli elementi informativi disponibili”. L’accertamento del ritardo o dell’omissione (della predetta notifica) da parte dell’ACN potrà comportare l’invio, da parte di quest’ultima, “nei dodici mesi successivi” di ispezioni presso la PA rimasta inerte “anche al fine di verificare l’attuazione, da parte dei soggetti interessati dall’incidente, di interventi di rafforzamento della resilienza agli stessi”.

Ma non solo. Nel momento stesso in cui l’ACN avrà contezza del ritardo o dell’omissione della notifica, la stessa Agenzia comunicherà alla PA resasi inadempiente che la reiterazione dell’inosservanza, nell’arco di cinque anni, comporterà l’applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da euro 25.000 a euro 125.000 a carico della stessa PA.

Non tutte le PA, però, saranno tenute ad effettuare la predetta segnalazione all’ACN. Ne saranno infatti esentati: a) i soggetti di cui all'[articolo 3, comma 1, lettere g\) e i\), del d.lgs. 18.5.2018, n. 65](#) (vale a dire taluni fornitori, pubblici o privati, di servizi essenziali per il mantenimento di attività sociali e/o economiche fondamentali, la cui fornitura dipenda dalla rete e dai sistemi informativi e i fornitori di servizi digitali), e quelli di cui all'[articolo 1, comma 2-bis, del d.l. 21.9.2019, n. 105](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 18.11.2019, n. 133](#) (enti e operatori, pubblici o privati, inclusi nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica); e b) gli organi dello Stato preposti alla prevenzione, all’accertamento e alla repressione dei reati, alla tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica e alla difesa e sicurezza militare dello Stato e agli organismi di informazione per la sicurezza di cui agli [articoli 4,6 e 7 della legge 3.8.2007, n. 124](#).

Quanto sinora detto attiene alla notifica di incidenti verificatisi sulla rete e sui sistemi informativi. Per il caso invece in cui sia l’ACN, nella propria attività di valutazione del rischio, a venire a conoscenza di circostanze o eventi potenzialmente lesivi della sicurezza della rete e dei sistemi informativi di una o più PA, la Legge sulla cybersicurezza prevede che la ACN possa segnalare alla PA interessata l’esistenza di “*specifiche vulnerabilità*”, con conseguente obbligo di quest’ultima di adottare gli interventi risolutivi “indicati dalla stessa Agenzia” senza ritardo e comunque “non oltre quindici giorni dalla comunicazione”. In caso di inottemperanza all’adozione di detti interventi risolutivi si applicheranno le anzidette sanzioni previste per l’ipotesi di mancata, o ritardata, notifica di incidenti riguardanti reti, sistemi informativi e servizi informatici.

La Legge sulla cybersicurezza assegna all’ACN anche i compiti di raccolta, elaborazione e classificazione, dei dati relativi alle notifiche di incidenti ricevute, e prevede che tali dati siano resi pubblici mediante la relazione annuale del Presidente del Consiglio dei ministri al Parlamento in materia di cybersicurezza nazionale.

Il nucleo centrale delle modifiche introdotte dalla Legge sulla cybersicurezza in materia di *governance* è rappresentato dalla previsione

dell'obbligo di ogni PA di dotarsi, ove non già presente, di una struttura per la cybersicurezza, nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente. Tale struttura, che potrà essere individuata anche in quella dell'ufficio del responsabile per la transizione al digitale, dovrà provvedere: “a) allo sviluppo delle politiche e delle procedure di sicurezza delle informazioni; b) alla produzione e all'aggiornamento di sistemi di analisi preventiva di rilevamento e di un piano per la gestione del rischio informatico; c) alla produzione e all'aggiornamento di un documento che definisca i ruoli e l'organizzazione del sistema per la sicurezza delle informazioni dell'amministrazione; d) alla produzione e all'aggiornamento di un piano programmatico per la sicurezza di dati, sistemi e infrastrutture dell'amministrazione; e) alla pianificazione e all'attuazione di interventi di potenziamento delle capacità per la gestione dei rischi informatici, in coerenza con i piani di cui alle lettere b) e d); f) alla pianificazione e all'attuazione dell'adozione delle misure previste dalle linee guida per la cybersicurezza emanate dall'Agenzia per la cybersicurezza nazionale; g) al monitoraggio e alla valutazione continua delle minacce alla sicurezza e delle vulnerabilità dei sistemi per il loro pronto aggiornamento di sicurezza”.

Presso ciascuna delle predette strutture opererà “il referente per la cybersicurezza” (è peraltro previsto che, qualora la singola pubblica amministrazione non disponga di personale dipendente fornito di tali requisiti, la stessa pubblica amministrazione possa conferire l'incarico di referente per la cybersicurezza a un dipendente di una pubblica amministrazione).

Come per gli obblighi di notifica e di adeguamento alle segnalazioni dell'ACN sopra indicati, anche per le predette misure di *governance* è previsto che le stesse non si applichino a) ai soggetti di cui all'[articolo 3, comma 1, lettere g\) e i\), del d.lgs. 18.5.2018, n. 65](#) (vale a dire a taluni fornitori, pubblici o privati, di servizi essenziali per il mantenimento di attività sociali e/o economiche fondamentali, la cui fornitura dipenda dalla rete e dai sistemi informativi e i fornitori di servizi digitali), ed a quelli di cui all'[articolo 1, comma 2-bis, del d.l. 21.9.2019, n. 105](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 18.11.2019, n. 133](#) (enti e operatori, pubblici o privati, inclusi nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica); e b) agli organi dello Stato preposti alla prevenzione, all'accertamento e alla repressione dei reati, alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e alla difesa e sicurezza militare dello Stato e agli organismi di informazione per la sicurezza di cui agli [articoli 4,6 e 7 della legge 3.8.2007, n. 124](#).

Altra novità saliente dettata dalla Legge sulla cybersicurezza è quella concernente il rafforzamento delle misure di sicurezza dei dati attraverso l'uso della crittografia. Viene infatti istituito il Centro nazionale di crittografia presso l'ACN e si attribuisce alle strutture preposte alle attività di cybersicurezza nelle PA la funzione di verificare che i programmi e le applicazioni informatiche e di comunicazione elettronica “rispettino le linee guida sulla crittografia nonché quelle sulla conservazione delle password adottate dall'Agenzia per la cybersicurezza nazionale e dal Garante per la protezione dei dati personali e non comportino vulnerabilità note, atte a rendere disponibili e intelligibili a terzi i dati cifrati”.

In relazione al procedimento amministrativo sanzionatorio per l'accertamento e la contestazione delle violazioni in materia di cybersicurezza di competenza dell'ACN vengono inoltre anticipati termini e modalità della relativa disciplina che verrà adottata con regolamento "entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore" della Legge sulla cybersicurezza.

Una serie di ulteriori disposizioni della Legge sulla cybersicurezza, sulle quali non ci soffermiamo, è dedicata al personale dell'ACN e degli organismi di informazione per la sicurezza, comprese disposizioni sull'incompatibilità.

La Legge introduce una nuova disciplina in riferimento ai contratti pubblici di beni e servizi informatici impiegati "in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici". Sul punto, la Legge sulla cybersicurezza demanda ad un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri l'individuazione - per specifiche categorie tecnologiche di beni e servizi informatici - degli elementi essenziali di cybersicurezza che "i soggetti di cui all'[articolo 2, comma 2, del codice dell'amministrazione digitale](#), di cui al [d.lgs. 7.3.2005, n. 82](#)" dovranno tenere in considerazione "nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici, nonché i casi in cui, per la tutela della sicurezza nazionale, dovranno essere previsti criteri di premialità per le proposte o per le offerte che contemplino l'uso di tecnologie di cybersicurezza italiane o di Paesi appartenenti all'Unione europea o di Paesi aderenti all'Alleanza atlantica (NATO) o di Paesi terzi (che saranno individuati con l'adottando decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, *ndr*) tra quelli che sono parte di accordi di collaborazione con l'Unione europea o con la NATO in materia di cybersicurezza, protezione delle informazioni classificate, ricerca e innovazione".

Quanto agli "elementi essenziali di cybersicurezza" ne viene fornita la seguente nozione: "insieme di criteri e regole tecniche la conformità ai quali, da parte di beni e servizi informatici da acquisire, garantisce la confidenzialità, l'integrità e la disponibilità dei dati da trattare" in misura corrispondente alle anzidette esigenze di tutela.

Nello specifico le singole stazioni appaltanti: i) potranno esercitare "la facoltà di cui agli [articoli 107, comma 2, e 108, comma 10, del codice dei contratti pubblici](#), di cui al [decreto legislativo 31.3.2023, n. 36](#) (la facoltà di non aggiudicare l'appalto per le ipotesi ivi previste, *n.d.r.*), ove accertino che l'offerta non tenga in considerazione gli anzidetti elementi essenziali di cybersicurezza"; ii) terranno sempre in considerazione i predetti elementi essenziali di cybersicurezza nella valutazione dell'elemento qualitativo, ai fini dell'individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo per l'aggiudicazione; iii) "nel caso in cui sia utilizzato il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'[articolo 108, comma 3, del codice di cui al d.lgs. n. 36 del 2023](#), inseriranno detti elementi di cybersicurezza tra i requisiti minimi dell'offerta; iv) "nel caso in cui sia utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 108, comma 4, del codice di cui al [d.lgs. n. 36 del 2023](#)", nella valutazione dell'elemento

qualitativo ai fini dell'individuazione del migliore rapporto qualità/prezzo, stabiliranno “un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 10 per cento”; v) prevederanno “criteri di premialità per le proposte o per le offerte che contemplino l'uso di tecnologie di cybersicurezza italiane o di Paesi appartenenti all'Unione europea o di Paesi aderenti alla NATO o di Paesi terzi individuati (con l'adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, *ndr*) tra quelli che sono parte di accordi di collaborazione con l'Unione europea o con la NATO in materia di cybersicurezza, protezione delle informazioni classificate, ricerca e innovazione, al fine di tutelare la sicurezza nazionale e di conseguire l'autonomia tecnologica e strategica nell'ambito della cybersicurezza”.

Dette novità in materia di contratti pubblici di beni e servizi informatici si applicheranno anche ai soggetti privati non compresi tra quelli di cui all'articolo 2, comma 2, del codice di cui al [d.lgs. 7.3.2005, n. 82](#), e inseriti “nell'elencazione di cui all'[articolo 1, comma 2-bis, del d.l. 21.9.2019, n. 105](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 18.11.2019, n. 133](#)” (soggetti privati comunque inclusi nel perimetro di sicurezza nazionale cibernetica).

Per quanto attiene alle modifiche concernenti **gli intermediari finanziari**, la Legge ha integrato la legge 21.2.2024 n. 15 (Legge di delegazione europea 2022-2023), e nello specifico il relativo art. 16, contenente la “delega al Governo per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2022/2554 (di seguito **DORA** da *Digital Operational Resilience Act*) relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario (sul DORA v. in questa Rubrica la notizia n. 3 del numero 4/2022 [[2022/4\(3\)ES](#)]). In particolare, in virtù di questa integrazione, al Governo viene altresì demandato il compito di “apportare alla disciplina applicabile agli intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al [decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385](#), nonché alla società Poste italiane Spa per l'attività del Patrimonio Bancoposta, di cui al regolamento di cui al [decreto del Presidente della Repubblica 14.3.2001, n. 144](#), le occorrenti modifiche e integrazioni, anche mediante la normativa secondaria di cui alla lettera d) del presente comma, per conseguire un livello elevato di resilienza operativa digitale e assicurare la stabilità del settore finanziario nel suo complesso, in particolare: 1) definendo presidi in materia di resilienza operativa digitale equivalenti a quelli stabiliti nel [regolamento \(UE\) 2022/2554 \[DORA\]](#) [...]; 2) tenendo conto, nella definizione dei presidi di cui al numero 1), del principio di proporzionalità e delle attività svolte dagli intermediari finanziari e dal Patrimonio Bancoposta; 3) attribuendo alla Banca d'Italia l'esercizio dei poteri di vigilanza, di indagine e sanzionatori di cui alla lettera b) (dell'art. 16, comma 2 legge 21.2.2024 n. 15, *ndr*) nei confronti dei soggetti di cui alla presente lettera”.

Nel Capo II della Legge, si trova una serie di disposizioni di **diritto penale**. Si tratta, tra le altre, delle disposizioni che prevedono aumenti di pena e introduzione di nuove circostanze aggravanti per il reato dell'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico di cui all'art. 615 ter c.p., l'abrogazione dell'art. 615 quinquies c.p. (Diffusione di apparecchiature,

dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico), l'integrazione dell'ipotesi di procedibilità d'ufficio per il reato di cui all'art. 617 quater c.p. (Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche) di cui al n. 2 del terzo comma (se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio) mediante il riferimento a chi eserciti "anche abusivamente, la professione di investigatore privato", l'introduzione di nuove ipotesi di circostanze attenuanti e di modifiche alla disciplina del reato di danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici "pubblici o di interesse pubblico" di cui all'art. 635 ter c.p., modifiche alla disciplina del reato di cui all'art. 635 quater c.p. (Danneggiamento di sistemi informatici o telematici), quanto alla circostanza aggravante del medesimo reato, la modifica dell'art. 635 quinquies c.p. (Danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblico interesse).

Per quanto attiene alle **modifiche introdotte al codice di procedura penale** si segnala in particolare l'aggiunta del numero 7 ter al comma 2, lettera a), dell'art. 407 c.p.p., di modo che, con l'entrata in vigore della Legge sulla cybersicurezza le indagini preliminari potranno ora avere la durata massima di cui al citato comma 2 anche per i "delitti previsti dagli [articoli 615-ter, 615-quater, 617-ter, 617-quater, 617-quinquies, 617-sexies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quater.1 e 635-quinquies del codice penale](#), quando il fatto è commesso in danno di sistemi informatici o telematici di interesse militare o relativi all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica o alla sanità o alla protezione civile o comunque di interesse pubblico".

Relativamente alle funzioni di impulso esercitate dal procuratore nazionale antimafia nei confronti dei procuratori distrettuali ai sensi del comma 4 bis dell'art. 371 bis c.p.p. (introdotto dall'art. 2-bis, comma 3, lettera b) del d.l. 10.8.2023, n. 105, convertito con modificazioni dalla legge 9.10.2023, n. 137), la Legge sulla cybersicurezza interviene per renderne effettiva l'applicazione anche in relazione alla disciplina di cui al [d.l. 15.1.1991, n. 8](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 15.3.1991, n. 82](#) (Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia), al [d.l. 13.5.1991, n. 152](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 12.7.1991, n. 203](#) (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), ed alla legge 11.1.2018 n. 6 (Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia).

Si segnalano inoltre alcune **modifiche** introdotte dalla Legge sulla cybersicurezza al **d.lgs. 8.6.2001 n. 231 (Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica)**. In particolare viene aggravata la sanzione di cui al comma 1 dell'art. 24 bis (Delitti informatici e trattamento illecito di dati), che per l'ente responsabile dei delitti di cui agli articoli [615-ter, 617-quater, 617-quinquies, 635-bis, 635-ter, 635-quater c.p.](#) passa da duecento a settecento quote (anziché da cento a cinquecento quote).



Infine la Legge interviene con alcune disposizioni relative al personale dell'ACN addetto al CSIRT, l'organo dell'ACN che si occupa di monitoraggio preventivo e risposta agli incidenti informatici (da *Computer Security Incident Response Team*), nonché con alcune modifiche alla normativa sull'organizzazione ed il funzionamento dell'Ispettorato generale presso il Ministero di grazia e giustizia in materia di sicurezza negli accessi alle banche dati.

MARCO SCALDAFERRI

[Legge 28 giugno 2024, n. 90](#)

2024/2(24)MVT

#### 24. La designazione di AGCOM quale Coordinatore dei servizi digitali ai sensi del DSA (DL 123/2023)

Il 14 novembre 2023 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana la Legge 13 novembre 2023, n. 159 recante “*Conversione in legge con modificazioni del decreto-legge 15 settembre n. 123, recante misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale*” (di seguito il **DL 123/2023** anche solo il **Decreto**).

Nella disciplina del Capo IV del DL 123/2023, rubricato “*Disposizioni per la sicurezza dei minori in ambito digitale*” (su cui v. in questa Rubrica la notizia n. 9 nel numero 1/2024 [[2024/1\(9\)SGh](#)]), si trova anche l'art. 15, con il quale, al fine di garantire la vigilanza sull'attività dei fornitori di servizi intermediari operanti in ambito digitale e prevenire la diffusione di contenuti illegali *online*, è stata data attuazione all'art. 49 del regolamento (UE) 2022/2065 (di seguito anche **Digital Services Act** o **DSA**) (su cui v. in questa Rubrica notizia n. 1 del numero 4/2022 [[2022/4\(1\)ST](#)]).

L'art. 49 DSA impone agli Stati membri l'obbligo di designare “*una o più autorità competenti incaricate della vigilanza dei fornitori di servizi intermediari e dell'esecuzione del presente regolamento*”. Con l'art. 15(1) DL 123/2023, lo Stato italiano ha designato l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (**AGCOM**) quale Coordinatore dei Servizi Digitali, ai sensi dell'art. 49 DSA.

L'AGCOM, pertanto, è, in virtù di questa designazione, responsabile della vigilanza e dell'applicazione del *Digital Services Act* nel territorio italiano.

Il Coordinatore dei servizi digitali, ai sensi dell'art. 15(3) DL 123/2023, definisce con proprio provvedimento le condizioni, le procedure e le modalità operative per l'esercizio delle funzioni di cui è titolare, agendo in modo imparziale, trasparente e tempestivo. Il garantire l'effettività dei diritti e l'efficacia degli obblighi stabiliti dal *Digital Services Act* è un compito particolarmente importante, soprattutto quando è in gioco la protezione dei minori e il raggiungimento di obiettivi quali, per esempio, la prevenzione

della diffusione di contenuti pornografici disponibili *online* e, in generale, di altri contenuti illegali o comunque vietati.

Nello svolgere l'attività di Coordinatore dei Servizi digitali, l'AGCOM si avvale della collaborazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), del Garante per la protezione dei dati personali (il **Garante privacy**) e di ogni altra Autorità nazionale competente. Gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione sono disciplinati attraverso dei protocolli di intesa stilati tra le Autorità medesime (art. 15(2) DL 123/2023).

Il potere sanzionatorio, per il caso di violazione delle prescrizioni del *Digital Services Act*, è conferito agli Stati Membri dall'art. 52 DSA. Pertanto, l'art. 15(4) DL 123/2023 ha apportato alcune modifiche alla legge istitutiva dell'AGCOM, la [legge 31 luglio 1997, n. 249](#), tra le quali l'introduzione del comma 32 *bis* nell'art. 1 della medesima legge, in questo modo attribuendo all'AGCOM il potere di applicare sanzioni amministrative in conseguenza della violazione degli obblighi di cui agli articoli 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 30 e 45 del *Digital Services Act*.

In particolare, il richiamo è alla violazione degli obblighi di contestare i contenuti illegali; ordini di fornire informazioni; obblighi in materia di dovere di diligenza per un ambiente *online* trasparente e sicuro; obblighi relativi al sistema di gestione dei reclami e alla risoluzione extragiudiziale delle controversie; obblighi di comunicazione trasparente per i fornitori di piattaforme *online*; obblighi relativi alla pubblicità sulle piattaforme *online*; alla trasparenza dei sistemi di raccomandazione; alla protezione *online* dei minori e alla tracciabilità degli operatori commerciali e codici di condotta.

Il Coordinatore dei Servizi digitali ha il potere di applicare, con proprio provvedimento e in conformità ai principi di proporzionalità, adeguatezza e rispetto del contraddittorio, sanzioni amministrative pecuniarie fino ad un massimo del 6% del fatturato annuo mondiale nell'esercizio finanziario precedente alla comunicazione di avvio del procedimento al prestatore di un servizio intermediario.

In caso di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti e di inosservanza, da parte dell'intermediario dei servizi digitali, dell'obbligo di sottoporsi a un'ispezione, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è riconosciuto il potere di applicare, in conformità al combinato disposto di cui agli articoli 51 e 52 DSA, una sanzione amministrativa pecuniaria fino ad un massimo dell'1% del fatturato mondiale realizzato nell'esercizio finanziario precedente.

L'importo massimo giornaliero delle penalità di mora che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni può applicare è pari al 5% del fatturato giornaliero medio mondiale del fornitore di un servizio intermediario interessato, realizzato nell'esercizio finanziario precedente.

Le sanzioni sono applicate dalla stessa Autorità ai prestatori di servizi intermediari nell'esercizio dei poteri che le vengono conferiti dagli articoli 51 e 52 DSA.

Nell'applicazione della sanzione, l'AGCOM deve tener conto della gravità del fatto e delle conseguenze che ne sono derivate, nonché della

durata e dell'eventuale reiterazione della violazione. È escluso il beneficio del pagamento in misura ridotta della sanzione ai sensi dell'art. 6 L. 24 novembre 1981, n. 689.

Per quanto attiene alle misure organizzative, l'art. 15(5) DL 123/2023 incrementa la pianta organica dell'AGCOM di 23 unità, specificando le relative qualifiche, determina gli oneri da ciò derivanti per i prossimi 10 anni, e prevede che a tali oneri si provvede mediante un contributo di importo pari allo 0,135 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato dai prestatori dei servizi intermediari stabiliti in Italia, così come definiti dal DSA, e individuati dall'AGCOM con la collaborazione dell'Istituto nazionale di statistica e dell'Agenzia delle Entrate.

MARIA VITTORIA TRINCHERA

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2023;159>

2024/2(25)FB

## **25. La sentenza n. 69/2024 della Corte Costituzionale sulla illegittimità costituzionale di una disposizione di una legge regionale in materia di sistemi di videosorveglianza in strutture di cura**

### **La decisione in sintesi**

Con la sentenza n. 69, decisa il 20.3.2024 e pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 24.4.2024, la Corte costituzionale ha ribadito (come aveva già fatto originariamente con la sentenza n. 271 del 2005 e da ultimo con la sentenza n. 177 del 2020) che la protezione degli individui con riguardo al trattamento dei loro dati personali rientra nella materia dell'«ordinamento civile» di competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione. La protezione dei dati personali è ricondotta a tale materia poiché essa riguarda il riconoscimento di una serie di diritti alle persone fisiche e giuridiche (*sic*) relativamente ai propri dati; ivi includendo tanto le norme sostanziali che disciplinano la raccolta e il trattamento dei dati personali, quanto i diritti, di cui sono regolate analiticamente caratteristiche, limiti, modalità di esercizio, garanzie, nonché le forme di tutela in sede amministrativa e giurisdizionale delle situazioni soggettive del settore.

