JUS CIVILE

Rivista a cura di **Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi**

1-2022

gennaio-febbraio

G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.

Soltanto in casi eccezionali, i Curatori assumono, con adeguata motivazione, la responsabilità della pubblicazione.

JUS CIVILE

INDICE

pag.

Articoli e Saggi

La rinuncia alla proprietà immobiliare è abuso del diritto? *
di *Enrico Damiani* 4

Le assicurazioni contro i danni alla persona, tra principio indennitario e funzione previdenziale *
di *Paoloefisio Corrias* 16

Identità digitale e diritto all'oblio *
di *Tommaso Bonamini* 23

Durata della responsabilità del venditore, prescrizione dei diritti del compratore e onere della prova nella nuova disciplina italiana della vendita di beni ai consumatori (d.lgs. n. 170/2021) *
di *Mirko Faccioli* 39

La sentenza del *Landgericht Berlin* di inammissibilità degli interessi negativi ed i presupposti per la produzione degli interessi sui debiti pecuniari **
di *Bruno Inzitari* 61

Il trattamento dei dati genetici tra libera circolazione e tutela della persona *
di *Francesca Mollo* 70

La responsabilità medica tra rigorismo probatorio e meccanismi presuntivi *
di *Pietro Librici* 96

* Contributo sottoposto a revisione.

** I curatori, valutata la rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.

JUS CIVILE

pag.

Inadempimento incolpevole e sistemi rimediali al tempo dell'emergenza *
di *Antonio Di Fede* 109

I limiti all'integrazione, da parte di terzi, delle disposizioni anticipate di trattamento *
di *Andrea Arfani* 121

Osservazioni sulla costruzione di un regime europeo di responsabilità civile per l'Intelligenza artificiale *
di *Davide Maria Locatello* 130

L'assicurazione *Long Term Care* ed il *genus* delle assicurazioni della salute nel mercato italiano *
di *Federica Pes* 154

Beni con elementi digitali e aggiornamenti nella novellata disciplina dei contratti di vendita b2c *
di *Gabriele Perfetti* 177

Rule of law between fair trial and European rights *
di *Rocco Neri* 199

Giurisprudenza

Divisione ereditaria con conguaglio e comunione legale: gli equivoci di Cass., 24 maggio 2021, n. 14105 *
di *Gianfranco Orlando* 209

Sull'ammissibilità dell'atto dispositivo immobiliare generico. Riflessioni a margine della sentenza Cass., 26 maggio 2021, n. 14585 *
di *Francesca Ferretti* 219

Giurisprudenza europea

L'attuazione dell'equilibrio contrattuale in ambito consumeristico *
di *Floriana Pirozzi* 238

ENRICO DAMIANI

Professore ordinario – Università degli Studi di Macerata

LA RINUNCIA ALLA PROPRIETÀ IMMOBILIARE È ABUSO DEL DIRITTO?

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Cenni sul negozio di rinuncia. – 3. La causa del negozio di rinuncia. – 4. Segue: la meritevolezza degli interessi sottesi alla rinuncia al diritto di proprietà.*

1. – L'ordinamento riconosce al proprietario il diritto di disporre e di godere del bene, mediante l'esercizio di una pluralità di poteri e facoltà che rappresentano il contenuto del suo diritto, tuttavia, in alcuni casi, il concreto esercizio di alcune facoltà di godimento inerenti al diritto di proprietà può essere considerato antigiuridico (perché nocivo, antisociale, odioso, ecc.).

Anche il mancato o negligente uso del diritto di proprietà su un edificio, consistito nel mancato esercizio della facoltà di farlo valere in giudizio per rimuovere una situazione dannosa, non solo per chi ha omesso di agire, ma anche per i terzi da tale omissione danneggiati, è stato ritenuto un "uso anormale" del diritto stesso, fonte di responsabilità nei confronti dei terzi [1] sulla base della constatazione, tipica per i ragionamenti che all'epoca i giuristi erano soliti fare, che l'art. 833 cod. civ. in materia di divieto degli atti emulativi potesse rappresentare un principio generale suscettibile di applicazione analogica.

Nella fattispecie decisa dalla Seconda Sezione Civile della S.C. il 15 novembre 1960, n. 3040, fu statuito che "il mancato e negligente uso della facoltà di agire in difesa del diritto soggettivo per rimuovere una situazione dannosa non solo al titolare del diritto medesimo, ma anche a terzi, costituisce uso anormale del diritto soggettivo, se il non uso si risolve nell'inosservanza doloso o colposa di specifiche norme di condotta poste a tutela di diritti altrui".

Si trattava in particolare del caso di un acquirente di alloggio, realizzato dall'Istituto Autonomo Case Popolari di Messina, che aveva citato in giudizio detto Istituto quale proprietario dei residui appartamenti facenti parte del condominio, il quale, dopo che alcuni sfollati avevano occupato *sine titulo* appartamenti sfitti facenti parte del fabbricato, non solo non si era attivato per liberare i locali, così consentendo ad una popolazione in sovrannumero di abitare negli stessi con ovvi disagi per la parte attrice, ma aveva addirittura costruito un ulteriore bagno e una fontana nelle parti comuni dell'edificio, al fine di ovviare in parte alle condizioni di disagio che si erano venute a creare.