Nel caso di specie, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la norma di cui all'art. 3 della legge regionale della Puglia n. 123 del 2023, che regola «l'installazione di sistemi di videosorveglianza e la tutela della privacy» nelle strutture socio-sanitarie e socio-assistenziali al fine di prevenire e contrastare condotte di maltrattamento o abuso, anche psicologico, nei confronti di anziani e persone con disabilità. L'invasione della competenza legislativa statale da parte della Regione si manifesta già con l'introduzione di nuove fonti, che nel tempo possono essere modificate e integrate dai legislatori competenti.

La censura costituzionale è mossa anche con riferimento al primo comma dell'articolo 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione al Regolamento (UE) 679/2016 quale norma interposta, in quanto l'Unione europea, nell'esercizio della sua competenza in materia di protezione delle persone fisiche riguardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali, stabilita dall'art. 16 del TFUE, ha ampiamente regolamentato la materia, lasciando peraltro agli Stati membri solo limitati spazi normativi.

La Consulta ha rilevato come la complessità e l'ampiezza dei profili implicati nel trattamento dei dati personali richiedano delicati bilanciamenti tra diritti di rango inviolabile. La disposizione regionale censurata, pertanto, viola i vincoli derivanti dall'Unione europea ed invade la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile, sovrapponendosi con previsioni autonome e un rinvio selettivo al delicato intreccio di fonti europee e statali che regolano la materia.

### **Il ricorso**

La Presidenza del Consiglio dei ministri ha promosso il giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 3 della legge della Regione Puglia 15 giugno 2023, n. 13, recante «Disposizioni per prevenire e contrastare condotte di maltrattamento o di abuso, anche di natura psicologica, in danno di anziani e persone con disabilità e modifica alla legge regionale 9 agosto 2006, n. 26 (Interventi in materia sanitaria)», con riferimento all'articolo 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, in quanto la contestata norma regionale:

- invade la materia dell'ordinamento civile con riguardo alla protezione dei dati personali, introducendo una disciplina di dettaglio attraverso disposizioni precise in merito a: l'installazione dei sistemi di videosorveglianza, che deve essere effettuata in modo tale da garantire la sicurezza dei dati trattati e proteggerli da accessi non autorizzati; la necessità di ottenere il consenso degli ospiti o dei loro tutori prima dell'attivazione degli impianti; l'obbligo di segnalare adeguatamente la presenza dei sistemi di videosorveglianza a tutti i soggetti che accedono alle aree interessate; l'esecuzione delle registrazioni, che deve avvenire in modalità criptata; e la visione delle registrazioni, che è riservata esclusivamente all'autorità giudiziaria;

- menziona in modo generico e sporadico solo alcune delle norme nazionali e sovra-nazionali di riferimento (*i.e.* il decreto legislativo n. 101 del 2018 ed il regolamento (UE) 2016/679, il "GDPR"), ignorando invece tutti gli strumenti normativi rilevanti;

- richiama le succitate fonti superiori esclusivamente con riferimento alla fase d'installazione dei sistemi di videosorveglianza;

- evoca la mera necessità del consenso degli ospiti (o dei loro tutori), senza specificare le modalità con cui tale consenso debba essere prestato, né le caratteristiche che deve possedere, non specificando, inoltre, il limite temporale di conservazione delle videoriprese;

- ignora la posizione degli operatori delle RSA e le garanzie loro offerte, in particolare, dall'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori (come modificato da due dei provvedimenti della riforma nota complessivamente come *Jobs Act*, ossia il Decreto legislativo 151/2015, e il Decreto legislativo 185/

2016), che regola le condizioni per l'ammissibilità dei controlli a distanza sui lavoratori nei luoghi di lavoro.

La Regione sarebbe pertanto intervenuta in un ambito riservato al Legislatore statale, a cui soltanto compete il bilanciamento degli interessi giuridici in gioco (come già fissato dalla Corte nella sentenza n. 271 del 2005), violando conseguentemente il principio di proporzionalità, col disporre il ricorso ad uno strumento di monitoraggio particolarmente invasivo senza dimostrarne la sua adeguatezza e necessità in concreto.

Il Governo, ad ulteriore dimostrazione della competenza esclusiva del Legislatore statale, richiama due recenti norme nazionali che dispongono l'installazione di sistemi di videosorveglianza presso le strutture di assistenza per gli anziani, ed in particolare l'articolo 5-*septies*, comma 2, del decreto-Legge 18 aprile 2019, n. 32 (recante «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici», convertito, con modificazioni, nella Legge 14 giugno 2019, n. 55), che prevede un fondo destinato a finanziare l'installazione dei sistemi di videosorveglianza a circuito chiuso presso le strutture di residenza e cura degli anziani, e l'articolo 4, comma 2, lettera *r*), della Legge 23 marzo 2023, n. 33 (recante «Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane», esercitate, poi con l'articolo 31 del decreto legislativo 15 marzo 2024, n. 29, recante «Disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane, in attuazione della delega di cui agli articoli 3, 4 e 5 della Legge 23 marzo 2023, n. 33»), che annovera la presenza di sistemi di videosorveglianza a circuito chiuso fra i criteri di accreditamento e autorizzazione di tali strutture.

Oltre che per l'invasione della potestà legislativa in materia di «ordinamento civile», il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato dall'Avvocatura generale dello Stato, eccepisce la violazione della lettera *l*) del secondo comma dell'articolo 117 della Costituzione, anche con riferimento all'«ordinamento penale», poiché la disposizione impugnata si limiterebbe ad attribuire all'autorità giudiziaria la sola competenza per l'accesso alle videoregistrazioni, senza rinviare all'intero quadro normativo di riferimento, che include anche il decreto legislativo 18 maggio 2018, n. 51, attuativo della Direttiva (UE) 2016/680, la quale detta la disciplina della protezione dei dati personali nell'ambito dei trattamenti effettuati per finalità di *law enforcement* da parte di tutte le autorità competenti.

L'Avvocatura generale dello Stato, sulla base della considerazione secondo la quale la disciplina del trattamento e della protezione dei dati personali è regolata principalmente da fonti dell'Unione europea, lamenta, infine, anche la violazione del primo comma dell'articolo 117 della Costituzione, in relazione ai già menzionati Regolamento (UE) 679/2016 e Direttiva (UE) 2016/680.

### **La difesa e la decisione sulle eccezioni d'inammissibilità formale del ricorso**

La Regione Puglia, costituendosi in giudizio, ha sollevato tre eccezioni formali preliminari d'inammissibilità del ricorso.

Con la prima ha contestato l'assenza, nella delibera del Consiglio dei ministri, di riferimenti al primo comma dell'articolo 117 della Costituzione e quindi alla violazione di vincoli derivanti dall'ordinamento europeo, eccedendo pertanto un'eccezione della censura contenuta nel ricorso dell'Avvocatura rispetto alla volontà dell'organo politico rappresentato. La Corte ha ritenuto tale eccezione infondata, valutando evidente dalla piana lettura della delibera del Consiglio dei ministri la manifesta volontà dell'organo politico di censurare il contrasto con gli espressamente menzionati vincoli derivanti dalle disposizioni del GDPR.

Con la seconda eccezione, la Regione rileva il mancato riferimento a "norme interposte" con riguardo all'«ordinamento civile», di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera *l*), della Costituzione e preliminarmente un'inadeguata individuazione della specifica materia rientrante nell'alveo di tale competenza legislativa. La Corte, oltre ad evidenziare l'uso improprio della locuzione "norma interposta" nell'ambito di una competenza legislativa statale esclusiva, ha ritenuto di disattendere anche tale secondo motivo d'inammissibilità proposto dalla Puglia, in quanto numerose sono le disposizioni di rango primario, costituenti espressione di tale competenza nella materia della protezione dei dati personali, ad essere contenute ed agevolmente rintracciabili nel ricorso. Peraltro, attraverso il puntuale e reiterato richiamo alla sentenza n. 271 del 2005, il Governo ha di fatto manifestamente specificato in quali termini considera il contenuto della norma regionale debordante nella materia «ordinamento civile».

Da ultimo, sempre sotto il profilo dell'ammissibilità formale del ricorso, la difesa regionale adduce l'inconferenza di tutti parametri costituzionali evocati dalla Presidenza del Consiglio (articolo 117, comma primo e comma secondo, lettera *l*)), ritenendo che una norma relativa all'installazione di impianti di videosorveglianza afferirebbe piuttosto alla materia dell'«ordine pubblico e sicurezza», di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera *h*) o, in subordine, alla «tutela della salute», materia, questa, attribuita alla competenza legislativa concorrente delle Regioni dal terzo comma dello stesso articolo 117 della Costituzione. Ciò ha dato modo alla Consulta, nel rigettare come infondata anche quest'ultima eccezione preliminare, di pronunciarsi incidentalmente e ribadire (cfr. precedenti sentenze n. 163 del 2023, n. 132 del 2021 e n. 286 del 2019) che l'eventuale inconferenza del parametro indicato dal ricorrente rispetto al contenuto sostanziale della doglianza costituisce motivo di non fondatezza della questione, attenendo pertanto l'eccezione al merito e non al rito.

Nel merito, poi, la Regione Puglia afferma la necessità della norma impugnata, nata da urgenti ragioni contingenti di prevenzione da casi di maltrattamento e abuso a danno di anziani e disabili nelle strutture socio-sanitarie o assistenziali, e l'infondatezza delle questioni sollevate dal Governo. In risposta all'addebito di contrasto con la disciplina a difesa dal controllo a distanza dei lavoratori, la Regione sostiene che l'obbligo d'installazione della videosorveglianza nelle RSA, introdotto dal contestato articolo 3 della legge regionale, giova a quegli operatori sociosanitari che svolgono il loro lavoro con impegno e correttezza e la cui reputazione e

professionalità vengono danneggiate dalle azioni di colleghi irresponsabili non sorvegliati.

In aggiunta, viene rilevato come, ai sensi dell'articolo 4 della stessa legge regionale, l'installazione degli impianti di videosorveglianza è posto quale requisito necessario per l'accreditamento delle strutture private presso il Servizio sanitario regionale, nonché per conseguire o mantenere l'autorizzazione all'esercizio delle attività di assistenza socio-sanitaria (in perfetta continuità con il decreto-Legge n. 32 del 2019, come convertito, e con la Legge di delega n. 33 del 2023, richiamati dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, i quali mostrano infatti il favore del Legislatore nazionale per l'adozione di sistemi di videosorveglianza da parte delle RSA per le medesima finalità di tutela contemplate dalla legge regionale in disamina, che quindi ne replica, a livello infra-nazionale, le prescrizioni), ad ulteriore conferma dell'inconferenza della disposizione impugnata con l'ambito del trattamento dei dati personali e della sua riconducibilità, invece, alla materia della «tutela della salute».

La difesa regionale asserisce quindi la conformità dell'articolo 3 alle disposizioni del GDPR, del Codice privacy (pur non richiamato dalla norma oggetto di esame costituzionale) e del decreto legislativo n. 101 del 2018 per ciascun profilo oggetto d'impugnazione. Mentre, per quanto riguarda la mancata menzione del decreto legislativo n. 51 del 2018, attuativo della Direttiva (UE) 2016/680, la Regione sostiene che tale disciplina inerisca al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini penali, collocandosi quindi al di fuori del perimetro applicativo dell'articolo impugnato.

#### **Il merito della sentenza**

La Corte Costituzionale introduce la questione richiamando i suoi noti precedenti (*in primis* la sentenza n. 271 del 2005 ed in senso analogo, anche la sentenza n. 177 del 2020) e così confermando l'afferenza della protezione delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali alla materia «ordinamento civile», sia per quanto concerne le norme sostanziali, che disciplinano le modalità di trattamento dei dati, sia per quanto riguarda le tutele giurisdizionali e amministrative delle relative situazioni soggettive, che insieme riconoscono infatti una serie di diritti analiticamente disciplinati alle persone fisiche «e giuridiche» (così la Corte, nonostante l'intervenuta novazione apportata dall' art. 40, secondo comma, del decreto-Legge n. 201 del 6 dicembre 2011, convertito con Legge n. 214 del 22 dicembre 2011, che ha limitato tassativamente detta tutela alle sole persone fisiche) relativamente ai propri dati.

Si ha invasione della competenza legislativa statale già solo con l'introduzione di nuove fonti per materie che, nel tempo, potrebbero venire modificate ed integrate dai Legislatori competenti (come già espresso, fra le più recenti, dalla sentenza n. 239 del 2022 e, nella specifica materia dell'«ordinamento civile», dalle sentenze n. 153 del 2021 e n. 234 del 2017).

La Consulta ricostruisce quindi la «complessa trama di fonti», l'«articolato plesso normativo», l'«imponente corpo normativo», la «fitta disciplina eurounitaria e statale» di una «complessa e delicata materia» –

che risulta, al contrario, alquanto chiara, piana e lineare –, riconoscendone la fonte primaria nel diritto dell’Unione europea, la quale, esercitando la competenza derivante dall’articolo 16 del TFUE, ha ampiamente regolamentato la disciplina della protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale e della libera circolazione degli stessi, lasciando invero limitati spazi d’intervento alla normazione degli Stati membri.

Viene pertanto escluso possa essere prerogativa della Regione operare, a sua discrezione, una selezione di fonti e disposizioni, come accade nella disciplina esaminata. Per ciò solo, la Regione non soltanto si sovrappone alla legislazione nazionale e sovra-nazionale, esuberando dalle proprie competenze, ma compie anche una cernita arbitraria, il cui effetto precettivo è quello di rendere vincolanti unicamente le disposizioni espressamente richiamate dal legislatore regionale, ma non le altre pur rilevanti. Non è pertanto privo di valore come il censurando articolo 3 abbia, in tale contesto, individuato quali fonti delle quali tenere conto il decreto legislativo n. 101 del 2018, il GDPR e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, escludendo invece il Codice in materia di protezione dei dati personali o “Codice privacy” (Decreto legislativo 196/2003) - oggetto proprio delle modifiche di cui al decreto legislativo n. 101 del 2018-, lo Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300), la Direttiva (UE) 2016/680 ed il decreto legislativo n. 51 del 2018, che le dà attuazione a nazionale.

Proprio l’omesso riferimento al Codice, a detta della Corte – che così risponde ad una espressa questione sollevata dall’Avvocatura –, esclude il rinvio al suo articolo 114, il quale a Sua volta richiama l’articolo 4 dello Statuto dei lavoratori, che detta le condizioni dell’installazione di impianti audiovisivi dai quali possa derivare un controllo a distanza dell’attività dei lavoratori, vale a dire proprio una fattispecie ricompresa nell’azione normativa del Legislatore regionale.

Sostanzialmente, come già puntualizzato dalla sentenza n. 271 del 2005, la Corte costituzionale rinviene il contrasto con i vincoli derivanti dall’Unione europea (primo comma dell’articolo 117 della Costituzione) e con la competenza legislativa esclusiva dello Stato (secondo comma dell’articolo 117 della Costituzione) tanto nel caso di rinvii parziali, quanto allorché una specifica normativa individui soltanto una porzione limitata di fonti, trascurando tutte le altre, che pure integrano il plesso normativo di riferimento.

Scendendo poi nello specifico, la Consulta evidenzia come la videosorveglianza presso le strutture socio-sanitarie e socio-assistenziali tocchi due ambiti particolarmente delicati: da un lato, essa comporta un monitoraggio che include la raccolta e il trattamento di dati sensibili riguardanti persone anziane, malate o disabili, con inevitabili ricadute sulla riservatezza e la dignità dei medesimi individui vulnerabili; dall’altro lato, come anticipato, implica un controllo sull’attività lavorativa del personale operante all’interno delle strutture sottoposte a videosorveglianza (medici, infermieri, operatori socio-sanitari, personale amministrativo, addetti alle pulizie e altri, nonché di eventuali lavoratori esterni la cui attività si svolge,

in tutto o in parte, presso le stesse strutture). In considerazione delle complessità e ampiezza dei profili così coinvolti nel trattamento dei dati personali e che richiedono delicati bilanciamenti tra diritti spesso di rango inviolabile, l'intervento della Regione da un lato viola i vincoli imposti dall'Unione europea e dall'altro ingerisce nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, sovrapponendosi con proprie previsioni autonome e selettive al delicato intreccio di fonti statali ed europee.

La Corte ha pertanto ritenuto che una disciplina simile non possa essere legittimamente ricondotta – come invece ha sostenuto la difesa della Regione Puglia – all'esercizio della competenza legislativa regionale concorrente nella materia della «tutela della salute». Ciò potrebbe valere solo in riferimento all'articolo 4 della stessa legge regionale Puglia n. 13 del 2023, che prevede l'installazione degli impianti di videosorveglianza come requisito essenziale per l'accreditamento o l'autorizzazione all'esercizio delle attività socio-sanitarie e socio-assistenziali (in modo conforme anche alle normative di livello statale già evocate, che hanno incluso i sistemi di videosorveglianza a circuito chiuso tra i criteri per l'accreditamento e l'autorizzazione delle strutture socio-sanitarie e socio-assistenziali per anziani ed hanno istituito un fondo per finanziarne l'installazione). Tanto è più vero che l'accoglimento delle questioni sollevate sull'articolo 3 non inciderà, nel dettame della Corte sull'onere d'installare impianti di videosorveglianza, previsto dall'articolo 4, purché l'installazione sia effettuata nel pieno rispetto di tutte le previsioni dettate dall'Unione europea e dal Legislatore statale, nel campo della videosorveglianza e del trattamento dei dati personali.

Al contrario, la competenza legislativa concorrente nella materia della «tutela della salute» non può affatto considerarsi pertinente rispetto all'articolo 3 della legge regionale in questione, poiché tale competenza autorizzerebbe la Regione a prevedere un obbligo d'installazione degli impianti di videosorveglianza, rinviando semmai al necessario rispetto della normativa europea e nazionale in materia di videosorveglianza e trattamento dei dati personali, ma non le consente certamente di scegliere selettivamente le relative fonti e d'individuare autonomamente le norme rilevanti.

La Consulta, riprendendo un esplicito rilievo del ricorso, sottolinea inoltre come tutte le fonti richiamate delineano una regolamentazione della videosorveglianza articolata in diverse fasi: dalle condizioni che ne consentono l'installazione, agli strumenti e modalità di raccolta dei dati; dall'informativa preliminare, al consenso degli interessati (la Corte, testualmente, li definisce “titolari”); dal successivo trattamento dei dati, all'accesso ai supporti contenenti tali dati e alla loro utilizzazione. I commi 1 e 4 del contestato articolo 3 della legge regionale, invece, che prevedono rispettivamente l'autonoma installazione delle telecamere da parte delle strutture private con mera comunicazione alle aziende sanitarie locali, e una semplice segnalazione dei sistemi di videosorveglianza a tutti gli individui che accedono all'area, omettono di considerare l'insieme di norme che, a livello europeo e statale, oltre a richiedere generalmente il consenso di tutti i soggetti i cui dati vengono trattati, disciplinano in dettaglio: l'informativa; le

modalità di raccolta del consenso e le sue caratteristiche; le speciali cautele richieste per i dati sensibili; le operazioni di trattamento dei dati successive alla raccolta, comprese la durata e le modalità della loro conservazione; la garanzia per gli interessati (per ben due altre volte, la Corte li appella nuovamente “titolari”) di poter accedere agli stessi e di opporsi alla loro diffusione, nonché gli ulteriori diritti, riflesso delle specifiche situazioni giuridiche soggettive.

L’articolo 3 della legge regionale della Puglia n. 13 del 2023 è pertanto dichiarato dalla Consulta costituzionalmente illegittimo per contrasto con l’articolo 117, primo comma, della Costituzione, in relazione al Regolamento (UE) 2016/679 ed alla Direttiva (UE) 2016/680, e con l’articolo 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, con riguardo alla materia «ordinamento civile».

È assorbita ogni ulteriore censura, *i.e.* quella relativa alla materia dell’«ordinamento penale» per quanto concerne l’ultronea attribuzione all’autorità giudiziaria della competenza all’accesso alle videoriprese da parte della legge regionale.

#### **Un’ultima considerazione**

La sentenza in commento, richiamata anche dal Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, Prof. Stanzione, nella sua relazione annuale alle Camere del 3 luglio 2024, come si è visto, poco o nulla aggiunge di nuovo a quanto incisivamente asserito sin dalla sentenza n. 271 del 2005. Tuttavia, e in conclusione, può osservarsi come, dopo l’intervento del GDPR, debba intendersi superato il richiamo da essa operato, per il caso di specie, al provvedimento di carattere generale del Garante in materia di videosorveglianza, adottato l’ormai lontano 8 aprile 2010, e come sia invece attesa e ormai improrogabile un’iniziativa legislativa in materia

FILIBERTO BROZZETTI

#### [Sentenza C. Cost. 69/2024](#)

2024/2(26)ES

#### **26. Approvato in via preliminare il decreto legislativo di adeguamento al MiCAR (regolamento (UE) 2023/1114 relativo ai mercati delle crypto-attività)**

Il 24 giugno 2024, dopo un periodo di consultazione pubblica sul relativo schema, il Consiglio dei Ministri ha approvato in via preliminare il decreto legislativo (da ora anche il “Decreto”) che adegua l’ordinamento italiano al reg. 2023/1114/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. “**Markets in Crypto-Assets Regulation**”, da ora anche il “**Regolamento**” o “**MiCAR**” su cui v. in questa Rubrica la notizia 1 nel numero 2023/2 [2023/2(1)AF]:

<http://www.personaemercato.it/wpcontent/uploads/2023/08/Osservatorio.pdf>

Il Decreto, innanzitutto, fornisce alcune definizioni (art. 2).

Il combinato disposto degli artt. 3 e 4 stabilisce che, per quanto riguarda i *token* collegati ad attività o di moneta elettronica, la Banca d'Italia e la Consob (da ora anche le “**Autorità**”) abbiano poteri di vigilanza e indagine specificati dal Decreto e dall'art. 94, par. 1 del Regolamento, senza che ciò pregiudichi le competenze già riservate a tali Autorità dal D. Lgs. 385/1993 (il “**Testo Unico Bancario**” o “**TUB**”) e dal D.Lgs. 58/1998 (il “**Testo Unico della Finanza**” o “**TUF**”). Banca d'Italia e Consob possono procedere ad audizioni ed ispezioni, in tale ultimo caso previa autorizzazione della Procura della Repubblica. Per quanto riguarda le cripto-attività diverse dai *token* collegati ad attività o di moneta elettronica, inoltre, la Consob può anche procedere a perquisizioni e sequestri (art. 15). Alle suddette Autorità di vigilanza compete anche l'emanazione di provvedimenti attuativi del Decreto (art. 5). I menzionati poteri sono esercitabili nei confronti degli emittenti dei *token* e di terzi che hanno siglato accordi con gli emittenti per la gestione della riserva di attività di quest'ultimi.

La Banca d'Italia è competente a vietare o limitare la commercializzazione, distribuzione o vendita dei *token* di moneta elettronica. La Consob e la Banca d'Italia congiuntamente hanno le medesime competenze sui *token* collegati ad attività e su tutte le restanti cripto-attività (art. 8, commi 1 e 2). Il successivo comma 3 dell'art. 8 entra nel dettaglio delle competenze delle Autorità e specifica che la Consob “è competente per quanto riguarda la tutela degli investitori e l'ordinato funzionamento e l'integrità dei mercati delle cripto-attività”, mentre la Banca d'Italia è “competente per quanto riguarda la stabilità dell'insieme o di una parte del sistema finanziario”. Al fine di assicurare il raggiungimento di tali obiettivi di vigilanza, gli artt. 9 e 10 prevedono forme di collaborazione transfrontaliera tra Autorità di vigilanza.

L'art. 11 del Decreto prevede che la Banca d'Italia d'intesa con la Consob approvino i *white papers* per l'emissione, l'offerta al pubblico e la richiesta di ammissione alla negoziazione dei *token* collegati ad attività (a seconda dei casi c.d. “**Electronic Money Token**” o “**EMT**” e “**Asset Referenced Token**” o “**ART**”) anche laddove per tali operazioni l'emittente abbia costituito un patrimonio destinato. Resta inteso che le Autorità di vigilanza possono anche revocare le suddette autorizzazioni.

Gli emittenti possono avere solo la forma giuridica della società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata e oltre ad emettere i *token* possono anche prestare servizi, attività connesse e strumentali in favori di altri emittenti (art. 11, comma 8).

L'art. 12, commi 2 e 3 specifica le competenze, già sancite a livello generale dagli artt. 3 e 4, della Banca d'Italia e della Consob in tema di vigilanza degli emittenti di *token* collegati ad attività. Gli esponenti aziendali e i partecipanti al capitale degli emittenti devono avere i requisiti previsti, rispettivamente, dagli artt. 26 TUB e 13 TUF e 25 TUB (art. 12, commi 8 e 9).

In merito ai prestatori di servizi per le cripto-attività, l'art. 16 Decreto prevede che la Consob, sentita la Banca d'Italia, autorizzi lo svolgimento di

tale attività e, ricorrendone i presupposti, possa anche revocare la suddetta autorizzazione. Alla Consob e alla Banca d'Italia spetta la vigilanza sui prestatori di servizi. Ancora una volta, il Decreto ribadisce che la Consob è competente riguardo *“alla trasparenza, alla correttezza dei comportamenti, all’ordinato svolgimento delle negoziazioni e alla tutela dei clienti”*, mentre alla Banca d'Italia è affidato il controllo sul contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione delle società (artt. 17 e 18). Gli esponenti aziendali e i partecipanti al capitale dei prestatori di servizi devono avere i requisiti previsti, rispettivamente, dagli art. 26 TUB, nonché 14 e 16 TUF e 25 TUB (art. 17).

Il Decreto detta altresì alcune norme speciali per gli emittenti di *token* collegati ad attività. Nello specifico, al fine di salvaguardare gli investitori, l'art. 19 prevede che la riserva di crypto-attività di un emittente e i beni in cui esse siano investite costituiscano un patrimonio separato da quello dell'emittente e dalle altre riserve di attività. Sul patrimonio separato non sono ammesse azioni dei creditori dell'emittente e al depositario è vietata la compensazione (legale, giudiziale o convenzionale) dei propri crediti con quelli dell'emittente. I possessori di *token*, invece, possono soddisfarsi su tale patrimonio separato nel limite del valore del loro credito (art. 19, commi 3 e 4).

In merito alla crisi degli emittenti, l'art. 47 MiCAR prevede che un emittente di *token* collegati ad attività debba elaborare un piano di rimborso per consentire *“il soddisfacimento ordinato di ciascun token collegato ad attività, che deve essere attuato sulla base di una decisione dell’autorità competente secondo cui l’emittente non è in grado o rischia di non essere in grado di adempiere i propri obblighi, tra l’altro in caso di insolvenza o, se applicabile, di risoluzione o in caso di revoca dell’autorizzazione dell’emittente, fatto salvo l’avvio di una misura di prevenzione della crisi o di una misura di gestione della crisi”*. Dal canto suo, il combinato disposto degli artt. 20 e 22 del Decreto richiama il citato art. 47 MiCAR e stabilisce che gli emittenti debbano dotarsi di un piano di rimborso. Laddove quest'ultimo sia attuato al di fuori di una procedura concorsuale, l'emittente dovrà nominare dei liquidatori e determinarne i poteri; la nomina deve essere iscritta nel Registro delle Imprese. I liquidatori devono avere adeguata professionalità, esperienza e godere di buona reputazione. Ovviamente, qualora si apra una procedura concorsuale, la liquidazione volontaria si chiude. L'art. 23 prevede che la Banca d'Italia, sentita la Consob e, se del caso, l'Autorità Bancaria Europea, possa disporre la rimozione dei componenti degli organi di amministrazione e controllo di un emittente di *token*, nonché l'apertura dell'amministrazione straordinaria (art. 24) e/o della liquidazione coatta amministrativa (art. 25) di quest'ultimo.

Sempre nell'ottica di tutelare gli investitori, gli artt. 26 - 29 del Decreto prevedono che la separazione patrimoniale, l'esclusione della compensazione, la disciplina in tema di liquidazione volontaria e crisi d'impresa valgono anche per i prestatori di servizi per le crypto-attività.

Gli artt. 31 ss. del Decreto prevedono:

- delle rilevanti sanzioni amministrative e penali nei confronti degli emittenti e dei prestatori di servizi laddove ricorrano alcune

fattispecie come, ad esempio, abusivo esercizio dell'attività, mancata collaborazione con le Autorità di vigilanza, abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, ecc.;

- modifiche alla normativa di settore già in vigore;
- un regime transitorio in favore dei soggetti che alla data di entrata in vigore del Decreto già svolgano le attività da esso regolate. In particolare, le *“persone giuridiche che alla data del 27 dicembre 2024 risultino regolarmente iscritti nella sezione speciale del registro di cui all'articolo 17-bis, comma 1, del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, secondo quanto previsto dai commi 8-bis e 8-ter del medesimo articolo, che presentino istanza di autorizzazione ... entro il 30 giugno 2025 possono continuare a prestare servizi relativi ... fino al 30 dicembre 2025”*;
- un'attività di monitoraggio per cui la Banca d'Italia e la Consob, entro due anni dall'entrata in vigore del Decreto, trasmettono un rapporto sull'applicazione della normativa al Comitato Fintech istituito presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Ai sensi dell'art. 48, infine, il Decreto entra in vigore il giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, fatta eccezione per le norme relative alle cripto-attività diverse dai *token* collegati ad attività o di moneta elettronica, ai prestatori di servizi e alla prevenzione e divieto degli abusi di mercato relativi alle cripto-attività di cui al Regolamento che entreranno in vigore il 30 dicembre 2024.

EMANUELE STABILE

<https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-87/26099>

[Schema di decreto sottoposto a consultazione pubblica](#)

[Decreto approvato in via preliminare](#)

2024/2(27)FG

### **27. Pubblicato il 15.5.2024 il regolamento AGCOM sull'equo compenso di autori, artisti, interpreti ed esecutori e sulla gestione dei diritti connessi da parte degli OGC e delle EGI**

Il 15 maggio 2024, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (**AGCOM** o l'**Autorità**) ha pubblicato la Delibera n. 95/24/CONS approvando il "Regolamento sugli obblighi di informazione e di adeguamento contrattuale degli autori e degli artisti interpreti o esecutori, nonché sulla rappresentatività degli organismi di gestione collettiva, in attuazione degli articoli 18-*bis*, 46-*bis*, 80, 84, 110-*ter*, 110-*quater*, 110-*quinquies*, 110-*sexies*, 180-*ter* della Legge sul Diritto d'Autore [**LdA**]" (il

**Regolamento**). Il Regolamento costituisce l'Allegato A alla Delibera n. 95/24/CONS.

Dopo la chiusura della consultazione pubblica, avviata da AGCOM con la Delibera n. 44/23/CONS per raccogliere osservazioni e informazioni sullo schema di Regolamento, è stato necessario circa un anno per l'adozione del provvedimento in esame, che è entrato in vigore trenta giorni dopo la sua pubblicazione, i.e. il 16 giugno 2024.

Il Regolamento rappresenta l'ultima fase dell'implementazione in Italia della direttiva europea sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale (Direttiva (UE) 2019/790, di seguito **Direttiva CDSM**) così come recepita dal d.lgs. 8 novembre 2021, n.177 (su cui v. in questa Rubrica la notizia n. 1 del numero 1/2022 [[2022/1\(1\)EB](#)]).

Il Capo terzo del Titolo IV della Direttiva CDSM ha come obiettivo quello di fornire una maggiore protezione a favore di autori, artisti, interpreti ed esecutori (**AIE**), che spesso si trovano in una posizione contrattuale svantaggiata sia nella fase di negoziazione sia in quella di esecuzione dei contratti di cessione o licenza dei diritti d'autore e dei diritti connessi. Questo obiettivo viene perseguito cercando di bilanciare i diversi interessi in gioco, inclusi quelli degli utilizzatori.

La normativa che fa da sfondo al Regolamento è complessa e densa di contenuti: delinea essenzialmente, da un lato, il *modus operandi* per l'adeguamento contrattuale a favore di autori e AIE (art. 110-quinquies LDA) e i criteri di misurazione della rappresentatività degli organismi di gestione collettiva (**OGC**) per la stipula di licenze collettive estese (art. 180-ter LdA), dall'altro, affida alla stessa Autorità poteri di vigilanza (art. 110 quater LdA), poteri di assistenza per il raggiungimento di accordi contrattuali (art. 110-ter LdA) o di risoluzione di controversie (art. 110-sexies LdA, art. 18-bis LdA, art. 46-bis e art. 84 LdA).

Il meccanismo di adeguamento contrattuale (art. 6 del Regolamento) garantisce una remunerazione adeguata e proporzionata agli autori e AIE stabilendo che, se la remunerazione forfettaria inizialmente prevista si rivela sproporzionatamente bassa rispetto ai ricavi successivamente generati dallo sfruttamento delle opere, la remunerazione può essere rideterminata. Per valutare se la remunerazione possa essere considerata troppo bassa, saranno presi in considerazione i ricavi derivanti dallo sfruttamento dell'opera in qualsiasi forma, inclusi i ricavi del merchandising.

Qualora l'autore o l'AIE non percepisca una remunerazione forfettaria, tale adeguamento non sarà necessario, in quanto i contratti gli garantiscono di ricevere una remunerazione commisurata al successo dell'opera della quale hanno ceduto i diritti. Sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo i contratti conclusi direttamente da OGC/EGI.

Il criterio di misurazione della rappresentatività degli OGC (art. 8 del Regolamento) riguarda, invece, la concessione di licenze collettive estese relativamente ai diritti di cui agli articoli 18-*bis* (equa remunerazione per noleggio spettante ad autori), 46-*bis* (compenso adeguato e proporzionato per gli autori di opere cinematografiche e assimilate), 73, 73-*bis* (compenso per l'utilizzazione dei fonogrammi a mezzo della cinematografia, della diffusione radiofonica e televisiva, nelle pubbliche feste danzanti, nei

pubblici esercizi e in occasione di qualsiasi altra pubblica utilizzazione dei fonogrammi stessi), 80 (equa remunerazione per noleggio spettante agli AIE) e 84 LdA (compenso adeguato e proporzionato per gli AIE che nell'opera cinematografica e assimilata sostengono una parte di notevole importanza artistica).

È previsto che i tre OGC più rappresentativi per ciascuna categoria di titolari dei diritti possano stipulare licenze collettive estese per la remunerazione dei diritti, anche a favore di soggetti non rappresentati da alcun OGC, cd. apolidi (Articoli 7 e 10 del Regolamento).

Ogni titolare dei diritti può decidere, tramite un meccanismo di opt-out, di escludere, in qualsiasi momento, le proprie opere dal suddetto meccanismo di licenza collettiva. L'efficacia dell'opt-out decorre a partire dalla data della prima ripartizione dei proventi presso gli aventi diritto mandanti o associati, successiva al ricevimento della relativa comunicazione.

AGCOM valuterà annualmente quali OGC sono responsabili della raccolta e della distribuzione della remunerazione agli autori e AIE, basandosi su specifici criteri di rappresentatività di cui all'Allegato B del Regolamento.

In sede di prima applicazione (i.e. 2024), per calcolare la rappresentatività degli OGC, si considererà, per ciascuna categoria di titolari dei diritti, la media annua dei compensi incassati per la tipologia di diritto rilevante negli ultimi tre anni di attività, come risultanti dai bilanci depositati e certificati dall'organo di revisione contabile.

Il criterio del fatturato non verrà utilizzato per gli anni successivi perché presenta criticità: pur essendo un criterio oggettivo, come osservato nella delibera 44/23/CONS, può creare un circolo vizioso. Le percentuali di rappresentatività influenzano il valore della licenza, che poi determina le percentuali dell'anno successivo, cristallizzando le quote di mercato degli organismi di gestione collettiva (OGC). Questo rende difficile per nuovi organismi accreditarsi e guadagnare quote di mercato.

Dal 2025, si considererà l'effettivo sfruttamento da parte degli utilizzatori delle opere e di conseguenza l'effettivo sfruttamento dei diritti degli autori e degli AIE. Nell'ambito delle tipologie di sfruttamento individuate da AGCOM, ciascun OGC comunicherà all'Autorità la propria rappresentatività per determinate tipologie di utilizzatori (i.e. Broadcasting TV, Broadcasting radio, VOD, Online licenze nazionali musica, Webradio, Radio in store, Proiezioni cinematografiche, Diritto di riproduzione meccanica, Pubblica esecuzione feste private).

Il calcolo verrà effettuato per ciascuna delle categorie di titolari dei diritti individuati ai sensi dell'Allegato B alla Delibera n. 95/24/CONS (Allegato tecnico).

Si evidenzia che nella delibera in esame (vd. premessa e osservazioni dell'AGCOM all'Art. 8), AGCOM rilevi come il criterio di calcolo della rappresentatività potrebbe avere una valenza più generale per determinare la rappresentatività degli organismi collettivi in particolare in funzione delle negoziazioni delle licenze. Tale interpretazione è suffragata dall'art. 180 LdA che stabilisce come nell'ambito delle attività di intermediazione per il

diritto d'autore, la concessione delle licenze debba avvenire anche considerando la rappresentatività di ciascun OGC.

AGCOM si riserva di estendere il ragionamento della rappresentatività alle EGI qualora, alla luce della sentenza LEA c. JAMENDO SA (causa C-10/22 sentenza del 21 marzo 2024, analizzata nel precedente numero di Persona e Mercato 2024/1), l'ambito di applicazione dell'art. 180 LdA fosse ulteriormente esteso anche alle stesse EGI.

Ai sensi del Regolamento, gli utilizzatori pagheranno i proventi relativi agli apolidi pro-quota tra i tre OGC maggiormente rappresentativi.

Gli apolidi potranno richiedere alle OGC i pagamenti ad essi spettanti e i soldi raccolti verranno distribuiti dagli OGC facendo riferimento ai regolamenti di ripartizione.

Gli OGC conserveranno gli importi per tre anni, dopodiché gli importi non distribuiti verranno utilizzati per finanziare attività culturali, sociali ed educative (ai sensi dell'art. 19 del D.Lgs. 35/2017).

I poteri di vigilanza spettanti all'Autorità ai sensi dell'art. 110-quater LdA sono stati affidati ad AGCOM per garantire il rispetto degli obblighi di informazione e comunicazione in capo, da un lato, a licenziatari e cessionari e, dall'altro, organismi di gestione collettiva ed entità di gestione indipendente ("EGI")(art. 5 del Regolamento).

Infatti, i licenziatari, inclusi i sub-licenziatari, e i soggetti a cui sono stati ceduti i diritti patrimoniali devono fornire agli aventi diritto (anche tramite OGC/EGI) informazioni aggiornate e complete sullo sfruttamento delle loro opere e sulla remunerazione dovuta. Le informazioni devono essere fornite almeno ogni sei mesi, salvo accordi diversi purché non superiore a un anno. Le informazioni richieste riguardano l'identità dei soggetti coinvolti, le modalità di sfruttamento delle opere, i ricavi generati (ivi inclusi introiti pubblicitari e di merchandising) e la remunerazione dovuta secondo quanto stabilito negli accordi di concessione di licenza o trasferimento dei diritti. Trascorsi tre anni dalla conclusione dell'accordo di licenza o del contratto di cessione, è possibile richiedere le informazioni formulando una apposita richiesta al licenziatario/cessionario.

Le informazioni richieste riguardano l'identità dei soggetti coinvolti, le modalità di sfruttamento delle opere, i ricavi generati (ivi inclusi introiti pubblicitari e di merchandising) e la remunerazione dovuta secondo quanto stabilito negli accordi di concessione di licenza o trasferimento dei diritti

Obblighi di informazione competono anche agli stessi OGC e alle EGI che, sulla base di una richiesta adeguatamente giustificata da parte dei licenziatari/sublicenziatari o cessionari, sono obbligati a fornire dati elettronici sui soggetti che rappresentano, sulle opere che gestiscono, i diritti che rappresentano direttamente o sulla base di accordi di rappresentanza, e i territori oggetto di tali accordi.

AGCOM può in qualsiasi momento accertare la violazione degli obblighi di cui all'articolo 5 attraverso ispezioni, richieste di informazioni e documenti, nonché audizioni, applicando sanzioni sul fatturato (non solo italiano) realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente a notifica della contestazione.

Infine, il Regolamento affida ad AGCOM poteri di assistenza per il raggiungimento di accordi contrattuali per licenze di sfruttamento delle opere audiovisive su servizi di video on demand (art. 110-ter LdA) o di risoluzione di controversie per l'adeguamento contrattuale dei compensi e per la definizione dei compensi in assenza di un accordo tra le parti (art. 110-sexies LdA, art. 18-bis LdA, art. 46-bis e art. 84 LdA). Le procedure da seguire sono descritte in dettaglio nel Regolamento.

FRANCESCO GROSSI

Delibera N. 95/24/CONS

<https://www.agcom.it/sites/default/files/migration/delibera/Delibera%2095-24-CONS.pdf>

Regolamento:

<https://www.agcom.it/sites/default/files/migration/attachment/Allegato%2015-5-2024.pdf>

2024/2(28)EB

### **28. Il nuovo regolamento AGCOM del 5.12.2023 emanato in seguito all'adozione del Codice delle comunicazioni elettroniche, recante disposizioni a tutela degli utenti finali in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche**

Il 5 dicembre 2023, con delibera n. 307/23/CONS, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito “AGCOM” o l’“Autorità”) ha approvato il nuovo Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche tra operatori di servizi di comunicazioni elettroniche e utenti finali (di seguito anche solo “**Regolamento**”).

L'intervento dell'AGCOM, che ha portato all'abrogazione del vecchio regolamento di cui alla delibera n.519/15/CONS, del 25 settembre 2015, è dovuto all'entrata in vigore Decreto legislativo, 8 novembre 2021, n. 207 (di seguito il “**D.Lgs. 207/2021**”) che ha dato attuazione alla Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 (di seguito la “**Direttiva**”) istitutiva del «Codice europeo delle comunicazioni elettroniche» (di seguito il “**Codice europeo**”) e che ha adottato il «Codice delle comunicazioni elettroniche» (di seguito il “**Codice**”).

In esito ad una procedura di consultazione pubblica *ad hoc*, il Regolamento ha inteso offrire una risposta a diversi operatori del settore che avevano chiesto all'Autorità di avviare un confronto sulle modalità attraverso cui dare corretta interpretazione ed attuazione alla disciplina in materia di tutela degli utenti contenuta nel Codice.

Le profonde modifiche introdotte dal Codice avevano infatti determinato l'avvio, sin dal 2022, delle attività di revisione della regolamentazione a

tutela degli utenti finali nell'ambito del riassetto della regolamentazione inerente alla qualità dei servizi e alla tutela degli utenti con disabilità (delibere AGCOM nn. 23/23/CONS, 156/23/CONS, 436/22/CONS, 36/23/CONS, 251/23/CONS).

Con tale ultimo intervento regolatorio, l'Autorità ha invece proceduto ad un riassetto della disciplina regolamentare avente ad oggetto i contratti utilizzati per la fornitura dei servizi di comunicazione elettronica agli utenti finali, al fine di tener conto delle novità introdotte dal D.Lgs. 207/2021.