L'annotatore della sentenza aveva stigmatizzato l'evidente errore in cui, a suo dire, era pervenuta la

[1] Così, Cass. 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it*., 1961, I, 256 ss. con nota critica di A. SCIALOJA, *Il "non uso" è "abuso" del diritto soggettivo?*

S.C. quando aveva qualificato come "abuso" o "uso anormale" il non uso di un diritto soggettivo, in quanto l'abuso è un uso eccessivo e smodato del diritto, mentre il non uso sarebbe esattamente il contrario [2].

Oggi, almeno secondo l'autorevole insegnamento di una parte della dottrina, si è soliti guardare anche al diritto di proprietà e non solo ai diritti reali di godimento su cosa altrui, in una prospettiva relazionale [3], per cui una pluralità di situazioni giuridiche soggettive sono tra loro in rapporto, e ciascuna è portatrice di una pluralità di interessi che debbono necessariamente coesistere.

La necessità del superamento della visione arcaica del diritto di proprietà quale "*ius utendi et abutendi* [4]" è resa vieppiù attuale a seguito dell'entrata in vigore della nostra Costituzione, che con l'art. 42 riserva alla legge la determinazione dei modi di acquisto [5], di godimento e dei limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

Sembra opportuno in questa sede evidenziare l'importanza dei principi costituzionali, perché una volta superata l'opinione più antica che negava una diretta efficacia precettiva delle norme costituzionali, si è pervenuti da un lato alla proposta di interpretazione costituzionalmente orientata delle norme ordinarie, e dall'altro addirittura alla proposta di applicazione congiunta delle norme ordinarie e dei precetti costituzionali con la tecnica del c.d. combinato disposto, di guisa che sia possibile tentare una ricostruzione equilibrata delle problematiche che in questi ultimi anni hanno interessato dottrina e giurisprudenza con esiti a volte tra loro inconciliabili.

2. – Non è mia intenzione approfondire il tema generale della ammissibilità della rinuncia abdicativa ad un diritto di proprietà, in quanto sicuramente essa è possibile nei casi previsti dalla legge [6]: l'art. 882 cod. civ.

---

[2] Ritiene che l'idea stessa di abuso del diritto sia assurda e contraddittoria: se del diritto soggettivo si è titolari in quanto esso è attribuito dallo *jus positum*, allora vi può solo essere uso e non abuso; nel caso contrario e quindi in assenza del diritto non di abuso si dovrebbe discutere ma di agire senza diritto od anche di usurpazione di un diritto M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, nota a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 147 ss.

[3] P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà***,** Edizioni Scientifiche Italiane, 1971, 91 ss.

[4] V. M. BELLINVIA, *La rinunzia alla proprietà e ai diritti reali di godimento*, in *Studi* CNN, *Consiglio Nazionale del Notariato, studio n. 216-2014/C*, approvato dall'area scientifica – studi civilistici, 24 marzo 2014, 25: "La rinunziabilità, in definitiva, costituisce un predicato del diritto reale, costituendo forse una delle residue facoltà di quello *ius utendi ed abutendi* che nel tempo è stato via via eroso, sia pure legittimamente, dal sopravvenire di rilevanti esigenze collettive e dal perseguimento di una funzione sociale della proprietà".

[5] Sul principio di tipicità dei modi di trasferimento della proprietà mi sia consentito il rinvio a E. DAMIANI, *Il principio di tipicità dei negozi unilaterali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 30 ss. In giurisprudenza hanno negato che la produzione di effetti traslativi possa discendere da un negozio unilaterale: Cass. 30 gennaio 2007, n. 1967, in *Riv. not.*, 2008, 399 ss. con riguardo alla costituzione di usufrutto e più di recente, con riferimento alla costituzione di servitù prediali, Cass. 12 febbraio 2021, n. 3684, in *Guida dir.*, 2021, 15, la quale ha stabilito che per conservare una costruzione a distanza inferiore rispetto a quella prescritta dalla legge, non è sufficiente una mera autorizzazione unilaterale del proprietario del fondo vicino, che acconsenta alla corrispondente servitù, dato che, in materia di diritti reali, non risulta idoneo un atto che abbia semplice natura ricognitiva, mentre è necessario un vero e proprio contratto, che dia luogo – per l'appunto – alla costituzione di una servitù prediale, ai sensi dell'art. 1058 cod. civ.

[6] La dottrina ha rivolto una particolare attenzione all'atto di rinuncia. Con diverse posizioni al riguardo cfr.: R. QUADRI, *La rinunzia al diritto reale immobiliare: spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, il quale sembra orientato ad ammettere in linea generale la rinuncia ai diritti reali previa verifica della compatibilità della causa in concreto dell'atto tenuto conto anche degli interessi dei terzi; R. FRANCO, *La rinunzia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019; A. DE MAURO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018; C. BONA, *L'abbandono mero degli immobili*, Editoriale Scientifica, 2017; U. LA PORTA, *La rinuncia alla proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 484 ss.; G. SICCHIERO, *Rinuncia*, aggiornamento in *Dig. dis. priv., sez. civ.,* IV ed., Giappichelli, 2014, 606 ss.; V. BRIZZOLARI, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 187 ss.; F. MEGLIO, *Note in tema di ri-*

consente al comproprietario di un muro comune di rinunciare al suo diritto al fine di esimersi dall'obbligo di contribuire alle spese di ricostruzione e riparazione, purché esse non si siano rese necessarie a causa del fatto proprio del rinunziante; l'art. 550 cod. civ. consente al legittimario, al quale il testatore abbia lasciato la nuda proprietà della disponibile attribuendo a terzi l'usufrutto, di abbandonare la nuda proprietà della disponibile (c.d. cautela sociniana); l'art. 1104 cod. civ. [7] consente a ciascun partecipante alla comunione di rinunciare al proprio diritto di comproprietà al fine di sottrarsi alle spese necessarie per la conservazione e il godimento della cosa comune, ed infine l'art. 1070 cod. civ. consente al proprietario del fondo servente di liberarsi delle spese necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, rinunziando alla proprietà del fondo stesso a favore del proprietario del fondo dominante.