In particolare, le novità hanno interessato i seguenti aspetti del rapporto contrattuale tra operatori e utenti finali:

- i.* ambito di applicazione soggettivo;
- ii.* informazioni contrattuali;
- iii.* durata del contratto e costi di recesso;
- iv.* cessazione del rapporto contrattuale;
- v.* modifica delle condizioni contrattuali;
- vi.* discrepanza delle prestazioni rispetto a quanto promesso nel contratto e diritto di recesso;
- vii.* migrazioni e portabilità;
- viii.* contratti con previsione di adeguamento all'indice dei prezzi al consumo

Rispetto al primo punto (*i.*), ossia **l'ambito di applicazione soggettivo** (art. 2 del Regolamento), il Regolamento si preoccupa di ridefinire la nozione di "utente finale". Difatti, in linea con il Considerando 259 della Direttiva, il Regolamento trova applicazione sia per i consumatori/persone fisiche, trattandosi di norme di maggior tutela, che per le microimprese, piccole imprese e organizzazioni senza scopo di lucro. Queste ultime entità, a differenza dei consumatori, possono tuttavia decidere di rinunciare al livello di tutela ivi stabilito, negoziando condizioni diverse con il fornitore. Perché la deroga possa avere un qualche effetto è necessario, tuttavia, che essa venga approvata espressamente dall'impresa o organizzazione in sede di stipula. Per le imprese più grandi, la stessa Direttiva (e dunque il Regolamento) chiarisce che queste, proprio in ragione della loro dimensione possano negoziare clausole diverse senza bisogno di deroga espressa.

Quanto sopra trova una facile spiegazione nella presunzione secondo cui le microimprese, piccole imprese e organizzazioni senza scopo di lucro abbiano una posizione contrattuale comparabile a quella dei consumatori e debbano godere del medesimo livello di tutela, salvo che non vi rinuncino espressamente.

Una seconda novità apportata dal Regolamento attiene alle (*ii.*) **informazioni contrattuali** (artt. 3 e 4 del Regolamento) che gli operatori dovranno fornire, il cui contenuto è stato ampliato dal Codice.

Gli operatori devono infatti adeguare i propri modelli contrattuali e adottare tutte le misure necessarie affinché gli utenti finali dispongano, prima della conclusione del contratto, delle informazioni elencate di seguito, che devono essere riportate in modo chiaro, dettagliato e comprensibile e fornite su un supporto durevole, in un formato accessibile per gli utenti finali con disabilità. Tra le informazioni obbligatorie, gli operatori devono includere:

- a) i livelli minimi di qualità del servizio;
- b) le condizioni, compresi i contributi, per l'utilizzo delle apparecchiature terminali fornite;
- c) i costi di attivazione del servizio, i costi ricorrenti o legati al consumo;
- d) i dettagli del piano tariffario, come i tipi di servizi offerti e i volumi inclusi (es. Gbyte, minuti, messaggi);
- e) le tariffe in vigore per numeri o servizi soggetti a particolari condizioni tariffarie nel rispetto del Piano nazionale di numerazione;
- f) per i pacchetti di servizi e apparecchiature terminali, il prezzo dei singoli elementi del pacchetto, se commercializzati anche separatamente;
- g) dettagli e condizioni sul servizio postvendita, manutenzione e assistenza ai clienti;
- h) informazioni sulla presenza di clausole relative all'adeguamento del prezzo all'indice di inflazione, se applicate;
- i) ogni utilizzo minimo o durata minima richiesti per beneficiare di condizioni promozionali;
- j) informazioni sulle procedure di passaggio ad altro operatore;
- k) informazioni sul diritto al rimborso dei crediti residui per servizi prepagati in caso di passaggio;
- l) oneri per risoluzione anticipata dal contratto, incluse informazioni sul recupero dei costi del terminale;
- m) termine entro il quale avverrà l'attivazione del servizio e modalità di corresponsione dell'indennizzo automatico se tale termine non viene rispettato;
- n) i diritti dei consumatori applicabili qualora non sia raggiunto il livello di qualità del servizio previsto dal contratto;
- o) in caso di pacchetti di servizi e terminali, le condizioni di rinnovo e di risoluzione del contratto, le condizioni di cessazione del pacchetto o dei suoi elementi;
- p) informazioni dettagliate su prodotti e servizi per utenti finali con disabilità;
- q) i mezzi con cui possono essere avviati i procedimenti di risoluzione delle controversie;
- r) le informazioni previste dal regolamento UE sulla *Net Neutrality*.

Un'ulteriore novità in tema informativo, attiene all'obbligatorietà di fornitura agli utenti finali, da parte degli operatori, di una sintesi contrattuale, concisa e facilmente leggibile che individua i principali elementi del servizio, anche in caso di contatto telefonico. Tale obbligo è stato introdotto dall'articolo 98 *quater decies*, co.1 del D.Lgs. 207/2021, il quale stabilisce parimenti il contenuto minimo di tale sintesi contrattuale, che deve illustrare almeno le caratteristiche di ciascun servizio, i relativi prezzi una tantum e ricorrenti, la durata del contratto, il rinnovo e la risoluzione, le misure per i disabili e le informazioni (in sintesi) previste dal regolamento sulla *net neutrality*.

Rispetto alla (iii.) **durata del contratto** (art. 5 del Regolamento) i contratti non possono prevedere, di norma, un periodo di impegno iniziale

superiore a 24 mesi. Dopo il ventiquattresimo mese dalla stipula, l'utente finale ha il diritto di recedere in qualsiasi momento con un preavviso di massimo un mese e senza incorrere in alcuna penale né costi di disattivazione, eccetto quelli addebitati per la ricezione del servizio durante il periodo di preavviso e gli eventuali costi da recuperare per l'apparecchiatura terminale (es. il modem fisico).

Ai fini dell'eventuale pagamento del valore dell'apparecchiatura terminale, gli operatori sono tenuti ad applicare ai propri clienti, in caso di recesso o di disdetta del contratto principale, di default il pagamento delle residue rate, salvo che sia l'utente a chiedere espressamente di pagare in un'unica soluzione il rimanente costo. Il periodo di rateizzazione del terminale, con il consenso del cliente, può essere superiore a 24 mesi.

Il medesimo principio è ribadito anche a proposito della (iv.) **cessazione del rapporto contrattuale** (art. 8 del Regolamento). Difatti, in caso di disdetta del contratto, esercitata a seguito del preavviso di proroga, l'operatore non può addebitare all'utente finale alcuna penale se non il corrispettivo per i costi relativi alla cessazione, i corrispettivi dovuti per i servizi erogati fino alla scadenza del primo vincolo contrattuale e gli eventuali costi da recuperare in relazione all'apparecchiatura terminale.

Il Codice ha inciso parimenti sulla disciplina della (v.) **modifica delle condizioni contrattuali** (art. 6 del Regolamento). In caso di modifiche delle condizioni contrattuali proposte dall'operatore, gli utenti finali hanno il diritto di recedere dal contratto o di cambiare operatore, senza incorrere in alcuna penale né costi di disattivazione, entro 60 giorni dalla relativa comunicazione dell'operatore, il quale deve dare un preavviso non inferiore a trenta giorni.

Le modifiche delle condizioni contrattuali proposte dall'operatore possono tuttavia consistere anche in variazioni che vanno esclusivamente a vantaggio dell'utente finale, di carattere puramente amministrativo e che non abbiano alcun effetto negativo sull'utente finale o siano imposte direttamente dal diritto dell'Unione o nazionale. Di conseguenza, il diritto di recesso può essere esercitato nel caso in cui il mutamento delle condizioni contrattuali sia sfavorevole all'utente finale.

Il diritto dell'utente finale di risolvere il contratto è escluso solo nel caso in cui il fornitore sia in grado di dimostrare che tutti i cambiamenti contrattuali sono a esclusivo beneficio dell'utente finale o sono meramente amministrativi e non hanno ripercussioni negative sull'utente finale. Resta pertanto in capo all'operatore l'onere di dimostrare che i cambiamenti siano effettivamente a beneficio dell'utente finale.

Le modifiche che l'operatore intende introdurre al contratto devono essere comunicate all'utente con un preavviso di trenta giorni ed il Codice estende a sessanta giorni il termine per esercitare il recesso qualora l'utente finale non intenda accettare le nuove condizioni. Le nuove condizioni troveranno applicazione non appena siano trascorsi i trenta giorni di preavviso senza che l'utente abbia esercitato il diritto di recesso.

Sul tema, le novità introdotte dal Regolamento attengono sia al termine entro cui esercitare il recesso (entro sessanta giorni dall'avvenuta comunicazione di modifica delle condizioni contrattuali), sia alla previsione

di recesso che avvenga dopo il trentesimo giorno dalla comunicazione delle modifiche contrattuali. Difatti, l'articolo 6 del Regolamento precisa che il recesso completato nei primi trenta giorni dalla comunicazione di modifica delle condizioni contrattuali, non comporta effetti per il recedente, in tal caso si applicano, nei trenta giorni dalla comunicazione di modifica delle condizioni contrattuali, le vecchie condizioni contrattuali.

Contrariamente, il recesso completato oltre il termine di trenta giorni dalla comunicazione di modifica delle condizioni contrattuali comporta effetti per il recedente nella parte di preavviso che si estende oltre il trentesimo giorno. In tale ultimo caso, infatti, l'Autorità ritiene opportuno che si applichino al recedente le vecchie condizioni contrattuali nei primi 30 giorni e quelle modificate dal trentunesimo giorno fino al completamento del recesso.

Più favorevole per l'utente è parimenti il recesso in caso di *(vi.) discrepanza delle prestazioni rispetto a quanto promesso nel contratto e diritto di recesso* (art. 6-bis del Regolamento).

Difatti, in caso di discrepanza significativa, continuativa o frequentemente ricorrente, rispetto agli effettivi valori delle velocità minime della connessione a Internet in download e upload, del ritardo massimo di trasmissione dati o del tasso massimo di perdita dei pacchetti e la prestazione indicata nel contratto, l'utente finale ha il diritto di recedere dal contratto senza incorrere in alcun costo, fatto salvo il diritto agli indennizzi previsti dal contratto o dalla regolamentazione di settore per i disservizi subiti.

Una delle questioni che assume rilievo in ambito regolamentare riguarda l'esercizio del diritto di recesso nel caso di contestuale passaggio ad altro operatore. Difatti il nuovo Regolamento ha prestato particolare attenzione alla normazione di *(vi.) migrazioni e portabilità* (art. 8-bis del Regolamento). Si è visto infatti come, sebbene ai sensi della vecchia regolamentazione erano stati definiti chiaramente i passaggi da osservare per i soggetti coinvolti nella procedura di migrazione (i.e. l'utente, il ricevente e il cedente), spesso tale procedura risultava viziata da una serie di anomalie, che hanno determinato la necessità di disciplinare meglio la fattispecie.

In particolare, ai sensi dell'articolo 8-bis del Regolamento, gli operatori devono fornire all'utente finale informazioni chiare sulle procedure di passaggio da un operatore a un altro, inclusa la portabilità del numero. Inoltre, deve essere indicato nel contratto il termine entro cui, a seguito della comunicazione dell'utente della volontà di recedere dal contratto e di passare ad altro operatore, si procede all'avvio della procedura tecnica di attivazione dei servizi di accesso a Internet e telefonico, e gli indennizzi in caso di ritardi nel passaggio. L'avvio della procedura di passaggio deve avvenire senza indugio.

L'operatore cedente è poi tenuto a continuare a prestare il servizio di accesso a Internet e telefonico alle stesse condizioni tecniche ed economiche finché l'operatore ricevente non attiva il suo servizio.

In ultimo, una delle novità più rilevanti introdotte dal Regolamento attiene alla possibilità di concludere *(vii.) contratti con previsione di*

**adeguamento all'indice dei prezzi al consumo.** Il Regolamento approvato conferma che la proposta di modifica delle condizioni contrattuali al fine di prevedere un adeguamento periodico all'indice dei prezzi al consumo, in caso di contratti che non prevedono già tale meccanismo, può essere attuata solo dopo esplicita accettazione, in forma scritta, da parte dell'utente finale. In caso di mancata accettazione esplicita della modifica contrattuale da parte dell'utente, restano in vigore le condizioni contrattuali già previste.

L'indice di riferimento usato per adeguare i contratti è l'Indice Nazionale dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati (FOI) senza tabacchi. Invece, i contratti che contengano già la previsione di adeguamento all'indice dei prezzi al consumo potranno essere basati sull'applicazione senza correttivi dell'indice ISTAT o con correttivi quali soglie minime di aumento, mark-up, o similari.

Qualora l'utente finale aderisca a contratti indicizzati con correttivi, al momento dell'incremento del canone legato all'indice dei prezzi al consumo, questi ha il diritto di recedere senza sostenere costi. In caso contrario, se il contratto non contempla correttivi rispetto all'indice ISTAT, il recesso comporta per l'utente i costi previsti.

In tali ultimi casi, però, il Regolamento stabilisce che: le condizioni contrattuali devono prevedere che l'operatore possa aumentare le tariffe proporzionalmente all'aumento dell'indice annuale dei prezzi al consumo e, altresì, ridurle in caso di diminuzione dell'indice; l'applicazione dell'adeguamento non può avvenire prima di 12 mesi dall'adesione contrattuale; se l'adeguamento supera il 5% del canone, l'utente può richiedere il passaggio a un'offerta analoga priva di tale meccanismo, senza costi aggiuntivi.

Le disposizioni si applicheranno a tutti i contratti, indipendentemente dalla data di stipula e le clausole di adeguamento già comunicate sono nulle senza il consenso esplicito dell'utente.

Il Regolamento impone misure di trasparenza, richiedendo che le comunicazioni contrattuali relative all'adeguamento all'inflazione siano chiare e comprensibili. Le informazioni sull'indicizzazione devono essere incluse nelle offerte commerciali, nei materiali pubblicitari ed evidenziate su tutti i canali di comunicazione. Inoltre, l'operatore deve fornire una tabella degli incrementi del canone per vari indici di inflazione e un tool di calcolo sul sito web.

Infine, qualsiasi clausola di indicizzazione deve essere chiaramente indicata nella sintesi contrattuale e accettata espressamente dal cliente.

EMANUELA BURGIO

[Delibera n. 307/23/CONS](#)

[Regolamento](#)

2024/2(29)VP

## 29. Le Linee-guida dell'AGCOM del 10.1.2024 sul rispetto del TUSMA da parte degli influencer e l'istituzione di un apposito Tavolo tecnico

| 754

La crescente diffusione, anche nel panorama italiano, di contenuti pubblicati *online* da parte di soggetti reali o virtuali comunemente chiamati “*influencer*” o anche “*vlogger*”, “*streamer*”, “*creator*” e “*uploader*”, ha spinto l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito **AGCOM** o l’ **Autorità**) ad avviare una pubblica consultazione, e, in esito ad essa, ad approvare delle linee guida con lo specifico intento - rispondente all’ambito delle proprie competenze - di valutare questo fenomeno alla luce del D.Lgs. n. 208 del 8 novembre 2021, il Testo Unico dei Servizi di Media Audiosivi (di seguito il **Testo Unico** o **TUSMA**).

L’analisi condotta dall’Autorità, pertanto, non è stata (né poteva essere, in ragione delle sue competenze), per così dire, “a tutto tondo”, ma si è concentrata su quei tratti dell’attività dei soggetti comunemente indicati con quelle espressioni – e per comodità, convenzionalmente chiamati tutti con il termine “*influencer*” – che la rendono analoga o comunque assimilabile all’attività dei fornitori di servizi di media audiovisivi sottoposti in Italia alle disposizioni del TUSMA.

Per questo motivo, l’analisi condotta dall’AGCOM non ha riguardato profili dell’attività degli *influencer* specificamente e direttamente rilevanti ai fini dell’applicazione di altri plessi normativi presidiati da altre autorità, ad es. quei profili dell’*influencer marketing* direttamente rilevanti ai fini dell’applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (presidiata dall’Autorità garante per la concorrenza e il mercato, di seguito **AGCM**), applicata di recente dall’AGCM nel noto [caso Balocco](#). Al contempo, il fenomeno del *marketing* degli *influencer* (l’*influencer marketing*) è stato indagato dall’AGCOM per i profili rilevanti per il TUSMA, posto che, come noto, il Testo Unico contiene una serie di importanti disposizioni sulla comunicazione commerciale e sul *product placement* (artt. 43, 46, 47 e 48 TUSMA), e l’AGCOM ha, di conseguenza, specifiche competenze per l’applicazione di queste disposizioni.

Fatte queste opportune premesse, qui di seguito esporremo in estrema sintesi i contenuti delle “*Linee-guida volte a garantire il rispetto delle disposizioni del Testo Unico da parte degli influencer*” adottate dall’AGCOM con Delibera 7/24/CONS del 10 gennaio 2024 (di seguito le **Linee guida** e la **Delibera**).

L’Autorità chiarisce innanzitutto che, ai fini delle Linee guida, gli *influencer* sono soggetti che “*svolgono un’attività analoga o comunque assimilabile a quella dei fornitori di servizi di media audiovisivi sotto la giurisdizione nazionale*” e che “*hanno il controllo sulla creazione, produzione o organizzazione*” di “*contenuti pubblicati online, tramite piattaforme per la condivisione di video e social media*”.

Vengono poi elencati, ai fini della nozione rilevante ai fini delle Linee guida, alcuni requisiti che - sottolinea l’Autorità - devono essere posseduti cumulativamente.

L'attenzione si focalizza *in primis* sul servizio offerto, il quale deve essere accessibile al grande pubblico, raggiungere “*un numero significativo di utenti*” sul territorio italiano, deve avere “*un impatto rilevante su una porzione significativa di pubblico*” e i contenuti devono essere diffusi tramite un servizio di piattaforma di condivisione di video o di *social media*.

Il servizio deve inoltre costituire attività economica ai sensi degli artt. 56 e 57 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e deve essere “*caratterizzato da un legame stabile ed effettivo con l'economia italiana*”.

Il principale scopo del servizio deve essere, su richiesta dell'utente, la fornitura di contenuti, creati o selezionati dall'*influencer*, i quali abbiano la finalità intrattenere o istruire gli utenti e di generare reddito in esecuzione di accordi commerciali diretti con produttori di beni e servizi oppure indirettamente tramite “*accordi di monetizzazione*” applicati dalla piattaforma o dal *social media* utilizzato.

Tra gli altri requisiti cumulativi che devono sussistere è inoltre previsto, come detto, il controllo effettivo sulla creazione, selezione o organizzazione dei contenuti, che comporta anche la “*responsabilità editoriale*” sui medesimi contenuti.

Infine, l'Autorità chiarisce che – affinché un soggetto possa essere considerato un *influencer* assoggettato alle Linee guida – il servizio deve essere offerto tramite l'utilizzo della lingua italiana o essere espressamente rivolto agli utenti che si trovano sul territorio italiano.

Tanto chiarito, l'AGCOM si pone il problema di distinguere, ai fini dell'individuazione delle disposizioni del TUSMA applicabili agli *influencer*, quei soggetti che svolgono attività “*amatoriale*” da quelli che svolgono attività “*professionale*”.

In breve, nelle Linee guida la distinzione serve per dire che a tutti gli *influencer* si applicano le disposizioni degli artt. 41 e 42 TUSMA, mentre ai soli *influencer* professionali, si applicano “*almeno*” una serie di disposizioni ulteriori del TUSMA, elencate al punto 8 delle Linee guida.

La distinzione tra le due categorie di *influencer* si poggia, secondo l'AGCOM, sui “*principi e canoni di proporzionalità, differenziazione e adeguatezza*” che presidiano l'applicazione delle disposizioni del TUSMA. In sede di prima applicazione, e salvo successiva revisione di questi criteri, le Linee guida definisce *influencer* professionali quelli che, unitamente agli altri requisiti sopra elencati:

- a. raggiungono un numero di iscritti – i c.d. *follower* – pari, in sede di prima applicazione, ad almeno un milione, risultanti dalla somma degli iscritti sulle piattaforme e dei *social media* sui quali operano;
- b. abbiano pubblicato nell'anno precedente alla rilevazione almeno 24 contenuti;
- c. abbiano superato almeno su una piattaforma o social media un valore di *engagement rate* medio negli ultimi 6 mesi pari o superiore al 2%.

Le Linee guida proseguono dunque elencando le disposizioni del TUSMA che si applicano ai soli *influencer* professionali (punto 8 delle Linee guida):

- l'art. 4(1) TUSMA, che prevede i «principi generali» del sistema dei servizi di media audiovisivi e della radiofonia, a garanzia degli utenti;
- l'art. 6(2)(a) TUSMA, che prevede il «principio generale» per il quale la disciplina in materia, per quanto applicabile agli influencer, garantisce «la presentazione veritiera dei fatti e degli avvenimenti, in modo tale da favorire la libera formazione delle opinioni»;
- l'art. 32 TUSMA, che contiene disposizioni a protezione del diritto d'autore;
- gli artt. 30, 37, 38 e 39 TUSMA, che contengono disposizioni a tutela dei diritti fondamentali della persona, dei minori e dei «valori dello sport», nonché le pertinenti delibere attuative adottate dall'Autorità;
- gli artt. 43, 46, 47 e 48 TUSMA, che contengono disposizioni in materia di comunicazioni commerciali.

Viene precisato che in caso di violazione delle disposizioni sopra richiamate, agli *influencer* professionali si applicano le sanzioni previste dall'art. 67 TUSMA, nonché la disposizione dell'art. 1, comma 31, della legge n.249/97.

Di conseguenza, e più nello specifico, gli *influencer* professionali devono, a pena dell'applicazione delle sopradette sanzioni, adottare tutte le misure necessarie affinché i loro contenuti:

- a. non contengano alcuna istigazione o provocazione a commettere reati o apologia degli stessi.
- b. garantiscano il pieno rispetto della dignità umana, essendo di conseguenza proibite espressioni che siano in qualche modo suscettibili di diffondere, incidere, propagandare, minimizzare o diffondere violenza, odio o discriminazione, tanto verso singoli quanto verso gruppi di persone;
- c. non deresponsabilizzino l'autore né corresponsabilizzino le vittime di violenza, odio, discriminazione o di qualunque forma di vittimizzazione;
- d. rispettino le norme del TUSMA in tema di tutela dei minori in modo che non siano pubblicati contenuti gravemente nocivi per lo sviluppo fisico, psichico o morale degli stessi, impegnandosi anche al rispetto delle specifiche delibere adottate in materia dall'AGCOM (delibere n. 52/13/CSP e n. 74/19/CONS). In proposito, le Linee guida richiedono anche che, all'atto del caricamento del contenuto, gli *influencer* professionali usino, ove disponibili, le funzionalità fornite dalla piattaforma per la condivisione di video per indicare che il contenuto contiene contenuti potenzialmente nocivi per i minori;
- e. non prevedano il ricorso a tecniche subliminali (tanto in tema di creazione / condivisione di contenuti, quanto in tema di comunicazione);
- f. rispettino il divieto di pubblicità occulta. In proposito, è interessante segnalare che, sotto l'impulso della consultazione pubblica, le Linee guida hanno inserito espressamente tra le linee di condotta da osservarsi da parte degli *influencer* professionali, il rispetto delle



previsioni del regolamento elaborato dall'ente privato [IAP](#) (noto per la creazione del primo codice di autodisciplina pubblicitaria in Italia, nel 1966, ora giunto alla 70a edizione con il nome di Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale) il c.d. [Regolamento Digital Chart](#) sulla riconoscibilità della comunicazione commerciale diffusa attraverso Internet;

- g. garantiscano il rispetto delle disposizioni in materia di tutela del diritto d'autore e della proprietà intellettuale;
- h. garantiscano la presentazione veritiera di fatti ed avvenimenti.

Il Tavolo tecnico istituito con le Linee guida (v. Allegato B alla Delibera) avrà la funzione di definire ulteriormente le caratteristiche necessarie per l'individuazione degli influencer professionali e le disposizioni del TUSMA applicabili, nonché di assistere l'AGCOM per l'elaborazione di codici di condotta.

L'indirizzo formulato dall'Autorità è che l'approfondimento del Tavolo tecnico avvenga considerando la specificità dei settori di attività in cui gli *influencer* professionali operano. La distinzione tra *influencer* professionali e no, deve infatti tenere necessariamente conto della natura dell'attività in concreto svolta, del livello di competenza e della loro influenza nel rispettivo campo.

Nei prossimi mesi, gli effetti della prima fase di implementazione delle Linee guida ed i lavori del Tavolo Tecnico forniranno maggiori informazioni sugli scenari che prospetta l'applicazione del TUSMA agli *influencer*, nel senso inteso dall'AGCOM.

VINCENZO PITTELLI

Pagina web di AGCOM sulla delibera 7/24/CONS:

<https://www.agcom.it/provvedimenti/delibera-7-24-cons>

Delibera 7/24/CONS:

<https://www.agcom.it/sites/default/files/migration/delibera/Delibera%207-24-CONS.pdf>

Allegato A, Linee guida:

<https://www.agcom.it/sites/default/files/migration/attachment/Allegato%2016-1-2024.pdf>

Allegato B, Tavolo tecnico:

<https://www.agcom.it/sites/default/files/migration/attachment/Allegato%2016-1-2024%201705401286701.pdf>

2024/2(30)EG

### **30. Il nuovo documento di indirizzo del Garante privacy italiano del 6.6.2024 sulla gestione della posta elettronica dei lavoratori e sul trattamento dei metadati**

Con Provvedimento n. 364 del 6 giugno 2024 (di seguito il **Provvedimento**), il Garante per la Protezione dei Dati personali (di seguito il **Garante** o l'**Autorità**), è tornato sulla questione relativa alla conservazione dei metadati contenuti nella posta elettronica dei dipendenti, pubblicando la versione aggiornata del Documento di indirizzo denominato “*Programmi e servizi informatici di gestione della posta elettronica nel contesto lavorativo e trattamento dei metadati*” (il **Documento di indirizzo**), la cui prima versione, adottata con Provvedimento n. 642 del 21 dicembre 2023, aveva creato molti dubbi ed era stata perciò seguita da un provvedimento di sospensione e dall’avvio di una consultazione pubblica (v. in questa Rubrica la notizia n. 10 del numero 1/2024 [[2024/1\(10\)EG](#)]). Le modifiche apportate al Documento di indirizzo attraverso il Provvedimento sono state dunque adottate in esito alla consultazione pubblica in risposta alle perplessità di chi reputava che la prima versione del Documento di indirizzo introducesse la necessità di un drastico cambiamento nelle policy di conservazione dei metadati delle e-mail dei dipendenti. Il Provvedimento, come chiarisce il Garante, ha l’obiettivo “*di apportare specifiche modifiche e integrazioni [...] nella prospettiva di agevolare, altresì, la comprensione dell’ambito dei trattamenti presi in considerazione e delle indicazioni fornite al fine di promuovere la consapevolezza delle scelte tecniche e organizzative dei datori di lavoro, in qualità di titolari del trattamento [...]*”. Tuttavia, esso non mira ad introdurre “*nuovi adempimenti a carico dei titolari del trattamento, ma intende offrire una ricostruzione sistematica delle disposizioni applicabili in tale specifico ambito*”. Il solo fine è quello di “*fornire ai datori di lavoro indicazioni in ordine alla possibilità di trattare tali informazioni per consentire il corretto funzionamento e il regolare utilizzo del sistema di posta elettronica, comprese le essenziali garanzie di sicurezza informatica, senza necessità di attivare la procedura di garanzia prevista dall’art. 4, comma 1, l. 20/5/1970, n. 300, espressamente richiamata dall’art. 114 del Codice [il D.lgs. 196/2003: Codice privacy]*”.

In poche parole, il Provvedimento ha dichiaratamente mera natura “orientativa” e di indirizzo, non essendo prescrittivo e non discendendo da esso nuovi adempimenti o responsabilità a carico dei datori di lavoro.

Vediamo di seguito le novità.

#### **Il concetto di “metadati”**

In primo luogo, il Garante indica con maggiore precisione l’ambito di applicazione del Documento di indirizzo, tramite la definizione tecnica di “metadato”. Nel Documento di indirizzo, come emendato dal Provvedimento, i metadati rappresentano quelle informazioni registrate nei log generati dai sistemi server di gestione e smistamento della posta elettronica (MTA = *Mail Transport Agent*) e dalle postazioni client (MUA = *Mail User Agent*). In sintesi, sono metadati ai fini del Provvedimento:

- indirizzi e-mail di mittente e destinatario;
- indirizzi IP dei server o dei client coinvolti;
- gli orari di invio, di ritrasmissione o di ricezione;
- la dimensione del messaggio;
- la presenza e la dimensione di eventuali allegati;

- l'oggetto del messaggio spedito o ricevuto (in relazione al sistema di gestione del servizio di posta elettronica utilizzato).

Si tratta, dunque, di dati registrati automaticamente dai sistemi di posta elettronica, indipendentemente dalla *“percezione e dalla volontà”* dell'utente. Ad ogni modo – specifica il Garante - tali dati *“non vanno in alcun modo confusi con le informazioni contenute nei messaggi di posta elettronica nella loro “body-part” (corpo del messaggio) o anche in essi integrate [...] a formare il cosiddetto envelope, [...] Le informazioni contenute nell'envelope, ancorché corrispondenti a metadati registrati automaticamente nei log dei servizi di posta, sono inscindibili dal messaggio di cui fanno parte integrante e che rimane sotto l'esclusivo controllo dell'utente (sia esso il mittente o il destinatario dei messaggi)”*. Pertanto, chiarisce il Garante, le indicazioni del Documento di indirizzo relative ai tempi di conservazione *“non riguardano i contenuti dei messaggi di posta elettronica [...] che rimangono nella disponibilità dell'utente/lavoratore, all'interno della casella di posta elettronica attribuitagli”*.

#### **Le (nuove) tempistiche di conservazione dei metadati**

Secondo l'Autorità, la raccolta e la conservazione dei metadati come sopra definiti, non richiede l'esperimento delle garanzie di cui all'art. 4 comma 1 dello Statuto dei Lavoratori (accordo sindacale o dell'autorizzazione pubblica) solo quando:

- avviene per *“assicurare il funzionamento delle infrastrutture del sistema della posta elettronica”*;
- avviene per un periodo limitato che non dovrebbe superare 21 giorni (estendendo così il precedente limite di 7 giorni).

In questi due casi la raccolta e la conservazione dei metadati è consentita poiché verosimilmente funzionale a consentire l'assolvimento degli obblighi che discendono dal contratto di lavoro e, in particolare, funzionale a garantire l'esecuzione della prestazione lavorativa ai sensi dell'art. 4, comma 2 Statuto dei Lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300).

Secondo il Garante, il datore di lavoro/titolare può superare il limite di 21 giorni di conservazione dei metadati solo sulla base di una comprovata valutazione delle specifiche esigenze tecniche e aziendali che legittimano tale necessità. Ad ogni modo, si legge nel Provvedimento che *“spetta in ogni caso al titolare adottare tutte le misure tecniche ed organizzative per assicurare il rispetto del principio di limitazione della finalità, l'accessibilità selettiva da parte dei soli soggetti autorizzati e adeguatamente istruiti e la tracciatura degli accessi effettuati”*.

Di contro, la generalizzata raccolta e conservazione dei log di posta elettronica per un lasso di tempo più esteso, può determinare un *“indiretto controllo a distanza”* dell'attività dei lavoratori, richiedendo perciò l'esperimento delle garanzie previste dall'art. 4, comma 1 dello Statuto dei Lavoratori. In effetti, aggiunge il Garante: *“la conservazione dei metadati relativi all'utilizzo della posta elettronica da parte dei dipendenti, per un periodo di tempo esteso, in assenza di idonei presupposti giuridici, può comportare la possibilità per il datore di lavoro di acquisire, informazioni riferite alla sfera personale o alle opinioni dell'interessato e quindi non*

rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore”.

### **Il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza**

Tra le misure che il titolare del trattamento/datore di lavoro deve adottare, vi è anche – specifica il Garante – l’aggiornamento delle informative rivolte ai dipendenti, poiché *“è essenziale che gli interessati siano resi pienamente consapevoli delle complessive caratteristiche del trattamento (specificando i tempi di conservazione dei dati, gli eventuali controlli, ecc.)”*.

### **Il rapporto tra datore di lavoro e fornitori di servizi di posta elettronica**

Il Provvedimento, infine, richiama l’attenzione dei fornitori dei servizi di posta elettronica sulla necessità di contribuire a far sì che i titolari del trattamento possano adempiere ai loro obblighi di protezione dei dati, *“contemperando le esigenze di commercializzazione su larga scala dei propri prodotti con la conformità degli stessi ai principi del Regolamento, anche nella prospettiva di migliorare il prodotto offerto, sotto il profilo della sua maggiore conformità al Regolamento”*. L’Autorità, dunque, rivolge ai fornitori un richiamo esortandoli ad una collaborazione attiva con i titolari, sebbene spetti sempre a questi ultimi *“verificare che i programmi e servizi informatici di gestione della posta elettronica in uso ai dipendenti - specialmente nel caso in cui si tratti di prodotti di mercato forniti in modalità cloud o as-a-service - consentano al cliente (datore di lavoro) di rispettare la disciplina di protezione dei dati nei termini indicati nel presente documento di indirizzo, anche con riguardo al periodo di conservazione dei metadati”*.

### **Conclusioni**

Il Garante conclude esplicitando che i datori di lavoro pubblici e privati dovranno:

- i. adottare le misure necessarie a conformare i propri trattamenti alla disciplina di protezione dati e a quella di settore;
- ii. verificare che i programmi e i servizi informatici di gestione della posta elettronica consentano di rispettare la disciplina di protezione dei dati, anche con specifico riferimento al periodo di conservazione dei metadati;
- iii. osservare le indicazioni sulle misure tecniche e organizzative evidenziate dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati nel documento denominato *“2022 Coordinated Enforcement Action Use of cloud-based services by the public sector”*
- iv. garantire, in particolare, che i fornitori dei servizi cloud trattino i dati personali solo per conto dei rispettivi titolari e sulla base delle istruzioni da questi ricevute.

ELISA GROSSI

<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10026277>



2024/2(31)SB

### 31. La nota informativa del Garante privacy del 20.5.2024 sul web scraping

| 761

Il 20 maggio 2024, il Garante per la Protezione dei Dati Personali (il “**Garante**”) ha pubblicato una nota informativa (la “**Nota**”) sulle possibili azioni di contrasto al fenomeno del web scraping, tecnica impiegata dagli sviluppatori di sistemi di intelligenza artificiale generativa per alimentare e addestrare gli algoritmi alla base degli stessi sistemi di IA.

La Nota giunge al termine della relativa indagine conoscitiva avviata dal Garante il 21 dicembre 2023 e, sebbene non formalmente vincolante, costituisce una prima importante posizione del Garante su una tematica così attuale e allo stesso tempo sensibile. È doveroso evidenziare che la Nota non tratta della conformità della tecnica del web scraping alla normativa privacy, piuttosto, come detto, si sofferma sulle possibili tecniche di contrasto al web scraping, in particolare su quelle attuabili da parte dei gestori dei siti e delle piattaforme da cui i bot che attuano il web scraping raccolgono i dati impiegati per addestrare gli algoritmi di IA.

È noto, infatti, che i sistemi di IA generativa – specialmente quelli basati sui modelli linguistici di grandi dimensioni (LLM – Large Language Models) – per riuscire a produrre contenuti (i c.d. output che vengono creati dopo che il sistema ha ricevuto un prompt) devono ricorrere all’elaborazione massiva di dati. Gli algoritmi alla base dei sistemi di IA generativa si nutrono di dati senza i quali non potrebbero creare contenuti e adattarsi ed imparare.

La necessità di addestrare il sistema di IA con quantità ingenti di dati porta gli sviluppatori di sistemi di IA generativa a costituire grandi dataset; i dataset, a loro volta, vengono alimentati da appositi software (i c.d. bot) impiegati per scandagliare il web e raccogliere in modo sistematico, continuativo, indiscriminato e massivo (da qui, web scraping) dati, anche di natura personale, pubblicamente presenti sui siti e sulle piattaforme di terze parti. Ciò genera, quindi, problemi circa la compatibilità della raccolta dei dati con le norme poste a tutela dei dati personali e, più in generale, con il Regolamento (UE) 2016/679 (c.d. GDPR).

Come ha ricordato il Presidente del Garante, Prof. Pasquale Stanzone, nel suo discorso introduttivo alla Relazione Annuale del Garante per il 2023, presentata a Roma il 3 luglio 2024 alla Camera dei Deputati: *“la disciplina di protezione dei dati regola (e continuerà a farlo anche dopo l’AI Act) il fulcro dell’intelligenza artificiale: il trattamento di dati personali funzionale a processi decisionali automatizzati e all’addestramento dell’algoritmo”*.

La Nota, pur non affrontando direttamente il problema della compatibilità del web scraping con la normativa di cui al GDPR, fornisce alcune indicazioni circa gli strumenti che i gestori dei siti e delle piattaforme, *in quanto titolari del trattamento dei dati personali pubblicamente disponibili sui loro siti o sulle loro piattaforme*, possono



implementare per bloccare o mitigare la raccolta massiva dei dati tramite il web scraping.

Le misure indicate dal Garante sono quattro, di cui tre di natura prettamente tecnica ed una di natura giuridico contrattuale.

Quanto alle misure di natura tecnica, il Garante suggerisce: **(i)** la creazione di aree riservate sul sito o sulla piattaforma, con l'avvertenza che tale misura andrebbe temperata con il principio di minimizzazione dei dati, ex art. 5(1)(c) GDPR, per non onerare gli utenti dei siti e delle piattaforme di eccessivi oneri per la fruizione dei contenuti presenti sui siti e sulle piattaforme medesime; **(ii)** il monitoraggio del traffico di rete sia in entrata ai siti e alle piattaforme che in uscita dalle stesse, così da adottare, nel caso di flussi anomali, tecniche di *rate limiting* cioè tecniche che consentono di limitare il numero di richieste di accesso ad un sito o ad una piattaforma solo a determinati indirizzi IP; **(iii)** l'adozione di misure in grado di intervenire sui bot impedendone l'operatività di scraping, ciò che può realizzarsi ad es. tramite le c.d. CAPTCHA (le quali, imponendo un'azione eseguibile solo da un essere umano, impediscono l'operatività dei bot) o per mezzo di file robots.txt cioè file che consentono o impediscono ai bot scraper di accedere al sito o comunicano ai bot scraper quali pagine e contenuti del sito non indicizzare, con l'avvertenza, anche qui, che l'impiego dei file robots.txt non impedisce realmente lo scraping in quanto: a) il bot scraper non accede ad un sito o ad una piattaforma e non ne indicizza i contenuti se a monte non è programmato per rispettare il divieto che incontra da parte dei file robots.txt; b) ci sono attività di web scraping che non vengono attuate per raccogliere dati per addestrare una IA, riuscendo così a bypassare il divieto posto dai file robots.txt.

Quanto alla misura di carattere giuridico, il Garante suggerisce di inserire nei termini di servizio dei siti o delle piattaforme una clausola concernente il divieto di web scraping. Qui il rimedio può assolvere ad una funzione di deterrenza del web scraping, ma probabilmente diventa maggiormente utile ex post, in sede di eventuale contenzioso per inadempimento contrattuale tra il gestore del sito o della piattaforma online e lo sviluppatore dell'IA generativa.

Infine, lo stesso Garante, da un lato, prende atto che nessuna delle misure suggerite è in grado di bloccare al 100% il web scraping, e, dall'altro lato, non manca però di ricordare che i gestori dei siti e delle piattaforme, in quanto titolari dei dati personali ivi pubblicati, devono comunque adoperarsi per valutare le misure più idonee da adottare sulla base del principio di accountability (artt. 5 e 25, GDPR) al fine di impedire l'utilizzazione, ritenuta non lecita, dei dati personali presenti sui loro siti o piattaforme. E sebbene la Nota non sia formalmente vincolante, di fatto, potrebbe essere considerata come vincolante proprio per il richiamo rivolto ai gestori dei siti o delle piattaforme di prendere in esame le misure più adeguate a prevenire o a mitigare il web scraping sulla base del loro obbligo di accountability. Secondo quanto illustrato dal Prof. Stanzone nel suo discorso introduttivo alla Relazione annuale 2023, sembrerebbe questo anche l'approccio del Garante: *“Particolare rilievo assume anche il provvedimento sul webscraping, recante alcune garanzie essenziali (e, per converso,*

*adempimenti a carico dei titolari) per impedire che le nostre vite si traducano – come si è detto - in alimento per gli algoritmi” (enfasi, nostra).*

STEFANO BARTOLI

Nota informativa:

<https://www.gdpd.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10020316>

Relazione annuale 2023 e discorso del Presidente del Garante:

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10032023>

2024/2(32)SB

### **32. Web scraping e analisi del rischio fiscale: il Parere del Garante privacy italiano dell’11.1.2024 sullo schema del decreto legislativo sul concordato fiscale**

In tema di web scraping, già prima della Nota informativa del 20.5.2024 (sulla quale v. la notizia precedente in questa Rubrica), il Garante per la protezione dei dati personali aveva preso una posizione nell’ambito di un più ampio parere, reso l’11.1.2024 “*su uno schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di accertamento tributario e di concordato preventivo biennale*” (il “**Parere**”).

Pur senza utilizzare l’espressione «web scraping», il Garante ha in quella sede rilevato alcune criticità connesse agli strumenti di cui il Governo avrebbe voluto dotare l’Agenzia delle entrate e la Guardia di finanza ai fini della c.d. analisi del rischio fiscale (cioè, l’analisi dei dati dei contribuenti e tesa a prevenire e contrastare l’evasione fiscale, la frode fiscale e l’abuso del diritto in materia tributaria, nonché a consentire un migliore svolgimento dei controlli preventivi e così a stimolare l’adempimento spontaneo dei contribuenti) e del concordato preventivo biennale riservato ai contribuenti di minori dimensioni. Il riferimento, qui, è in particolare all’art. 2 dell’allora schema di d.lgs. a mente del quale l’Amministrazione finanziaria, ai fini dell’analisi del rischio fiscale, si sarebbe potuta avvalere di sistemi di intelligenza artificiale, utilizzando, oltre ai dati conservati nelle proprie banche dati, anche dati pubblicamente disponibili (art. 2, commi 1 e 3, dello schema di d.lgs.), mentre la Guardia di finanza, nella propria attività di accertamento, avrebbe potuto ricorrere a non meglio specificate “tecniche di analisi avanzate” (art. 2, co. 8, dello schema di d.lgs.).

Nel Parere, il Garante ha indicato di espungere tali previsioni o perché di natura indeterminata (quanto alle tecniche avanzate) o perché l’elaborazione dei dati attraverso l’acquisizione di informazioni pubblicamente disponibili sarebbe stata priva dei necessari requisiti di affidabilità, anche tenendo conto delle diverse finalità che avevano dato origine alla loro raccolta.

Nel Parere, si avverte la preoccupazione per l'uso di sistemi di IA che, sulla base di dati acquisiti in modo massivo ed indiscriminato e, quindi, non certi, avrebbe potuto dare luogo a risultati distorti.

L'attinenza delle osservazioni svolte nel Parere con la più ampia tematica del web scraping è stata segnalata dal Presidente del Garante per la protezione dei dati personali.

Come rilevato dal Prof. Stanzone nel suo discorso di presentazione della Relazione annuale per il 2023: *“I limiti del webscraping sono stati sottolineati anche rispetto alla riforma fiscale, nel cui ambito il ricorso all'intelligenza artificiale esige requisiti stringenti di affidabilità ed esattezza dei dati utilizzati per la profilazione del contribuente. Se addestrato su dati anche soltanto parzialmente inesatti, infatti, l'algoritmo restituirà risultati errati in proporzione geometrica, con bias che dalla base informativa si propagano lungo tutto l'arco della decisione algoritmica. Per questo, ad esempio, nel parere sul decreto legislativo, sul concordato preventivo, è stato richiesto di espungere un riferimento che avrebbe potuto legittimare analisi del rischio fiscale fondate anche sul webscraping”*.