Al di là delle ipotesi tipiche, la dottrina è in larga parte orientata ad ammettere anche fattispecie atipiche [8] di rinuncia abdicativa [9] per lo più ritenendo che si tratti di un negozio giuridico [10] unilaterale non recettizio con il quale un soggetto dismette una situazione giuridica soggettiva di cui è titolare senza che essa venga trasferita direttamente ad un soggetto terzo [11]. Gli ulteriori effetti che possono incidere sui terzi, secondo tale orientamento dottrinale, sarebbero effetti automatici ed ulteriori, operanti *ex lege*.

Va notato però che di recente la riforma sul condominio ha portato il legislatore a modificare il secondo comma dell'art. 1118 cod. civ., statuendo che "il condomino non può rinunciare al suo diritto sulle parti comuni". In tal caso, dunque, non viene data per presupposta la validità della rinuncia, costituendo la stessa un'eccezione non alla generale facoltà di rinuncia, bensì all'ipotesi più stringente del primo comma dell'art. 1104 cod. civ., che espressamente ammette la rinuncia della quota di comproprietà, ipotesi ben diversa dalla generale rinuncia, poiché in tal caso "il bene immobile non rimane acefalo, continuando ad identificarsi con uno o più soggetti responsabili della custodia e delle obbligazioni di vario tipo connesse alla proprietà di quel bene [12]".

---

nunzia alla proprietà, tra categorie dogmatiche e istanze pratiche, in *Jus civ*., 2019, 630 ss.; G. ORLANDO, *Rinuncia opportunistica alla proprietà immobiliare e abbandono immobiliare*, in *Dir. econ.*, 2021, 233 ss.

[7] È stato notato da parte della dottrina e della giurisprudenza che l'art. 1104 cod. civ. presenta certamente un profilo di specialità, ma che questo è generalmente circoscritto all'effetto liberatorio dalle obbligazioni già sorte in virtù del dovere di conservazione e non sembra estendersi, dunque, a tale dovere genericamente inteso che trova invece nell'elasticità del diritto di proprietà la sua ragione. A tal proposito, in dottrina: L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni* propter rem, Giuffrè, 1984, 139; C. BONA, *L'abbandono,* cit., 87. In giurisprudenza, v.: Avvocatura Generale dello Stato, 14 marzo 2018, n. 137950, in *Foro Padano*, 2018, 321 ss., con osservazioni in merito di A. CACCHETTO, *La rinuncia alla proprietà dell'immobile tra nuovi limiti e prospettive future*.

[8] *Contra* C. BONA, *L'abbandono,* cit., 83: "i referenti normativi dell'abbandono (artt. 827, 923, 1350 n. 5 cod. civ.) attraggono il negozio unilaterale di rinuncia nell'area della tipicità". Anche S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Giuffrè, 1945, 41 fa spesso riferimento ad uno schema tipico del negozio di rinuncia.

[9] F. MACIOCE, *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 923.

[10] Sull'idea che la rinuncia sia un negozio giuridico, v.: S. PUGLIATTI, *I fatti*, cit., 40; L. MENGONI, F. REALMONTE, *Disposizione (atto di),* in *Enc. dir.,* XIII, Giuffrè, 1964, 191. Critica sul punto e sull'inquadramento negoziale della rinuncia alla proprietà: L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, 48 ss. dove conclude per la qualificazione della rinuncia alla stregua di un atto giuridico in senso stretto. Parimenti, in giurisprudenza, si noti la recente sentenza del Trib. Perugia 30 aprile 2021, n. 704 in *wwww.giustizia.umbria.it*, dove si legge che la rinuncia si avvicina "ad un atto giuridico puro piuttosto che ad un negozio".

[11] D. RIVA, *Rinuncia abdicativa al diritto di proprietà*, in *www.federnotizie.it*, 2018, 2.

[12] A tal proposito, in giurisprudenza cfr. TAR Piemonte 28 marzo 2018, n. 368, in *Nuova giur. civ. comm,* 2018, 1547, con nota di con nota di L.A. CALOIARO, *La rinuncia alla proprietà immobiliare tra principio di tipicità e funzione sociale*. In tale pronuncia si legge di una rinuncia vietata poiché in grado di lasciare la proprietà immobiliare "acefala". La conclusione appare coerente con un'interpretazione restrittiva dell'art. 827 cod. civ., ma la dottrina nota che è invece proprio l'art. 827 cod. civ., nella sua tradizionale interpretazione, a permettere all'immobile vacante di non restare acefalo e dunque trovare qualcuno che se ne prenda cura. (R. QUADRI, *La rinunzia*, cit., 44). Ancora, B. BRIZZOLARI, *Brevi note a margine di un recente (ed emblematico) caso di rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2021, 633: "l'art. 827 cod. civ. indica la scelta del legislatore di farsi carico della pro-

Ciò significa che vi possono essere diritti irrinunziabili in forza della particolare funzione che il bene deve svolgere in rapporto ad una pluralità di individui. Ed è proprio con riguardo alla funzione dell'atto, e quindi analizzando la giustificazione causale della rinuncia, che la nostra attenzione deve soffermarsi per vagliarne l'ammissibilità [13].