STEFANO BARTOLI

Parere sullo schema di d.lgs. per la riforma fiscale:

<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9978230>

Relazione annuale 2023 e discorso del Presidente del Garante:

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10032023>

2024/2(33)GD

### **33. Il provvedimento AGCM contro Meta del 21.5.2024 per pratiche commerciali ingannevoli relative ad informazioni fornite ed omesse agli utenti dei servizi Instagram e Facebook (PS12566)**

Con Provvedimento n.31214 del 21.5.2024, pubblicato il 5.6.2024 (PS12566 - META-PROBLEMATICHE ACCOUNT INSTAGRAM E FACEBOOK), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM o l'Autorità) ha irrogato una sanzionato pari a 3,5 milioni di euro nei confronti di Meta Platforms Ireland Ltd. e della capogruppo Meta Platforms Inc. (Meta o la Società) per due pratiche commerciali ingannevoli.

La prima pratica consiste nell'omessa informativa in fase di attivazione e prima registrazione dell'account Instagram (IG) dell'attività di raccolta e utilizzo, per finalità commerciali, dei dati degli utenti, così da indurli ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso (registrazione nella piattaforma IG per usufruire dell'omonimo servizio di social network).

La seconda pratica riguarda, invece, gli utenti già registrati alle piattaforme Facebook (FB) e IG e consiste nell'omessa informativa circa le ragioni legate ad alcune interruzioni del servizio di FB e IG, limitando il contraddittorio sulle relative cause.

Con riferimento alla prima pratica, nella pagina web di registrazione a IG risultava di immediata evidenza il claim **“Iscriviti per vedere le foto e i video dei tuoi amici”**, mentre in fondo alla schermata di registrazione era presente la dicitura generica **“scopri in che modo [...] usiamo e condividiamo i tuoi dati”** senza ulteriori indicazioni, unitamente ai link iperterstuali **“Condizioni”**, **“Informativa sulla privacy”** e **“Normativa sui cookie”**. In questo modo per l'utente non era possibile comprendere sin dalla prima schermata l'uso dei dati per fini commerciali, che poteva ricavarsi solo cliccando su diversi link, con rinvii da una sezione all'altra del sito.

Nel corso dell'istruttoria, il 25 marzo 2024, Meta ha introdotto il disclaimer **“Noi finanziamo i nostri servizi usando i tuoi dati personali per mostrarti le inserzioni”**, già presente nel processo di registrazione via app, anche nella pagina web di registrazione a IG. Cliccando su tale dicitura, l'utente viene reindirizzato direttamente alla sezione delle condizioni d'uso di IG relative alle modalità di finanziamento del servizio medesimo.

A seguito di questa modifica, l'AGCM ha ritenuto sanata l'omessa informativa, ma ha comunque sanzionato Meta per la pratica scorretta posta in essere dal 28 marzo 2023 fino al 25 marzo 2024.

Per la prima pratica l'AGCM ha irrogato a Meta una sanzione di 3 milioni di euro, anche in considerazione della **“circostanza aggravante”**, costituita dal fatto che Meta ha parzialmente reiterato la condotta già sanzionata dalla stessa Autorità nel 2018 (prov. n. 27432 del 29.11.2018, proc. PS11112, *Facebook-Condivisione Dati con Terzi* - parzialmente annullato da TAR Roma, I, sentenza n. 261/2020, e Cons. Stato, VI, sentenza n. 2631/2021).

In particolare, l'AGCM nel 2018 aveva ritenuto che Facebook (*i.e.*, le allora Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd., oggi Meta) mediante la piattaforma FB avesse **(A)** raccolto e trattato in modo fuorviante i dati dei consumatori/utenti, pubblicizzando i propri servizi come “gratuiti”, senza informarli che i dati sarebbero stati utilizzati per finalità commerciali, ossia sarebbero stati oggetto di sfruttamento diretto mediante la loro commercializzazione; e/o **(B)** implementato un sistema *opt-out* attraverso cui i dati degli utenti sarebbero stati raccolti automaticamente e trasferiti a soggetti terzi per finalità di profilazione e commerciali. In quel caso, il TAR e il Consiglio di Stato avevano annullato parzialmente il provvedimento dell'AGCM, ritenendo assenti i presupposti della condotta *sub B* e confermando l'ingannevolezza della condotta *sub A*.

Con riferimento alla seconda pratica, secondo l'AGCM, in occasione della sospensione dei servizi di FB e IG, disposta da Meta a fronte di violazioni degli utenti della *policy* delle piattaforme, la Società avrebbe omesso: **i)** con riguardo alla piattaforma FB, di indicare le modalità (automatizzata o manuale) con cui veniva assunta la decisione di sospendere l'*account*, ossia di interrompere il servizio; **ii)** con riguardo a entrambi i

social network (FB e IG), di fornire indicazioni circa la possibilità di contestare la decisione di sospensione l'*account*, oltre che con “ricorso interno” diretto a Meta, anche adendo un organo di risoluzione extragiudiziale delle controversie o ricorrendo a un giudice, nonché per aver previsto un termine breve (di 30 giorni) per contestare tramite “ricorso interno” la decisione di sospensione dell'*account*.

A partire dal mese di agosto 2023, Meta ha modificato il *set* informativo reso all'utente, sia di FB che di IG, in occasione dell'applicazione di misure restrittive dell'*account*. Pertanto, l'AGCM ha ritenuto sanata l'omessa informativa, ma ha comunque irrogato a Meta una sanzione di 500.000 euro per la seconda pratica scorretta, posta in essere dal 28 marzo 2023 fino al mese di agosto 2023.

L'Autorità aveva avviato l'istruttoria nei confronti di Meta anche per una terza condotta relativa alla presunta omessa assistenza agli utenti impossibilitati ad accedere ai propri *account*. Nel corso dell'istruttoria Meta ha dimostrato di fornire un'assistenza avanzata e adeguata a risolvere i problemi di accesso degli utenti ai propri *account*, ivi inclusi quelli compromessi da attacco *hacker*. Di conseguenza, l'AGCM ha ritenuto legittimo l'operato di Meta al riguardo.

Il provvedimento in questione, sulla scia della precedente casistica (caso *Facebook*, provv. n. 27432 del 29.11.2018, proc. PS11112, *Facebook-Condivisione Dati con Terzi*; caso *WhatsApp*, provv. dell'AGCM dell'11.5.2017, n. 26597, proc. n. PS10601, *Trasferimento Dati a Facebook*), dimostra come l'Autorità sia molto attenta, tra le altre cose, nel valutare condotte ritenute potenzialmente idonee ad ingannare i consumatori sulle modalità di utilizzo dei loro dati nell'ambito di piattaforme digitali.

GIORGIA DIOTALLEVI

<https://www.agcm.it/dotcmsdoc/bollettini/2024/23-24.pdf>

2024/2(34)VR

### **34. L'ordinanza della Cassazione 12967 del 13.5.2024 sul caso del sistema software di supervisione degli studenti 'Respondus' impiegato dall'Università Bocconi di Milano per le prove scritte di esame**

Il 13 maggio 2024 la Sez. I della Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 12967, si è pronunciata sulla vicenda relativa all'impiego da parte dell'Università Bocconi di Milano del software “*Respondus*” per la supervisione degli studenti durante le prove scritte di esame effettuate da remoto.

Come già illustrato (v. in questa Rubrica notizia n. 8 del numero 4/2021 [2021/4(8)VR]), il trattamento effettuato a mezzo del menzionato sistema di c.d. *proctoring* veniva dichiarato illecito dal Garante per la protezione dei dati personali (di seguito **Garante privacy** o l'**Autorità**) con ordinanza

adottata il 16 settembre 2021, ai sensi degli artt. 78 Regolamento UE n. 2016/679 (**GDPR**), 152 d.lgs. n. 196/2003 (**Codice privacy**) e 10 del d.lgs. n. 150/2011, per violazione gli artt. 5(1)(a), (c) ed (e), 6, 9, 13, 25, 35, 44 e 46 GDPR nonché 2-*sexies* Codice privacy.

L'Ateneo impugnava il suddetto provvedimento innanzi al Tribunale di Milano (di seguito anche solo il **Tribunale**). Quest'ultimo accoglieva parzialmente il ricorso: confermando l'ordinanza dell'Autorità limitatamente alla contestazione di cui agli artt. 5(1)(a) e 13 GDPR e all'applicazione dell'art. 58 GDPR; riducendo l'importo della sanzione irrogata e, per l'effetto, condannando il Garante privacy alle restituzioni.

Il *rationale* del giudice di merito può condensarsi nei due punti che seguono.

Doveva anzitutto escludersi l'applicazione al caso di specie dell'art. 9 GDPR, in quanto il trattamento effettuato a mezzo del sistema *Respondus* non poteva qualificarsi come avente a oggetto dati biometrici «*intesi a identificare in modo univoco una persona fisica*». Precisamente, la mera acquisizione di una foto (o di una registrazione video) non configurerebbe un trattamento di dati biometrici bensì di dati comuni, implicando il primo la più complessa estrazione dalle foto o dai video di caratteristiche biologiche e la successiva derivazione da quest'ultime di un modello matematico del volto del soggetto, a fini di riconoscimento dello stesso. Tale finalità non era contemplata nel *software* in oggetto, poiché esso lasciava ogni eventuale valutazione al docente titolare dell'insegnamento. Pertanto, non risultava dimostrata la concreta attuazione della fase quattro (del confronto o del *match*), enucleata dalle Linee guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica adottate dal Garante il 12 novembre 2014.

Inoltre, il Tribunale di Milano affermava che l'Accordo sottoscritto in data 18 agosto 2020 tra l'Università Bocconi e la società fornitrice *Respondus* fosse tale da impedire il “*trasferimento internazionale*” dei dati personali, essendovi allegate clausole tipo idonee a garantire agli interessati una tutela adeguata rispetto agli standard europei. Di poi, la “*pseudonomizzazione*”, impiegata per denominare i dati acquisiti in relazione a ciascuna persona, veniva ritenuta misura di protezione adeguata.

Simmetricamente, il Garante privacy proponeva impugnazione rappresentando quanto segue.

Col **primo motivo di ricorso** si denunciava la violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 9(2)(g) GDPR e 2-*sexies*(2)(b) Codice privacy.

La Cassazione ha accolto il motivo, muovendo da una ricostruzione sistematica del regime giuridico sui dati biometrici, nei termini di seguito riassunti. Nel diritto dell'Unione europea i dati biometrici sono dati personali se impiegati per identificare in modo univoco una persona. Il trattamento di tali dati è regolato in tre plessi normativi: art. 4 n. 14 GDPR; art. 3 n. 13 direttiva (UE) 2016/680 (è la direttiva c.d. *law enforcement*, sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati);

art. 3 n. 18 regolamento (UE) 2018/1725 (è il regolamento c.d. EUDPR, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati). Tali plessi normativi convergono nel definire i dati biometrici come «*i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici*». Il regime giuridico del trattamento, tuttavia, varia in base alla finalità disciplinare specificamente perseguita. Ancora, il Considerando n. 51 del GDPR preclude un'automatica considerazione del trattamento di fotografie come trattamento di categorie particolari di dati personali, «*poiché esse rientrano nella definizione di dati biometrici soltanto quando siano trattate attraverso un dispositivo tecnico specifico che consente l'identificazione univoca o l'autenticazione di una persona fisica*». Ove ciò accada, l'art. 9(1) GDPR vieta il trattamento dei dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica a meno che non si dia una delle basi giuridiche di cui al par. 2 del medesimo articolo: a rilevare, nel caso di specie, sono il consenso esplicito dell'interessato (art. 9(2)(a) GDPR) e, soprattutto, la necessità del trattamento per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri (art. 9(2)(g) GDPR).

A livello domestico, l'art. 2-*sexies* Codice privacy conferma l'ammissibilità dei trattamenti delle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9(1) GDPR, ove necessari per motivi di interesse pubblico rilevante ai sensi della lett. g) del paragrafo 2 del medesimo articolo, e specifica, al comma 2, che si considera rilevante – *inter alia* – l'interesse pubblico relativo a trattamenti effettuati da soggetti che operano istituzionalmente nella materia dell'istruzione e formazione in ambito scolastico, professionale, superiore o universitario.

In ogni caso, il trattamento dei dati biometrici dovrà essere proporzionato alla finalità perseguita (art. 9(2)(b) GDPR). Inoltre, esso dovrà soddisfare i principi di cui all'art. 5 del GDPR e le condizioni di liceità *ex art.* 6 del GDPR (cfr. CGUE, 16 gennaio 2019, *Deutsche Post*, C-496/17, EU-C/2019/26, punto 57 e giurisprudenza ivi citata), anche in linea col c.d. principio di "responsabilizzazione (art. 5, par. 2 GDPR).

Come anticipato, secondo il giudice di merito *Respondus* realizzava la mera acquisizione di una foto (o una registrazione video) e non integrava dunque un trattamento di dati biometrici, precisamente in quanto l'identificazione univoca dello studente persona fisica era effettuata dal docente esaminante il video finale e non derivava dai dati biometrici raccolti e trattati dal *software*.

Secondo i giudici di legittimità, tale conclusione era viziata da un errore di sussunzione.

Il *software Respondus* non si limita a videoregistrare la prova di esame, bensì acquisisce immagini dell'esaminando persona fisica e seleziona, mediante la realizzazione di video, lo scatto di istantanee a intervalli casuali e i momenti in cui rileva comportamenti insoliti. In altri termini, le istantanee selezionate vanno a comporre un video destinato al docente ai fini

della valutazione finale della regolarità della prova e in esso sono contrassegnate le anomalie riscontrate. Pertanto, i dati estratti da *Respondus* non assolvono solo la funzione di documentare la seduta, ma si connotano per la contestuale elaborazione e selezione del materiale progressivamente raccolto. Tale complessiva attività integra un autonomo e articolato trattamento di dati e attiene anche alla conferma dell'identità della persona fisica esaminata (art. 4, n.14 GDPR).

Non solo. Come ricordato dallo stesso Tribunale, il ciclo di vita dei dati biometrici è stagiato in quattro fasi, secondo la Descrizione accreditata dal Garante privacy (Linee Guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica, 12 novembre 2014): *a*) il rilevamento, tramite sensori specializzati (e.g. scanner per il rilevamento dell'impronta digitale) o dispositivi di uso generale (e.g. videocamera), di caratteristiche biometriche; *b*) l'acquisisce un campione biometrico (e.g. immagine del viso); *c*) l'estrazione dal campione biometrico di tratti (e.g. specifici punti del viso) idonei a costituire il modello biometrico, che sarà conservato in una banca dati; *d*) il confronto (*match*) tra il modello biometrico e le effettive caratteristiche dell'individuo ai fini della identificazione univoca della persona fisica.

Ebbene, la decisione di merito trascurava di considerare che nel procedimento attuato mediante il software *Respondus*, la quarta fase di confronto avveniva nel corso di tutta la ripresa, sulla scorta della elaborazione informatica dei dati di volta in volta acquisiti ed elaborati mediante la creazione di *flag* relativi ai comportamenti anomali, che potevano riguardare anche la conferma della corrispondenza identitaria della persona ripresa in video con quella dello studente da esaminare, già identificato dall'Università. Inoltre, l'affidamento al docente della valutazione conclusiva della prova di esame non esclude (né è incompatibile con) il trattamento automatizzato dei dati biometrici e non lo sottrae alla disciplina dettata dall'art. 9 GDPR.

Per tali ragioni, la Corte ha anzitutto fissato il seguente principio di diritto: *«In tema di trattamento dei dati personali, ai sensi dell'art. 9 del Reg (UE) 2016/679, ricorre un trattamento di dati biometrici, come definiti dall'art. 4, n. 14 del Regolamento 2016/679, quando i dati personali sono ottenuti mediante un trattamento tecnico automatizzato specifico, realizzato con un software che, sulla base di riprese e analisi delle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica, le elabora, evidenziando comportamenti o elementi anomali, e che perviene a un esito conclusivo, costituito da una elaborato video/foto che consente (o che conferma) l'identificazione univoca della persona fisica, restando irrilevante la circostanza che l'esito finale del trattamento sia successivamente sottoposto alla verifica finale di una persona fisica».*

Col **secondo motivo** si denunciava la violazione e falsa applicazione: degli artt. 44, 45 e 46 GDPR; degli artt. 3, 4 e 5 delle clausole contrattuali allegata alla Decisione della Commissione Europea n. 2010/87/UE; dell'art. 1321 c.c. Non solo. Il ricorrente impugnava la sentenza impugnata anche con riferimento al trasferimento internazionale dei dati personali e per aver



il Tribunale di Milano ritenuto essere misura “adeguata” la pseudonomizzazione.

*In primis*, com’è noto, la sentenza della CGUE del 16 luglio 2020 (causa C-311/18), c.d. *sentenza Schrems II* (su cui v. in questa Rubrica la notizia n. 1 del numero 3/2020 [[2020/3\(1\)CR](#)]) la quale ha dichiarato invalida la decisione della Commissione n. 2016/1250 sull’adeguatezza della protezione offerta dal c.d. *Privacy Shield* (scudo UE-USA) circa il trasferimento di dati personali verso gli Stati Uniti, giudicando, invece, valida la decisione n. 2010/87 relativa alle Clausole Contrattuali Tipo (SCC). A seguito di tale decisione, l’Università Bocconi e la società *Respondus* perfezionavano in data 18 agosto 2020 un accordo col quale recepivano le clausole contrattuali tipo dettate nella decisione della Commissione europea n. 87/2010.

Il Tribunale di Milano riteneva che l’accordo così riformulato fosse tale da impedire il “*trasferimento internazionale*” di dati personali, proprio perché ad esso erano allegate le clausole tipo di cui alla Decisione 2010/87/UE, alle quali si faceva rinvio *per relationem*.

La Corte ha rifiutato la descritta argomentazione. Segnatamente, le clausole 4, par. 1, lett. c) e 5, lett. c) delle clausole standard prevedono espressamente che le misure di sicurezza debbano essere «*indicate nell’appendice 2*», che peraltro «*costituisce parte integrante delle clausole contrattuali e deve essere compilata e sottoscritta dalle parti*», e che tali disposizioni hanno efficacia anche con riferimento all’“*interessato*”, terzo rispetto al contratto. Sulla scorta di tali elementi, non può ammettersi la determinazione *per relationem* del contenuto delle clausole contrattuali recanti le misure di sicurezza tramite rinvio a un documento esterno al contratto stesso, per frontale violazione della *lex contractus*. Inoltre, l’accordo in esame – assistito dalle clausole contrattuali tipo per il trasferimento di dati personali a soggetti stabiliti in paesi terzi – non obbliga solo i contraenti tra loro ma regola anche i diritti del terzo beneficiario. Quest’ultimi potrebbero ricevere nocumento, ove gli obblighi in materia di sicurezza non fossero oggettivamente individuati o individuabili.

Sul punto, merita evidenziare che la citata sentenza della CGUE c.d. *Schrems II* ha altresì precisato che la salvaguardia fondata su clausole tipo deve offrire ai soggetti i cui dati personali sono trasferiti verso un paese terzo un livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito all’interno dell’Unione da tale regolamento, letto alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (“*CDFUE*”). A tal fine, occorre ancora osservare che l’autorità di controllo competente è tenuta a sospendere o a vietare un trasferimento di dati verso un paese terzo effettuato sulla base di clausole tipo adottate dalla Commissione qualora ritenga, alla luce del complesso delle circostanze proprie di tale trasferimento, che le suddette clausole non siano o non possano essere rispettate in tale paese terzo e che la protezione dei dati trasferiti richiama dagli artt. 45 e 46 GDPR e dalla CDFUE, non possa essere garantita con altri mezzi.

Ebbene, nel caso in esame la mancata esplicitazione delle misure di sicurezza nell’allegato 2, in difformità da quanto da questo previsto, in una

alla complessità della modalità di accesso informatico alle misure di sicurezza e all'incertezza sul relativo contenuto integrano circostanze che avrebbero dovuto essere espressamente valutate dal Tribunale in ordine all'applicabilità dell'art. 58(2)(f) e (j) GDPR.

Resta assorbita all'esito del riesame la questione introdotta della pseudonomizzazione dei dati, atteso che la decisione sul punto risulta inficiata dalla erronea qualificazione dei dati trattati come dati personali comuni piuttosto che come dati biometrici.

VALENTINO RAVAGNANI

[Cass. 12967/2024](#)

2024/2(35)EG

### 35. Il provvedimento del Garante privacy italiano del 9.5.2024 nei confronti di Wikipedia a proposito del diritto all'oblio

Con Provvedimento n. 274 del 9 maggio 2024 (d'ora in poi, il **Provvedimento**), il Garante per la protezione dei dati personali (il **Garante**) ha statuito che il trattamento dei dati personali effettuato dalla nota enciclopedia online "Wikipedia" deve rispettare i principi del regolamento (UE) 2016/679 (**GDPR**) e che ai contenuti pubblicati sulla piattaforma devono applicarsi le norme sull'attività giornalistica e la manifestazione del pensiero.

Il Provvedimento è stato emesso a seguito del reclamo di un interessato che lamentava una violazione della normativa in materia di protezione dei dati personali, in relazione alla pubblicazione su Wikipedia della notizia di una propria vicenda giudiziaria (risalente al 2017 e conclusasi nel 2018) che lo aveva visto imputato per reati di violenza sessuale e di detenzione di materiale pedopornografico.

Nello specifico, l'interessato rappresentava, tra le altre circostanze, che:

- i. la diffusione dei suoi dati (nome, cognome, età, nazionalità e ruolo ricoperto) era avvenuta *"in chiaro e senza alcuna autorizzazione e/o preavviso"* e che la narrazione dei fatti che lo riguardavano era stata spesso *"travisata"*;
- ii. la vicenda, particolarmente delicata, non rivestiva più un interesse pubblico *"avendo la collettività ormai preso conoscenza del fatto"* e la relativa permanenza on-line causava un perpetuo danno all'immagine dell'interessato, con ripercussioni sui suoi rapporti familiari e professionali.

In ragione di quanto sopra, il reclamante accusava Wikipedia della violazione dell'art. 137(3) del D.Lgs. 196/2003 (**Codice Privacy**) e degli artt. 5(1)(e) e 17 GDPR, rilevando che il diritto di cronaca avrebbe dovuto affievolirsi a favore del rispetto della propria identità personale, non più sussistendo un apprezzabile interesse sociale alla notizia. Pertanto,

richiedeva la rimozione da Wikipedia del predetto articolo e, in subordine, l'adozione di specifiche misure tecniche utili alla deindicizzazione.

Wikimedia Foundation (d'ora in poi **Wikimedia** o la **Fondazione**), la no-profit americana ideatrice dell'enciclopedia on line, replicava nel corso del procedimento di non essere vincolata al rispetto del GDPR, sia perché la propria sede è ubicata al di fuori dell'Unione Europea, sia perché Wikipedia non offre un servizio ad utenti europei: l'enciclopedia sarebbe solo un “*host neutrale*” che “*ospita*” i contenuti inseriti dalla comunità di volontari.

Tenuto conto di tutto quanto sopra esposto, con il Provvedimento, il Garante ha statuito, in primo luogo, che nel caso di specie deve ritenersi pienamente applicabile il GDPR, posto che Wikipedia offre servizi di informazioni su una vasta pluralità di argomenti, indicizzandoli anche per il mercato europeo. Ne sarebbero una dimostrazione la costante attività di indirizzo e verifica degli standard quantitativi dei contenuti rivolti dalla Fondazione alla comunità e la creazione di versioni del sito dedicati agli utenti degli Stati dell'Unione europea. La disponibilità e consultabilità degli articoli enciclopedici da parte di chiunque, concretizza – secondo il Garante – l'offerta di un servizio anche agli interessati europei, ai sensi dell'art. 3(2)(a) GDPR, “*tenuto conto di quell'elemento di 'intenzionalità', pure evidenziato nelle Linee-guida 3/2018 dell'EDPB*”. Nel Provvedimento, il Garante ricorda, inoltre, che Wikipedia è stata inserita dalla stessa Commissione europea nell'elenco delle grandi piattaforme on-line tenute al rispetto degli obblighi previsti dal Regolamento (UE) 2022/2065 sui servizi digitali (**DSA**) (v. in questa Rubrica la notizia n. 5 nel numero 2/2023 [[2023/2\(5\)RA](#)]).

Chiarito l'ambito di applicazione, il Garante ha respinto l'istanza di cancellazione promossa dal reclamante, poiché il trattamento dei dati personali in oggetto risultava essere stato effettuato, all'epoca della pubblicazione della notizia, “*nell'esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero e rispondente all'interesse del pubblico a conoscere le vicende riportate all'interno del relativo articolo*”.

Allo stesso modo – sottolinea il Garante - è lecita anche la permanenza dell'articolo nell'archivio dell'enciclopedia on line, poiché gli archivi di siti e giornali, anche cartacei, rivestono una funzione primaria ai fini della ricostruzione storica degli eventi.

Di contro, l'Autorità ritiene non sussistenti specifiche ragioni di interesse pubblico che giustifichino una perdurante reperibilità online dell'articolo al di fuori dell'archivio del sito, trattandosi di vicenda giudiziaria conclusasi nel 2018. Per di più, il Garante ha ritenuto che la presenza online della pagina vanificherebbe il beneficio del limite legale della conoscibilità posto alle condanne inferiori ai due anni che non sono inserite nel casellario giudiziario (ex art. 24(1)(2) Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di casellario giudiziale europeo, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti).

In forza di quanto sopra, il Garante ha accolto la richiesta di deindicizzazione dell'articolo dai motori di ricerca esterni al sito web di Wikipedia, ordinando a Wikimedia ai sensi dell'art. 58(2)(c) e (g) di

adottare misure tecniche idonee ad inibire l'indicizzazione dell'articolo, reperibile attraverso il link indicato nell'atto introduttivo del procedimento, tramite motori di ricerca esterni al sito medesimo, quali ad esempio, come espressamente indicato dalla stessa Fondazione, l'applicazione del metatag "NOINDEX".

ELISA GROSSI

<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10022403>

2024/2(36)VR

### 36. Il Garante privacy italiano apre un'istruttoria per il progetto di videosorveglianza con riconoscimento facciale nelle stazioni metro di Roma

Come comunicato in data 9 maggio 2024, il Garante per la protezione dei dati personali (**Garante privacy** o l'**Autorità**) ha inviato a Roma Capitale (di seguito l'**Amministrazione**) una richiesta di informazioni circa un progetto di videosorveglianza da installare nelle stazioni della metropolitana.

L'iniziativa dell'Autorità è stata assunta poiché, secondo alcune fonti di stampa, in vista del prossimo Giubileo, l'Amministrazione avrebbe previsto di installare telecamere con tecnologia di riconoscimento facciale, «*in grado di verificare azioni scomposte*» all'interno dei vagoni e sulle banchine compiute da soggetti resisi in passato protagonisti di «*atti non conformi*».

All'Amministrazione è stato dato un termine di 15 giorni per rispondere alla richiesta di informazioni del Garante privacy, che comprende, *inter alia*, una descrizione tecnica delle funzionalità di riconoscimento facciale, la finalità e la base giuridica di tale trattamento di dati biometrici e una copia della valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (DPIA).

Il Garante ha, infine, ricordato che fino alla fine del 2025 vige una moratoria sull'installazione di impianti di videosorveglianza con sistemi di riconoscimento facciale attraverso l'uso di dati biometrici, in luoghi pubblici o aperti al pubblico, da parte delle autorità pubbliche o di soggetti privati. Tale trattamento è consentito solo all'autorità giudiziaria nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali e alle autorità pubbliche a fini di prevenzione e repressione dei reati, in ogni caso previo parere favorevole del Garante stesso.

VALENTINO RAVAGNANI

[Comunicato stampa del 9.5.2024](#)

2024/2(37)DI



### 37. Il rapporto dell'aprile 2024 del Comitato di esperti nominato dal Presidente della Repubblica francese per studiare gli effetti dell'esposizione dei minori agli schermi: «*À la recherche du temps perdu*»

Il 23 aprile 2024 è stato pubblicato il documento *Enfants et écrans: «À la recherche du temps perdu»* (“**rapporto**”). Il rapporto è stato redatto da una commissione composta da dieci esperti (accademici, imprenditori, ricercatori impegnati nell'educazione) (“**commissione**”), istituita lo scorso gennaio 2024 su indicazione dell'attuale Presidente della Repubblica francese, Emmanuel Macron. Durante i lavori di stesura del rapporto, durati poco più di tre mesi, la commissione ha ascoltato i rappresentanti di associazioni attive nel campo della scuola, di attivisti a difesa della privacy, di istituti di ricerca sull'educazione, nonché di piattaforme digitali e dei principali social network (*Google, Meta, Apple, Youtube, X-Twitter, TikTok, etc.*).

Il rapporto ha ad oggetto la valutazione degli effetti dell'esposizione di minori (bambini ed adolescenti) a schermi (smartphone, pc, tablet, etc.) e la formulazione di raccomandazioni in merito a tale utilizzo. Esso muove da due aspetti, indicati nel preambolo. Il primo attiene alle innegabili possibilità delle tecnologie digitali di sviluppare la capacità dei bambini, consentendo altresì un accesso alla conoscenza che prescinde dall'ambiente socio-economico in cui l'utente opera. Il secondo riguarda la constatazione che la medesima tecnologia, come tutto ciò che è prodotto dall'uomo, possa essere utilizzata per isolare, alienare e manipolare gli utenti (in questo caso, i minori). Tale rischio è particolarmente acuito dalla circostanza per cui l'utilizzo degli schermi da parte dei minori avviene spesso in assenza dei genitori o adulti e senza alcuna misura di sicurezza. La commissione è consapevole che vi sia un certo consenso scientifico circa gli effetti nocivi dell'esposizione agli schermi sulla salute fisica dei minori (assenza di sonno, obesità, problemi alla vista). Rispetto ad altri possibili effetti negativi (neurologici), se del caso connessi all'utilizzo di detti schermi da parte di altri in presenza di minori (tecnoferenza), la commissione ritiene che, in attesa di studi consolidati, sia comunque opportuno procedere a una regolazione, la quale è considerata particolarmente urgente rispetto all'esposizione dei minori a immagini pornografiche, di estrema violenza, etc. Pur in assenza di una condivisa nozione di "dipendenza da schermo", infatti, la commissione considera che gli schermi, e in particolare l'uso dei social network, possano essere fattori di rischio aggiuntivi quando esiste una vulnerabilità preesistente in un bambino o in un adolescente (depressione o ansia).

Rispetto a questo contesto di conoscenze e valutazioni, il rapporto propone l'adozione di una trentina di misure di vario contenuto. Secondo gli autori, esse vanno accettate in blocco, giacché tali misure aspirano a costituire un sistema.

Sul piano descrittivo, le diverse misure possono essere articolate attorno a sei distinti temi (“*axes*”).

Il primo attiene al contrasto dell'effetto di dipendenza generato da alcuni servizi digitali e formula proposte (obblighi e divieti) tese a restituire ai bambini e agli adolescenti la libertà e la possibilità di fare scelte reali. Nell'ambito di questo tema, la commissione critica in particolare la tendenza di alcuni videogiochi a trasformarsi in modelli di gioco d'azzardo, con microtransazioni e design ingannevoli. Il secondo tema affrontato nel rapporto coinvolge la supervisione dell'attività dei minori tramite gli schermi. In luogo del solo controllo dei genitori, che ha dei limiti fisiologici, la commissione propone di impiegare delle soluzioni tecnologiche che consentano di aumentare la protezione dei minori dai contenuti illegali, qualunque sia il punto di accesso digitale (cellulare, box, Wi-Fi, a casa, a scuola, ecc.).

Il terzo tema concerne la promozione di un accesso graduale dei minori agli schermi e al loro utilizzo. Tale obiettivo dovrebbe consentire l'acquisizione di una autonomia per l'utente minore, proteggendo soprattutto i più giovani da usi e pratiche inappropriate. In quest'ottica, la Commissione propone dei limiti di età "di riferimento", che potranno essere regolarmente rivalutati. In tal senso, si propone di rafforzare l'attuale raccomandazione di non esporre i bambini di età inferiore ai 3 anni agli schermi e di sconsigliarne l'uso fino ai 6 anni, o almeno che esso sia molto limitato, occasionale, con contenuti educativi e accompagnato da un adulto. Con il medesimo intento, la Commissione ritiene che non sia opportuno che i bambini abbiano un telefono cellulare prima degli 11 anni, quando iniziano la scuola secondaria; a partire dagli 11 anni, se hanno un telefono, si raccomanda di non usarlo per connettersi a Internet; a partire dai 13 anni, se hanno un telefono connesso, non dovrebbero usarlo per accedere ai social network o a contenuti illegali; a partire dai 15 anni (età presa a simbolo del maggiorenne digitale), l'accesso ai social network dovrebbe essere limitato a quelli con un design appropriato.

Il quarto filone riguarda la raccomandazione di misure volte a sostenere i bambini e gli adolescenti nel mondo digitale, e a formarli sia dentro che fuori la scuola. Questa formazione deve essere più legata alle problematiche specifiche dei bambini e degli adolescenti; deve essere accompagnata sul territorio dalla visibilità di adulti di riferimento in grado di rispondere alle domande dei bambini e degli adolescenti, anche se desiderano porle in un contesto più intimo della classe.

La penultima questione attiene agli adulti, intesi come coloro che lavorano con i bambini e gli adolescenti, a partire dai genitori, e che devono dare l'esempio, senza il quale sarà difficile per i minori comprendere l'importanza del tema. Tale obiettivo domanda la promozione di tempi e luoghi "disconnessi", con l'organizzazione di rituali e di sfide simboliche di disconnessione, e l'esigenza di garantire il rispetto della vita dei genitori in un'epoca in cui il telelavoro si è diffuso, rendendo sempre più labile il confine tra vita personale e professionale.

L'ultima questione affrontata dal rapporto attiene alla *governance* di tale processo di regolazione. La commissione ritiene infatti che sia necessario, tra le altre cose, l'istituzione di un osservatorio che raccolga e monitori i dati principali sugli schermi e sulla diversità dei loro usi e la costruzione di

un sistema di finanziamento dell'azione pubblica, della ricerca e dell'associazionismo che si basi sul dialogo con gli stessi attori digitali. Tale sistema potrebbe essere finanziato, in base al principio "chi inquina paga", con i proventi delle multe, o i costi di supervisione attualmente destinati alle sole autorità europee.

Infine, la Commissione chiede una strategia di comunicazione su larga scala, che metta in evidenza le legittime aspettative per lo sviluppo dei bambini e degli adolescenti, che trovi la sua routine nei momenti chiave della vita dei minori, che si affermi nel panorama pubblico come altri temi di salute pubblica sono riusciti a fare.

DANIELE IMBRUGLIA

<https://tinyurl.com/yahxmnv9>

2024/2(38)AAM

**38. La legge del 17.4.2024 dello Stato del Colorado sul trattamento dei dati neurali nel contesto dei dispositivi neurotecnologici destinati al mercato dei prodotti di consumo (*Colorado House Bill 24-1058*) e la conseguente modifica del Colorado Privacy Act**

Il recente sviluppo di dispositivi tecnologici sempre più avanzati, spesso basati sull'intelligenza artificiale, che consentono di individuare e decodificare l'attività cerebrale, ha dato luogo ad un ampio dibattito a livello internazionale circa la corretta regolamentazione giuridica di tali dispositivi e dei dati che da questi possono essere ricavati.

Già da tempo, infatti, le c.d. neurotecnologie hanno invaso il mercato dei prodotti di consumo (es. fasce per il wellness come *Insight*), non essendo più impiegate unicamente nell'ambito della ricerca sanitaria e riabilitativa, in ospedali e laboratori. Ciò da un lato comporta una forte spinta verso l'innovazione tecnologica e la crescita economica; dall'altro implica rilevanti rischi in tema di raccolta, trattamento e diffusione incontrollata di dati neurali.

Questi ultimi, per la complessità dei dispositivi il cui utilizzo ne determina la registrazione e il successivo trattamento, non hanno ancora una ben definita natura giuridica, mancando nella quasi totalità degli ordinamenti giuridici, sia di *Common Law* che di *Civil Law*, una esplicita regolamentazione degli stessi.

Il Cile con la “Ley n. 21.383 *Modifica La Carta Fundamental, Para Establecer El Desarrollo Científico Y Tecnológico Al Servicio De Las Personas*”, del 25 ottobre 2021, è stato il primo Paese al mondo ad intervenire con una modifica legislativa per tutelare la mente umana da uno sviluppo tecnologico in grado di incidere negativamente sull'integrità psicofisica delle persone, modificando il primo comma, ultima parte dell'art. 19 della Costituzione cilena (*Constitución política de la Republica de Chile*) che attualmente prevede espressamente la protezione dell'attività

cerebrale e delle informazioni da essa derivanti (su cui v. in questa Rubrica la notizia n. 12 nel numero 3/2023, che riguarda anche la prima sentenza al mondo resa in Cile sui “neuro-diritti” [2023/3(12)AAM]).

Da ultimo, negli Stati Uniti e precisamente nello Stato del Colorado, il legislatore è intervenuto con una specifica legge che definisce la nozione di “*biological data*” e “*neural data*” nell’ambito della disciplina a tutela dei dati personali dei consumatori.

La *Colorado House Bill 24-1058*, approvata il 17 aprile 2024 e che è entrata in vigore il 7 agosto 2024, focalizza in particolare l’attenzione su quelle tecnologie che comportano la raccolta di enormi quantità di dati personali connessi alle funzioni fisiche e mentali del relativo utilizzatore. Le “neurotecnologie” sono definite in tale legge come quei dispositivi in grado di “*recording, interpreting, or altering the response of an individual's central or peripheral nervous system to its internal or external environment*”, ovvero che possono monitorare, decodificare e manipolare l’attività cerebrale del suo utilizzatore (*Section 1, point 2, lett. c*). Si precisa ancora come le neurotecnologie sviluppate come dispositivi medici (sia invasivi che non invasivi) hanno già una precisa regolamentazione anche dal punto di vista del trattamento dei dati personali (*Health data privacy law*). Tuttavia, la recente implementazione di dispositivi neurotecnologici non invasivi, generalmente considerati “*consumer products*”, ha messo in evidenza che la loro immissione sul mercato avviene in assenza di ogni regolamentazione sul punto e, soprattutto, in assenza di precisi *standard* di *data protection*.

La tutela del trattamento dei dati personali, nello Stato del Colorado già a livello costituzionale trova adeguata tutela nell’articolo II, *section 7*, che disciplina la *privacy* come diritto fondamentale ed elemento essenziale a garanzia della libertà dei soggetti. Con specifico riferimento poi all’innovazione tecnologica e alla crescente quantità di dati personali che vengono processati mediante dispositivi tecnologici immessi sul mercato, nel mese di luglio 2021, il Governatore del Colorado aveva adottato il *Colorado Privacy Act (CPA)*, entrato in vigore il 1° luglio 2023, come parte del “*Colorado Consumer Protection Act*”. In tale ambito, il CPA interviene ponendosi come normativa di protezione della *privacy* con specifico riferimento ai consumatori nei loro rapporti con i “*controllers*” (*Controllers means a person that, alone or jointly with others, determines the purposes for and means of processing personal data. Art. 6-1-1303, point 7 CPA*). Si tratta, pertanto, di un ambito di applicazione della norma molto ben preciso e delimitato, relativo unicamente ai prodotti e servizi digitali di consumo. Il CPA stabilisce alcuni diritti che i consumatori possono esercitare in merito al trattamento dei loro dati personali, tra cui il diritto di accesso, rettifica, cancellazione e portabilità; i consumatori hanno poi il diritto di *opt-out*, con il quale possono porre fine ad un trattamento di dati personali che li riguarda cui hanno già acconsentito in caso di pubblicità mirata, trasferimento a terzi di dati personali e profilazione. Peraltro, nell’attesa di una legge federale in materia di *privacy*, ora in discussione al Congresso americano (*American Privacy Rights Act ARPA*), nell’attuale mosaico delle leggi nazionali sul trattamento dei dati personali negli Stati Uniti, proprio il tipo di attività per

la quale il consumatore può esercitare il suo diritto di *opt-out* costituisce la principale differenza tra le diverse normative statali, per altro verso tra loro molto simili. L'obiettivo preso in considerazione del legislatore con tale intervento normativo è quello di responsabilizzare le aziende, circa il corretto trattamento dei dati personali dei loro “consumers” ma, allo stesso tempo, favorire e non limitare il processo di innovazione tecnologica.

Pertanto, sebbene il CPA avesse già introdotto una specifica disciplina a tutela della *privacy* dei consumatori, prevedendo specifici diritti (sul trattamento dei dati personali, inclusi quelli relativi a funzioni fisiche e mentali), la *General Assembly* ha ritenuto necessario intervenire nuovamente sul punto.

Con la recente *Colorado House Bill 24-1058* si è così ampliata la nozione di “*sensitive data*” contenuta nel CPA, per includervi anche la definizione di “*biological data*” e di “*neural data*” (*Section 1, Article 4, lett. a and b Colorado House Bill 24-1058*).

In tal modo, vengono modificati gli articoli 24 lett. b e c del CPA per introdurre una regolamentazione dei dati trattati a seguito dell'utilizzo delle neurotecnologie che segue lo schema di “genus” e “species”. Infatti, è espressamente detto che i dati biologici ricomprendono anche i dati neurali. I primi – *biological data* - si riferiscono ai dati ottenuti dall'analisi delle caratteristiche biologiche, generiche, biochimiche, fisiologiche o neurali di un soggetto, sia singolarmente considerati sia se combinati con altri dati (“*Biological data means data generated by the technological processing, measurement, or analysis of an individual's biological, genetic, biochemical, physiological, or neural properties, compositions, or activities or of an individual's body or bodily functions, which data is used or intended to be used, singly or in combination with other personal data, for identification purposes. Biological data includes neural data*”. *Section 2, art. 6-1-1303, point 2.5 CPA*). Quindi anche i dati relativi all'attività cerebrale di un soggetto che sono inferiti da altri dati personali e non rilevati direttamente possono essere qualificati come dati biologici. I dati neurali, più nello specifico, sono definiti come le informazioni derivanti dalla misurazione dell'attività del sistema nervoso centrale o periferico e che derivano dall'utilizzo di un dispositivo tecnologico (“*Neural data means information that is generated by the measurement of the activity of an individual's central or peripheral nervous systems and that can be processed by or with the assistance of a device*” *Section 2, art. 6-1-1303, point 16.7 CPA*). La *ratio* dell'integrazione del CPA viene individuata nell'esigenza di dare compiuta regolamentazione ad un tipo particolare di dato personale idoneo a rivelare informazioni relativamente alla salute, stati mentali, emozioni e funzioni cognitive idonee a identificare o a rendere identificabile un soggetto (lett. e, f *CPA*).

Inoltre, la considerazione che la persona che utilizza dispositivi neurotecnologici non sia sempre in grado di comprendere - sebbene adeguatamente informato e dopo aver prestato idoneo consenso - il contenuto e la quantità delle informazioni che sono dal dispositivo raccolte e processate (lett. f *CPA*), ha indotto il legislatore ad ampliare l'ambito applicativo del CPA. Non appare infatti possibile avere un pieno controllo

della specifica informazione neurale che può o potrebbe (anche in futuro) essere decodificata dal dispositivo.

Tale intervento normativo offre lo spunto anche per qualche riflessione sull'ampio dibattito circa la qualificazione giuridica dei dati neurali nel contesto dell'Unione Europea e del Regolamento Europeo sul trattamento dei dati personali (GDPR).

In mancanza di un espresso riferimento ai dati neurali, infatti, nel dibattito dottrinale sul tema appare dubbia la corretta applicazione dell'art. 9 GDPR anche nelle ipotesi in cui, come quella oggetto della legge del Colorado, i dati sono ottenuti in relazione a dispositivi non medici, qualificabili come prodotti di consumo. Ciò pone in dubbio che i dati neurali possano qualificarsi come dati relativi alla salute. In altri termini, si sostiene che i dati neurali non siano necessariamente dati relativi alla salute, ovvero all'integrità psico – fisica dell'individuo, quando si riferiscono a stati mentali (es. pensiero, ricordo) o emozioni.

Invero, la lettura del CPA come modificato dal *Colorado House Bill 24-1058*, sembra aprire ad una possibile diversa riflessione, che è possibile anche sulla base del dato normativo europeo.