3. – Si ritiene che la rinuncia, in quanto atto meramente dismissivo che non realizza di per sé attribuzioni patrimoniali a soggetti terzi [14], debba comunque essere un negozio causale [15]. In particolare, si è sostenuto [16] che la rinuncia abdicativa dovrebbe perseguire, oltre che l'effetto di mera rinunzia della situazione giuridica, anche interessi meritevoli di tutela, essendo altrimenti il negozio, nel caso opposto, radicalmente nullo.

Un diverso orientamento [17] ritiene invece che nell'atto in esame la causa, intesa come sintesi essenziale degli effetti, consisterebbe solamente nella mera dismissione del diritto, con la conseguenza che il negozio sarebbe un "nudo patto", astratto, sempre meritevole di tutela. Corollario di questa tesi sarebbe l'assenza di qualsiasi controllo sulle modalità di esercizio dell'autonomia privata. Secondo tale ricostruzione, quindi, non ci sarebbe necessità di accertare nella rinuncia l'esistenza di una funzione, stante l'assenza di un rapporto di relazione tra due diversi soggetti [18].

Alla luce dell'autorevole orientamento che guarda al diritto di proprietà in un'ottica relazionale anche alla luce della funzione sociale che esso dovrebbe realizzare, sembra opportuno in questa sede tener conto di alcuni

---

prietà *nullius,* indipendentemente dalle condizioni o dal valore della *res.* È vero che nessuno può divenire proprietario di un bene contro il suo consenso, ma lo Stato, se di consenso può discorrersi, l'ha espresso nel momento in cui ha posto l'art. 827 cod. civ."

[13] Negli Stati Uniti non si fa ricorso alla rinuncia al diritto di proprietà ma all'abbandono immobiliare. V.C.L. ESON, *Housing abandonment. The problem and a proposed solution*, in *Real Property, Probate and Trust Journal*, 1971, 382 ss. A tal proposito, T. PELLEGRINI, *Proprietà privata e Stato nel dibattito sulla rinuncia alla proprietà del bene immobile*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2021, 255 ss. accenna al paradosso americano, ai sensi del quale un ordine giuridico, quale quello americano, storicamente meno sociale e più attento alle prerogative proprietarie del nostro sembra superarci in limiti proprietari e socializzazione della proprietà con esclusivo e apparentemente inspiegabile riferimento alla negata possibilità di liberarsi degli immobili indesiderati. L'Autore spiega, però, che un tale paradossale quadro diventa coerente se il fondamento di un tale divieto non viene rinvenuto nell'organizzazione della proprietà, quanto piuttosto in quella dello Stato.

[14] Evidenzia come la "rinunzia, come negozio essenzialmente abdicativo, non ha in nessun caso altra conseguenza che l'estinzione del rapporto, per uscita dal medesimo del soggetto attivo" F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, 218; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, 292. Secondo L. BOZZI, *La negozialità*, cit., 49 ss., la rinunzia costituirebbe un atto di autonomia debole, riconducibile all'ambito dell'atto giuridico in senso stretto piuttosto che del negozio giuridico: in essa la volontà del soggetto sarebbe posta esclusivamente sull'atto e sul suo effetto primario costituito dalla dismissione del diritto, non invece sugli effetti ulteriori (consolidazione, accrescimento, o acquisto) che sono disposti direttamente dalla legge.

[15] B. TROISI, *Negozio giuridico, negozio astratto*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Zanichelli, 1990; E. BETTI, *Astrazione (Negozio astratto)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Giappichelli, 1968, 1469 ss.

[16] F. MACIOCE, *Rinuncia,* cit., 923 ss.

[17] G. SICCHIERO, *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv.*, IX, Giappichelli, 2014, 661 ss.; M. BELLINVIA, *La rinunzia*, cit., 27.

[18] Si pensi, a tal riguardo, a quell'autorevole dottrina che grazie all'art. 827 cod. civ. non solo risolveva "in senso affermativo la questione della possibilità di abbandono della proprietà immobiliare", ma si interrogava anche sulla possibilità di acquisizione di un immobile *per occupazione*. Per dare soluzione ad un tale ampio dibattito intervenne, alla fine, il legislatore del 1942 che escluse che vi siano beni immobili senza proprietario: tale affermazione, chiaramente, sancì il divieto di acquisizione dei beni immobili per occupazione. Per una lucida ricostruzione della vicenda, cfr.: V. BRIZZOLARI, *La rinuncia alla proprietà immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 193 ss.; L. BARASSI, *La proprietà nel nuovo Codice civile*, Giuffrè, 1941, 396 ss. Ancora, T. PELLEGRINI, *Proprietà,* cit., 253 ss. nel sostenere che già la collocazione dell'art. 827 cod. civ. nel titolo dedicato ai beni e non nella parte dedicata all'acquisto dell'occupazione fa già di per sé sospettare, propone una ricostruzione storico-politica dei precedenti dell'art. 827 cod. civ., della nascita della norma finale, dell'intervento del legislatore e, infine, dell'idea che lo Stato esprime nel merito.

spunti che si possono trarre dal parere redatto dall'Avvocatura Generale dello Stato all'Agenzia del Demanio, pur con le sue luci ed ombre, e da alcune recenti decisioni, specialmente di giudici amministrativi [19].

4. – Di recente, l'Avvocatura Generale dello Stato ha reso un interessante parere di massima in cui affronta il tema della rinunciabilità al diritto di proprietà immobiliare (il parere in questione è il n. 37243/17, sez. III, Avv. G. Palatiello) [20].

Con detto parere, rivolto all'Avvocatura Distrettuale di Genova, l'Avvocatura Generale ha affermato che fra le varie facoltà del proprietario, vi è anche quella di rinunciare al diritto dominicale, con l'effetto di provocare l'acquisto automatico (non rifiutabile) ed a titolo originario del bene rinunciato (spesso terreni con evidenti problemi di dissesto geologico e rischio di frane [21], abitazioni pericolanti ed inabitabili prive di alcun valore economico…) allo Stato ai sensi dell'art. 827 [22] cod. civ., con conseguente accollo all'Erario (con conseguenti profili di responsabilità civile *ex* artt. 2043, 2051 e 2053 cod. civ. e penale *ex* art. 449 cod. pen.) di tutti i costi necessari per le opere di consolidamento, demolizione, manutenzione ecc. relativi ai beni stessi. Il tutto, peraltro, senza una previa autorizzazione o quantomeno comunicazione allo Stato.

---

[19] Sul fronte giurisprudenziale il problema della facoltà della rinuncia alla proprietà del bene immobile è stato dapprima individuato da parte delle sentenze dei tribunali amministrativi, per poi essere ripreso da alcuni giudici civili. Per quanto concerne i primi, v.: TAR Puglia 17 settembre 2009, n. 2081, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Piemonte 28 marzo 2018, n. 368, cit., 1551. La differenza tra il ragionamento dei tribunali amministrativi e di quelli civili è che mentre i primi ragionano sulla facoltà di rinunciare alla proprietà dell'immobile per via di un risvolto della occupazione usurpativa, i tribunali civili si interrogano, invece, sulla validità di una rinuncia foriera di eventuale depauperamento per lo Stato che si trova ad essere proprietario dell'immobile rinunciato secondo quanto previsto dall'art. 827 cod. civ. La stessa tesi dell'invalidità, infatti, nasce proprio nella giurisprudenza amministrativa, in termini di impossessamento pubblico del bene privato senza una dichiarazione di pubblica utilità valida ed efficace.

[20] In *Foro Pad*., 2018, 288 ss. Con nota di A. CECCHETTO, *La rinuncia alla proprietà dell'immobile tra nuovi limiti e prospettive future,* dove è richiamata anche la sentenza del TAR Piemonte 28 marzo 2018, n. 367, cit., secondo la quale "il fatto che la rinunzia ai diritti reali è espressamente ammessa dal Codice civile solo con riferimento a taluni diritti reali ed alla quota di comproprietà indivisa, non consente di presumente che la rinuncia abdicativa ai diritti reali costituisca un istituto generale. Il mantenimento in buono stato di un bene immobile costituisce non solo esplicazione delle facoltà inerenti alla proprietà, ma anche un dovere".

[21] Il territorio ligure è, per esempio, considerato notoriamente ad alto rischio di dissesto idrogeologico a causa della presenza di versanti scoscesi, di fiumi sotterranei e di montagne che, perimetrando l'umidità marina, favoriscono un'abbondante piovosità. Nella giurisprudenza locale è, infatti, molto comune imbattersi in fattispecie di "danno da frana": *ex multis*, v. App. Genova 22 agosto 2019, n. 1206, in *Banca Dati "pluris".* Si noti ancora come, alla fine, la pluralità di dati circa il disagio causato dalle caratteristiche del terreno ligure ha suscitato l'espressione dell'Avvocatura Generale dello Stato, sollecitata dal suo ufficio di Genova, preoccupato da alcuni casi di rinuncia di immobili "con evidenti problemi di dissesto geologico, con conseguente accollo in capo all'Erario di tutti i costi necessari per le opere di consolidamento, demolizione, ecc., relativa ai beni stessi". A tal proposito, cfr. Avvocatura Generale dello Stato 14 marzo 2018, n. 137950, cit., 323; T. PELLEGRINI, *Proprietà,* cit., 239 ss. dove viene ricostruito lucidamente il parere dell'Avvocatura circa il caso ligure.

[22] Come vedremo successivamente l'art. 827 cod. civ. ha natura di mera norma di chiusura: a differenza del cod. civ. del 1865 che non contemplava alcuna disposizione in materia di beni immobili che non fossero di proprietà di alcuno, e per i quali si riteneva possibile l'acquisto da parte di chiunque mediante occupazione, il legislatore del 1942 ha inteso prevedere espressamente una regola finale così come ha disposto con riguardo alla successione legittima dello Stato in assenza di successibili *ex lege* all'art. 586 cod. civ. Circa l'interpretazione dell'art. 827 cod. civ. si rimanda anche alla tesi di F. Santoro-Passarelli che vede nella norma stessa la "giustificazione tecnica" di una ipotetica prescrittibilità del diritto di proprietà, comunque a suo dire impedita dalla scelta ordinamentale di rendere imprescrittibile l'azione di rivendicazione. La ragione tecnica, comunque, consiste nel "permettere alla prescrizione di adempiere alla sua funzione di rendere conforme al diritto la composizione di interessi realizzatesi in fatto, data la configurazione di quell'interesse collettivo al quale si può considerare già subordinato in fatto l'interesse particolare del *dominus* inerte" (F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*, cit., 115). Sul punto, v. anche: B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1980, 135 ss.; A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1971, 47.