Il punto della questione attiene, da un lato, al tipo di informazione che il dato neurale è in grado di fornire rispetto all'utilizzatore; dall'altro, alla nozione stessa di salute dal punto di vista giuridico, cui l'art. 4, n. 15 GDPR si riferisce per definire una categoria particolare di dati personali.

Quanto al tipo di dato, infatti, se è vero (come precisato dal *punto 2, lett. d* della *Section I* della *Colorado House Bill 24-1058*) che i dati neurali esprimono informazioni ampie sul soggetto, non strettamente collegate ad uno stato patologico del soggetto (ad es. emozioni o altri stati mentali), dovremmo poter affermare che tutti i dati connessi al funzionamento del sistema nervoso centrale e periferico – quindi ben oltre le funzioni cerebrali strettamente intese – possano essere ricompresi entro la medesima categoria di dati relativi alla salute e ricevere una regolamentazione uniforme. Ciò anche quando i dati neurali sono il risultato di un procedimento di inferenza inversa e non sono trattati singolarmente ma “*in combination with other personal data*” (Section 2, 2.5. *Colorado House Bill 24-1058*). Ciò appare coerente con la nozione giuridica di salute, comprensiva di condizioni patologiche e non patologiche, ed espressiva di una situazione fisica e psichica del soggetto, ciò anche a prescindere da una necessaria qualificazione in termini di benessere o malessere dell'individuo. In altre parole, il fatto stesso che i dati neurali si riferiscano al funzionamento di un apparato biologico, rende gli stessi dati relativi alla salute della persona cui si riferiscono, sebbene non raccolti in contesti clinici e/o di sperimentazione medica e sebbene non indichino una condizione patologica della persona. Si pensi al caso delle emozioni o di un ricordo. Nel primo caso, il dato emozionale può certamente con maggiore immediatezza esprimere una condizione di benessere o malessere della persona. Diversamente, se ci riferisce ai dati che sono ricollegabili ad una attività cerebrale espressiva di un ricordo o di un qualsiasi altro pensiero della persona, questi potrebbero non fornire necessariamente una indicazione sulla condizione di malessere o benessere della persona. Eppure, gli stessi dati connessi al ricordo o al



pensiero della persona, possono in tale prospettiva qualificarsi come dati relativi alla salute nella misura in cui gli stessi sono espressione del funzionamento di una funzione cerebrale e dagli stessi è possibile inferire le condizioni di salute di un soggetto. Sulla base di tale assunto, sarebbe allora possibile in via interpretativa e senza richiedere ulteriori interventi legislativi, fornire adeguata tutela al trattamento dei dati neurali (unitariamente intesi da un punto di vista giuridico) facendo espressa applicazione delle norme già esistenti nell'ambito di applicazione del GDPR. Pertanto, anche i dati neurali raccolti da neurotecnologie di consumo dovrebbero essere trattati alla luce delle indicazioni contenute nell'art. 9 GDPR, ciò in quanto dati neurali relativi in ogni caso alla salute dell'utilizzatore in quanto riferibili al suo sistema nervoso; peraltro, nella nozione di dato personale relativo alla salute vi è già un espresso riferimento alla salute mentale e non solo fisica del soggetto, che agevola la riconduzione dei dati neurali a tale categoria (art. 4, n. 15 GDPR). Si potrebbe al più discutere dell'opportunità di adeguamenti nelle singole legislazioni nazionali, per indicare le misure giuridiche ed organizzative più adeguate a garantire un trattamento dei dati neurali che sia conforme a superiori interessi di tutela della persona e dei suoi diritti fondamentali.

Tuttavia, ciò non deve incidere sulle categorie giuridiche fondamentali né può spingeresti fino al punto di richiedere l'introduzione di nuovi diritti.

Il dibattito internazionale sui c.d. *neurorights*, pertanto, potrebbe riferirsi unicamente a quegli ordinamenti giuridici che non abbiamo principi e valori solidi su cui poggiare un'impalcatura di diritti fondamentali già individuati ed espressamente tutelati.

In Paesi come il Cile, piuttosto che il Colorado, l'intervento del legislatore si è reso necessario per la mancanza di riferimenti normativi adeguati e idonei a ricomprendere anche le nuove fattispecie emergenti dallo sviluppo tecnologico.

Diversamente, nell'ambito di applicazione del GDPR, la disciplina designata dal legislatore europeo – che ha infatti rappresentato il modello cui molti ordinamenti si sono ispirati per introdurre adeguate discipline in tema di trattamento dei dati personali, sebbene in un contesto di valore e principi molto differenti da quelli europei – ha già posto le basi per una tutela adeguata anche delle situazioni giuridiche connesse all'utilizzo di dispositivi tecnologici relativi alle funzioni cerebrali.

Il compito di estendere la fattispecie astratta individuata dalla norma al mutato contesto sociale non può che spettare all'operatore del diritto che, attraverso una corretta interpretazione ed applicazione delle norme già esistenti, può ritrovare nelle maglie della legislazione già in atto adeguata tutela.

ANNA ANITA MOLLO

[https://leg.colorado.gov/sites/default/files/2024a\\_1058\\_signed.pdf](https://leg.colorado.gov/sites/default/files/2024a_1058_signed.pdf)

2024/2(39)SM



### 39. Il divieto di vendita di prodotti software Kaspersky da parte del Dipartimento del Commercio degli USA

Il 20 giugno 2024 il Dipartimento del Commercio degli Stati Uniti d’America ha annunciato una determinazione finale che vieta alle società del gruppo Kaspersky di fornire prodotti o servizi negli Stati Uniti. Secondo il relativo comunicato ufficiale, questa decisione è stata presa per proteggere la sicurezza nazionale da attacchi cibernetici e dall’influenza del Governo russo sulle attività o i prodotti delle società del gruppo Kaspersky. L’indagine condotta dal Bureau of Industry and Security (**BIS**) ha rivelato che le operazioni delle società del gruppo Kaspersky negli Stati Uniti rappresentano un rischio “insostenibile” per la sicurezza nazionale.

Le principali preoccupazioni, dichiarate a giustificazione del provvedimento includono:

- giurisdizione e controllo del governo russo, in quanto il gruppo Kaspersky è soggetto alle leggi russe e deve rispondere a richieste di informazioni da parte del governo russo, il che potrebbe portare alla compromissione di dati sensibili;
- accesso a informazioni sensibili, in quanto il software Kaspersky ha accesso amministrativo ai dati dei clienti, che potrebbero essere trasferiti in Russia e utilizzati per scopi malevoli;
- capacità di installare software dannosi, in quanto le società Kaspersky potrebbero installare software dannosi o negare aggiornamenti critici, lasciando i sistemi statunitensi vulnerabili;
- integrazione con prodotti di terzi, in quanto il software di Kaspersky è integrato con prodotti di terzi, con ciò aumentando il rischio di introduzione di codici dannosi nei sistemi critici.

Coloro che utilizzano il software Kaspersky sono stati invitati ad utilizzare nuovi servizi per eludere il rischio di violazione dei dati personali. Sebbene non siano previste penalità legali per chi continua a utilizzare i prodotti di Kaspersky, tali utenti sono stati avvertiti che, nel continuare a fare ciò, si assumono tutti i rischi associati alla sicurezza informatica. Per minimizzare i disagi, la determinazione permette a Kaspersky di continuare alcune operazioni negli Stati Uniti, inclusi aggiornamenti del software, fino al 29 settembre 2024. Questo periodo di transizione dovrebbe aiutare gli utenti a trovare soluzioni alternative adeguate.

Già nel 2017, il Dipartimento della Sicurezza Nazionale aveva emesso una direttiva che richiedeva alle agenzie federali di rimuovere i prodotti Kaspersky dai sistemi informativi federali. Inoltre, il National Defense Authorization Act del 2018 aveva vietato l’uso di Kaspersky da parte del governo federale, e nel marzo 2022 la Federal Communications Commission aveva aggiunto Kaspersky alla lista delle attrezzature e dei servizi che rappresentano una minaccia per la sicurezza nazionale.

SERENA MIRABELLO

<https://www.bis.gov/press-release/commerce-department-prohibits-russian-kaspersky-software-us-customers>

2024/2(40)ST

| 782

#### 40. L'India e le *Linee guida per la prevenzione e la regolamentazione dei dark patterns* in vigore dal dicembre 2023

In India, l'Autorità centrale per la protezione dei consumatori ha emanato le *Linee guida per la prevenzione e la regolamentazione dei dark patterns* che sono in vigore da dicembre 2023.

Le Linee guida sono state elaborate dopo che il Dipartimento indiano per gli Affari dei Consumatori (DoCA), nel settembre 2023, ha pubblicato una bozza sottoposta a consultazione pubblica. Il Dipartimento ha assunto l'impegno di salvaguardare gli interessi dei consumatori e promuovere un mercato equo e trasparente, soprattutto nello spazio digitale sempre più invasivo e in espansione.

Dette Linee guida definiscono e vietano diversi tipi di *dark patterns* elencati nell'allegato I. Segnatamente, sono elencati 13 tipi di *dark pattern* nella versione definitiva del dicembre 2023 delle *Linee guida per la prevenzione e la regolamentazione dei dark patterns*, rispetto ai 10 identificati nella precedente bozza.

Il fine delle Linee guida indiane è identificare, regolamentare e monitorare le pratiche che tendono a manipolare o alterare le scelte dei consumatori.

I *dark patterns* sono definiti come qualsiasi pratica o modello di progettazione ingannevole che: utilizzi interazioni *user interface/user experience* (UI/UX) su qualsiasi piattaforma; siano progettati per fuorviare o ingannare gli utenti a fare qualcosa che originariamente non intendevano o volevano fare, sovvertendone o compromettendone il processo decisionale. Tali "*practices or deceptive design patterns*" sono considerati, dalle *Linee guida per la prevenzione e la regolamentazione dei dark patterns*, equivalenti alla pubblicità ingannevole o alla pratica commerciale sleale o alla violazione dei diritti dei consumatori.

Dette Linee guida si applicano a: "(i) *All platforms, systematically offering goods or services in India; (ii) Advertisers; (iii) Sellers. I dark patterns sono vietati e "No person, including any platform, shall engage in any dark pattern"*.

I 13 modelli di *dark patterns* che sono stati ufficialmente banditi in India dai siti di e-commerce sono:

(1) "**False Urgency**" che si sostanzia nell'affermare o sottintendere falsamente il senso di urgenza o di scarsità di un prodotto o di un servizio in modo da indurre un utente a effettuare un acquisto immediato o a intraprendere un'azione immediata che possa portare a un acquisto. Esemplicative sono le pratiche che si sostanziano nel mostrare una falsa popolarità di un prodotto o servizio per manipolare la decisione dell'utente oppure affermare che le quantità di un particolare prodotto o servizio sono



più limitate di quanto non siano in realtà. Le Linee guida indiane forniscono anche esemplificazioni pratiche e, tra queste, con riferimento alla “*False Urgency*” si specifica che la stessa può essere integrata dalla presentazione di dati falsi relativamente alla domanda elevata del prodotto o servizio in modo da creare falsamente una pressione temporale per l’acquisto. Si pensi a quando si legge che “sono rimaste solo 2 camere e 30 altre persone stanno guardando lo stesso annuncio, oppure ai casi in cui si descrive una vendita come “esclusiva” per un periodo di tempo limitato solo per un gruppo selezionato di utenti.

(2) Sono vietate dalle Linee guida anche le pratiche di “*Basket sneaking*”, inteso come l’inclusione di elementi aggiuntivi quali prodotti, servizi, pagamenti in beneficenza o donazione al momento del *checkout* da una piattaforma, senza il consenso dell’utente, in modo tale che l’importo totale pagabile dall’utente sia superiore all’importo pagabile per il prodotto o il servizio scelto dall’utente. Anche in questi casi gli esempi non sono pochi e ricorrono con frequenza nel quotidiano. Si pensi all’aggiunta automatica al carrello di servizi accessori a pagamento, con una casella preselezionata o in altro modo, quando un consumatore acquista un prodotto o un servizio; all’ipotesi nella quale un utente acquista un singolo servizio di parrucchiere, ma durante il *check-out* viene aggiunto automaticamente un abbonamento al servizio di parrucchiere; all’aggiunta automatica di un’assicurazione di viaggio mentre un utente acquista un biglietto aereo.

(3) Un ulteriore possibile modello di *dark patterns* consiste nella pratica di cd. “*Confirm shaming*” ossia nell’utilizzare una frase, un video, un audio o qualsiasi altro mezzo per creare un senso di paura o di vergogna o di ridicolo o di colpa nella mente dell’utente, in modo da spingerlo ad agire in un determinato modo e da indurre l’utente all’acquisto di un prodotto o di un servizio dalla piattaforma o alla prosecuzione di un abbonamento a un servizio, principalmente allo scopo di ottenere guadagni commerciali. Gli esempi sono: l’utilizzo, da parte di una piattaforma per la prenotazione di biglietti aerei, della frase “rimarrò senza assicurazione”, quando un utente non include l’assicurazione nel suo carrello, oppure la frase “la beneficenza è per i ricchi, non mi interessa”, qualora un utente preferisca rinunciare a contribuire alla beneficenza.

(4) La quarta pratica vietata dell’elenco è quella della “*Forced action*”, intesa come la costrizione dell’utente a compiere acquisti ulteriori o aggiungere servizi o condividere informazioni personali al fine di acquistare o sottoscrivere un abbonamento. Sono esemplificative di questo modello di *dark patterns* il proibire all’utente di continuare a utilizzare il prodotto o servizio per il corrispettivo originariamente pagato e contrattato, a meno che non effettui un *upgrade* per una tariffa o un canone più elevati; costringere un utente a iscriversi a una *newsletter* per poter acquistare un prodotto; imporre ad un utente di scaricare un’applicazione separata, non prevista o non correlata, per accedere a un servizio originariamente pubblicizzato su un’altra applicazione. Si legge espressamente nelle Linee guida indiane per la prevenzione e la regolamentazione dei *dark patterns* che un esempio può essere quando «a user downloads app, X, meant for listing houses for renting. Once the user downloads X, they are forced to download another

app, Y, for hiring a painter. Without downloading Y, the user is unable to access any services on X». Ulteriori esemplificazioni di “*Forced action*” si hanno quando si pone in essere una condotta tesa a costringere un utente a condividere informazioni personali legate alla carta di credito, anche quando tali dati non sono necessari per l’acquisto oppure a costringere un utente a condividere i dettagli dei suoi contatti o dei suoi *social network* al fine di accedere a prodotti o servizi acquistati o destinati all’acquisto da parte dell’utente, oppure nel rendere difficile per i consumatori la comprensione e la modifica delle loro impostazioni sulla *privacy*, incoraggiandoli così a fornire più informazioni personali di quanto intendano.

(5) Ulteriore modello di *dark patterns* è la “**Subscription trap**”. Con questa espressione si intende il processo di rendere impossibile o complessa e lunga la cancellazione di un abbonamento a pagamento; di nascondere l’opzione di cancellazione di un abbonamento oppure la pratica di costringere un utente a fornire i dati di pagamento o l’autorizzazione all’addebito automatico per usufruire di un abbonamento gratuito oppure di rendere le istruzioni relative alla cancellazione dell’abbonamento ambigue, latenti, confuse, macchinose

(6) Pratica vietata è anche quella che consiste nel “**Interface interference**”, espressione con la quale si intende un elemento di *design* che manipola l’interfaccia utente in modo tale da evidenziare alcune informazioni specifiche e oscurare altre informazioni rilevanti per sviare l’utente.

(7) Ugualmente vietata dalle Linee guida indiane, in quanto integra un modello di *dark patterns*, è la pratica di “**Bait and switch**”, che consiste in una strategia di *marketing* che si basa sull’attirare i consumatori pubblicizzando un particolare risultato, per poi offrire, in modo ingannevole, un risultato alternativo. Per esempio, si pubblicizza il proprio prodotto a un prezzo molto conveniente e allettante che attira clienti (*bait*). Poi, però, al posto del prodotto che il cliente cerca, si prova a vendergli qualcosa che è più costoso o di valore inferiore rispetto a quello inizialmente pubblicizzato (*switch*). Un altro caso di “*Bait and switch*” è quello che si verifica quando un prodotto non è disponibile, ma viene falsamente mostrato come disponibile per invogliare il consumatore a spostarlo nel carrello. Una volta che il consumatore lo sposta nel carrello, si scopre che il prodotto è “esaurito” e al suo posto viene proposto un prodotto di prezzo superiore.

(8) Incide sulle capacità decisionali del consumatore anche il “**Drip pricing**” che è una tecnica pubblicitaria che si caratterizza per la pratica di pubblicizzare solo una parte del prezzo di un prodotto e rivelare altri addebiti in un secondo momento mentre il cliente segue il processo di acquisto. Nello specifico, in India, in base alle *Linee guida per la prevenzione e la regolamentazione dei dark patterns* si verifica una pratica di “*drip pricing*” quando «(i) elements of prices are not revealed upfront or are revealed surreptitiously within the user experience; or (ii) revealing the price post-confirmation of purchase, i.e. charging an amount higher than the amount disclosed at the time of checkout; or (iii) a product or service is advertised as free without appropriate disclosure of the fact that the

continuation of use requires in-app purchase; or (iv) a user is prevented from availing a service which is already paid for unless something additional is purchased». È esclusa la responsabilità di ogni “*marketplace e-commerce entity*” quando le fluttuazioni di prezzo sono attribuibili a terzi o dovute ad altri fattori fuori dal proprio controllo. Si una pratica di “*Drip pricing*” quando il consumatore sta prenotando un volo e la piattaforma *online* presenta un certo prezzo nella pagina di *check-out* ma, al momento del pagamento, addebita al consumatore un prezzo superiore, oppure un consumatore ha scaricato un’applicazione mobile per giocare gratis, tuttavia, dopo 7 giorni, l’applicazione richiede un pagamento per continuare a giocare e il fatto che la versione gratuita del gioco è disponibile solo per un periodo di tempo limitato non è stato comunicato al consumatore al momento del *download*.

(9) Tra i modelli di *dark patterns* si colloca anche la “**Disguised advertisement**” che consiste nel generare confusione tra gli utenti sul confine tra contenuto reale e pubblicità, facendo passare gli annunci pubblicitari come altri tipi di contenuti, quali contenuti generati dagli utenti o nuovi articoli o elementi dell’interfaccia *online* a cui gli utenti potrebbero essere interessati, aumentando così le probabilità che gli utenti facciano clic su di essi. Nello specifico dell’ordinamento indiano, la “*Disguised advertisement*” comprende anche la pubblicità ingannevole come definita dalle [Linee guida del 2022](#): “*Guidelines for Prevention of Misleading Advertisements and Endorsements for Misleading Advertisements*”.

(10) Rientra tra i *dark pattern* anche il “**Nagging**” che consiste in una pratica per mezzo della quale un utente è disturbato e infastidito da interazioni ripetute e persistenti, sotto forma di richieste, informazioni, opzioni o interruzioni. Si pensi ai siti *web* che chiedono in continuazione all’utente di scaricare la loro applicazione oppure alle piattaforme che chiedono all’utente di fornire il proprio numero di telefono o altri dati personali per presunti scopi di sicurezza o alla richiesta costante di attivare o accettare notifiche o *cookie* senza possibilità di rifiutare.

(11) Ugualmente vietata è la pratica cd. di “**Trick Question**” ossia quella che si sostanzia in porre domande a trabocchetto per mezzo dell’uso deliberato di un linguaggio confuso o vago, doppie negazioni o altri trucchi simili, al fine di fuorviare o indirizzare l’utente verso una risposta o un’azione specifica. Un esempio ricorrente è quello relativo ai casi in cui alla risposta: “desidera rinunciare a ricevere aggiornamenti sulla nostra collezione e sugli sconti per sempre?” si dà la possibilità di scegliere la risposta utilizzando frasi come “sì, desidero ricevere gli aggiornamenti” e “non ora”, invece dell’opzione “sì”, così da indurre l’utente ad effettuare una scelta diversa da quella che voleva veramente.

(12) “**SaaS (Software as a Service) billing**” è una pratica che consiste nella *fatturazione per il rinnovo automatico silenzioso degli abbonamenti senza preavviso*. Si tratta, per esempio, di sfruttare cicli di abbonamenti ricorrenti per ottenere denaro dagli utenti nel modo più surrettizio possibile, perché non viene data alcuna notifica all’utente quando la prova gratuita viene convertita in pagamento; sono effettuate transazioni ricorrenti

silenziose con addebiti che non sono notificati agli utenti; si addebitano ai clienti funzioni e servizi che non utilizzano.

(13) Infine, per “*Rogue Malwares*” si intendono programmi ingannevoli che inducono gli utenti a pagare per falsi strumenti di rimozione dei *virus* e che, invece, installano un programma/codice dannoso che mette a rischio un sistema. Per esempio quando un sito *web/app* pirata promette al consumatore di fornire contenuti gratuiti (audio o audiovisivi o altri), ma in realtà conduce a un “*malware*” quando si accede al *link*; quando i consumatori accedono al contenuto su piattaforme pirata, ma continuano a ricevere *pop-up* con pubblicità che contengono “*malware*”; quando i consumatori sono invitati a cliccare su una pubblicità o sono automaticamente reindirizzati a una pubblicità, ma invece trovano i loro file personali bloccati, seguiti dalla richiesta di effettuare un pagamento per riottenere l’accesso.

L’India con l’emanazione delle Linee guida commentate ha dimostrato consapevolezza dell’urgenza di una valutazione approfondita dei *dark pattern* sotto il profilo giuridico.

Sebbene il Governo Indiano sia stato elogiato per l’intervento diretto a contrastare i *dark pattern*, non sono mancate critiche legate ad alcune incongruenze redazionali sul carattere indicativo, o meno, dell’elenco dell’allegato I delle Linee guida e al carattere troppo rigido della definizione di ogni *dark pattern*, dato che con la rapida evoluzione della tecnologia, è probabile che emergano nuove forme di *dark pattern* che rischiano di rimanere fuori dall’architettura disegnata.

SARA TOMMASI

<https://consumeraffairs.nic.in/sites/default/files/The%20Guidelines%20for%20Prevention%20and%20Regulation%20of%20Dark%20Patterns%2C%202023.pdf>