Nel parere si legge che in linea generale la facoltà di rinuncia è insita nella titolarità di ogni diritto [23] e quindi deve intendersi di massima consentita, anche se in alcune pronunce dei T.A.R. (per tutti T.A.R. Puglia, Bari, 17 settembre 2008, n. 2131, Tar Piemonte, sez. I, sentenza 28 marzo 2018, n. 368) si evidenzia che in tutti i casi in cui il codice civile ha espressamente ammesso la rinunzia ad un diritto reale risultano accomunati dal fatto che a fronte della rinuncia la proprietà immobiliare non rimane "acefala", perché in tali casi la rinunzia provoca l'estinzione del diritto reale minore e la correlativa riespansione della piena proprietà; ovvero, trattandosi di diritti reali minori in comunione, provoca l'accrescimento delle quote altrui sul diritto reale minore.

In nessun caso, comunque, "si viene ad avere un bene immobile privo di proprietario". Perciò, in definitiva, il fatto che la rinunzia ai diritti reali sia espressamente ammessa dal codice civile solo con riferimento a taluni diritti reali ed alla quota di comproprietà indivisa, non consente di presumere che la rinunzia abdicativa ai diritti reali costituisca un istituto generale, disciplinato in talune situazioni solo per esplicitarne gli effetti, essendo molto più logica la contraria opzione, secondo la quale il legislatore avrebbe ammesso la rinunzia a diritti reali solo nei casi in cui essa risulta funzionale alla corretta gestione ed alla valorizzazione del bene immobile.

Le dianzi esposte considerazioni appaiono del resto coerenti con la funzione sociale che l'art. 42 della Costituzione assegna alla proprietà privata, la quale è riconosciuta a garantita a tutti i cittadini non solo per soddisfare bisogni egoistici ma anche per la soddisfazione di interessi generali: il mantenimento in buono stato di un bene immobile, dunque, costituisce non solo esplicazione delle facoltà inerenti alla proprietà, ma anche un dovere, la cui violazione, quando non ingeneri situazioni di per sé foriere di responsabilità, viene scoraggiata dal legislatore in vari modi: ad esempio, con la possibilità di espropriare le relative aree per assicurarne la riconversione a nuovi utilizzi; oppure, più semplicemente, consentendo che altri acquisiscano la proprietà del bene per usucapione. La ammissione generalizzata della possibilità di abdicare alla proprietà esclusiva, anche solo di tipo superficiario, di un bene immobile, va invece in segno diametralmente opposto, poiché non incoraggia i proprietari ad interessarsi e ad occuparsi in maniera diligente ed attiva dei beni.

Nel parere in questione l'Avvocatura dello Stato riconosce validità di massima al negozio unilaterale di rinuncia abdicativa, che sarebbe atipico e non rifiutabile, ma afferma che la validità dello stesso debba essere valutata caso per caso in relazione alla causa concreta del negozio abdicativo che deve essere sottoposta al giudizio di meritevolezza, essendo ad esso applicabile il secondo comma dell'art. 1322 cod. civ. per effetto dell'art. 1324 cod. civ.

Di recente, taluno [24] ha sostenuto che il controllo "caso per caso" sulla causa in concreto dell'atto non sarebbe condivisibile.

---

[23] Trib. Genova 23 marzo 1991, n. 946, in *Foro it*., 1991, 1171 ss., nega l'ammissibilità della rinuncia al diritto di proprietà. Sembrano invece implicitamente ammetterla le Cass., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735, in *Foro it*., 2015, 436 ss., che riformando il precedente indirizzo sulla cd. occupazione acquisitiva della P.A., alla luce delle decisioni della C.E.D.U., hanno statuito che "L'occupazione e la manipolazione del bene immobile di un privato da parte della P.A., allorché il decreto di esproprio non sia stato emesso o sia stato annullato, integra un illecito di natura permanente che dà luogo ad una pretesa risarcitoria avente sempre ad oggetto i danni per il periodo, non coperto dall'eventuale occupazione legittima, durante il quale il privato ha subito la perdita delle utilità ricavabili dal bene sino al momento della restituzione, ovvero della domanda di risarcimento per equivalente che egli può esperire, in alternativa, abdicando alla proprietà del bene stesso".

[24] V. BRIZZOLARI, *Note a margine*, cit., 638; F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, 101 che non è persuaso dalla causa astratta del negozio di rinuncia ed è incline ad indicare una simmetria tra causa ed effetto in grado di stringere il giudizio causale ad un'azione data in vista del raggiungimento dell'effetto tipico della rinuncia, quale è la dismissione fine a sé stessa, ossia non orientata ad esempio al raggiungimento di un risultato economico ingiustificato. *Contra*, G. GORLA, *Il contratto*, I, Giuffrè, 1954, cit. 513: "si considera rilevante soprattutto la volontà di disfarsi di un diritto o di un bene e del peso della sua gestione, nonché dell'affidamento che un simile atto di abbandono del diritto suscita nei terzi o nel debitore" e poi, in nota: "onde si è parlato di un carattere astratto della rinuncia…"; ma vedi anche: S. PUGLIATTI, *I fatti,* cit., 41.

Il controllo sulla causa della rinuncia, pur non intaccando "la facoltà di abbandono formale dell'immobile", renderebbe di fatto impossibile la rinuncia medesima. Sempre secondo tale linea di pensiero, eventuali obblighi di messa in sicurezza dell'immobile, sorti anteriormente alla rinuncia, resterebbero comunque a carico dei rinuncianti [25] i quali, dopo il ripristino del cespite, "rinunceranno ancora e avendo abbandonata una cosa in buono stato, il loro atto sarà inattaccabile".

In realtà, bisogna distinguere tra rinuncia e donazione di immobili allo Stato.

Se l'immobile fosse messo in sicurezza e ristrutturato dal privato acquisendo così un valore patrimoniale "positivo", l'eventuale atto di cessione a favore dello Stato, in presenza di un effetto economico di arricchimento dell'ente previo depauperamento del patrimonio del disponente e la insussistenza di un interesse patrimoniale in capo a quest'ultimo, dovrebbe necessariamente ricondurre tale fattispecie nell'ambito del contratto di donazione. Tra l'altro, la Circolare dell'11 febbraio 2000, n. 22 del Min. Finanze – Dip. Territorio Demanio Serv. II ha disciplinato il procedimento necessario per donare beni immobili allo Stato: l'ufficio del territorio deve acquisire tutti gli elementi di giudizio necessari al riguardo (eventuali oneri cui si intende subordinare la donazione, valore del bene oggetto della donazione stessa e convenienza della stessa tramite apposita relazione tecnico-descrittiva estimativa; parere dell'amministrazione usuaria ed effettiva destinataria poi della liberalità, titoli comprovanti la proprietà del bene in capo al donante mediante idonea documentazione da parte delle Conservatorie) e farà formalizzare l'intendimento in una vera e propria proposta di donazione rogata da un notaio anche per l'esecutività dai competenti organi dell'ente stesso.

In realtà, la facoltà di abbandono non è configurabile in generale neanche con riferimento ai beni mobili, pur in presenza di un chiaro indice normativo all'art. 923, comma 2, cod. civ.: l'abbandono di pneumatici usati, classificati rifiuti speciali, ad esempio, costituisce un reato previsto dall'art 192 e sanzionato dall'art. 256 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (TU dell'Ambiente). Parimenti, non è neanche possibile abbandonare le carcasse di automobili radiate dal P.R.A. [26] in parcheggi pubblici, oppure gettare in strada rifiuti, né è consentito lasciare la lavatrice non funzionante ai margini di una via pubblica. Difatti, l'esternalità negativa prodotta dall'abbandono di un bene mobile potrebbe fondare la qualificazione dello stesso in termini di "rifiuto" [27], che deve essere smaltito, previo pagamento del relativo servizio, da parte di appositi impianti di trattamento che garantiscono la salvaguardia dell'ambiente e il riciclo delle materie prime. Si noti bene come un tale parallelismo con la disciplina dei rifiuti permetterebbe di indagare lo spazio operativo riservato alle prerogative proprietarie: se neanche per i beni mobili è plausibile una rinuncia libera, che lo stesso non valga per i beni immobili potrebbe apparire tutt'altro che singolare.

Prosegue il parere evidenziando che tale negozio unilaterale atipico di rinuncia abdicativa sarebbe caratte-

---

[25] V. BRIZZOLARI, *Note a margine*, cit., 638, 634 e 639, sulla scorta delle osservazioni di R. QUADRI, *La rinunzia,* cit., 40 ss. In giurisprudenza, v. il parere dell'Avvocatura Generale dello Stato, 14 marzo 2018, n. 137950, cit., par. 10.

[26] Emblematica è la disciplina dell'abbandono di un veicolo a motore che condivide con quella immobiliare l'organizzazione di pubblici registri: l'art. 231, comma 6, del Codice Ambiente prevede che solo la corretta procedura di smaltimento "libera il proprietario del veicolo della responsabilità civile, penale e amministrativa connessa con la proprietà dello stesso".

[27] Sul problema della nozione di rifiuto, cfr.: G. RESTA, *I rifiuti come beni in senso giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2018, 218; A. JANNARELLI, *L'articolazione delle responsabilità nell'"abbandono dei rifiuti": a proposito della disciplina giuridica dei rifiuti come non-beni sia in concreto sia in chiave prospettica,* in *Riv. dir. agr*, 2009, 128 ss. Si noti, inoltre, come la definizione di rifiuto proposta da parte della direttiva 19 novembre 2008, n. 98 quale "qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o l'obbligo di disfarsi" (art. 1, n.1) raggiunga la qualificazione presentata nel testo alla luce del principio che informa la materia stessa, ossia "ridurre al minimo le conseguenze negative della produzione e della gestione dei rifiuti per la salute umana e l'ambiente" (considerando n.6). Cfr. CGUE, 12 dicembre 2012, C-241, in *Foro amm.,* 2013, 3252, punto 38: "l'espressione "disfarsi" va interpretata tenendo conto dell'obiettivo della direttiva che consiste nella tutela della salute umana e dell'ambiente".

rizzato, dalla dottrina prevalente, dall'essere sostanzialmente un "nudo patto" la cui causa sarebbe insita nella mera dismissione del diritto. Ed in tal senso, esso non potrebbe mai essere nullo per illiceità della causa essendo la stessa volta esclusivamente a consentire la dismissione del diritto.

La volontà del privato di rinunciare al diritto di proprietà, tuttavia, secondo il parere non deve essere valutata esclusivamente alla stregua dei poteri del dominus di godere e disporre del bene in modo pieno ed esclusivo, secondo una visione ormai sorpassata del diritto dominicale, ma deve tenere necessariamente conto della funzione sociale della proprietà *ex* art. 42 Cost. L'abbandono della concezione ottocentesca della proprietà, infatti, impone una ricerca di un'armonia tra gli scopi individualistici e quelli facenti capo alla collettività, in termini di una "formale coesistenza del carattere privato della proprietà e della sua funziona sociale [28]".

La rinuncia abdicativa non deve essere guidata da scopi egoistici e non deve essere lo strumento per conseguire un (illecito) vantaggio ai danni dello Stato e, conseguentemente, della collettività, poiché ciò renderebbe la causa concreta del negozio abdicativo illecita *ex* art. 1343 cod. civ. e determinerebbe la nullità del negozio stesso ai sensi dell'art. 1418, comma 2, cod. civ.

Nella fondamentale sentenza della terza sezione della Cassazione Civile, dell'8 maggio 2006 n. 10490, il cui estensore fu il consigliere Travaglino, è scritto che la causa, quale elemento essenziale del contratto, non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico-sociale del negozio, bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale dello specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti. Nel corpo della sentenza l'estensore fa presente che "si discorre da tempo di una fattispecie causale "concreta" e si elabori un'ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga alfine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale".

Trasferendo tale principio al negozio unilaterale atipico di rinuncia abdicativa si può sostenere che il proprietario non può decidere di rinunciare ad una proprietà immobiliare al solo ed unico fine di liberarsi dai costi di manutenzione, di consolidamento e di demolizione dell'immobile in quanto ciò realizzerebbe un trasferimento dal privato allo Stato e, quindi, in ultima analisi, ai cittadini tutti, degli oneri e dei pesi connessi alla

[28] S. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia, anche in Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Zanichelli, 2013, 1238. A tal proposito, cfr. anche L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè, 2001, 92. L'Autore individua lo scopo della riserva di legge ex art. 42 Cost. in una composizione tra le due contemporanee funzioni della proprietà: "omogeneizzazione dell'interesse individuale con l'interesse generale" e "partecipazione del singolo al sistema delle decisioni economiche". Fondamentale al riguardo è poi la lettura del contributo di P. PERLINGIERI, *Introduzione*, cit., 21 ss.

titolarità di beni aventi un valore negativo [29]. L'Avvocatura, all'interno del parere in commento, afferma che la rinuncia alla proprietà è nulla ove abbia il solo ed egoistico scopo di liberarsi di:

– terreni con evidenti problemi di dissesto idrogeologico (al fine di evitare i costi per "opere di consolidamento, demolizione e manutenzione");
– edifici inutilizzabili e diruti (al fine di evitare i "costi di demolizione");
– terreni inquinati (per spostare sullo Stato le spese di bonifica).

In corrispondenza di questi casi il negozio unilaterale di rinuncia non può che essere affetto da nullità, dal momento che in situazioni di questo tipo, esso non può essere qualificato come "meritevole di tutela" ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.

Una rinuncia finalizzata a conseguire unicamente fini egoistici sarebbe in primis dotata di una causa illecita *ex* art. 1343 cod. civ., ed inoltre si porrebbe in aperto contrasto con l'art. 42 della Costituzione, in quanto renderebbe la proprietà un "peso" per lo Stato (e quindi per i cittadini), che sarebbe in tal modo costretto ad addossarsi tutte le spese e gli oneri necessari alla manutenzione, alla demolizione ed alla bonifica della consistenza immobiliare, in spregio alla funzione sociale della proprietà.

Per l'Avvocatura dello Stato, inoltre, il negozio unilaterale di rinuncia abdicativo del diritto di proprietà, finalizzato a tali obiettivi di traslazione sullo Stato di spese, responsabilità ed oneri, sarebbe configurabile come un negozio in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 cod. civ., in quanto costituirebbe il mezzo per il conseguimento di un risultato contrario alla legge e, dunque, "per eludere l'applicazione di una norma imperativa".

Inoltre, in queste ipotesi, l'atto di rinuncia abdicativa sarebbe anche contrario all'art. 1345 cod. civ., poiché il privato verrebbe determinato a porlo in essere solo ed esclusivamente per un motivo illecito anche se non comune, essendo noto che il motivo determinante illecito unilaterale spieghi i suoi effetti invalidanti anche se non sia comune nelle ipotesi previste dagli artt. 788 e 626 cod. civ., in tema di donazione e testamento, dovendosi necessariamente togliere soverchia importanza a tale presupposto, essendo sufficiente, rispetto agli unilaterali, che essi siano finalizzati esclusivamente al "perseguimento di scopi riprovevoli e antisociali".

Secondo la Corte di Cassazione "la norma dettata dall'art. 1345 cod. civ. che, derogando al principio secondo il quale i motivi dell'atto di autonomia privata sono di regola irrilevanti, eccezionalmente qualifica illecito il contratto determinato da un motivo illecito comune alle parti, in virtù del disposto di cui all'art. 1324 cod. civ., trova applicazione anche rispetto agli atti unilaterali, laddove essi siano finalizzati esclusivamente al perseguimento di scopi riprovevoli ed antisociali, rinvenendosi l'illiceità del motivo, al pari della illiceità della causa, a mente dell'art. 1343 cod. civ., nella contrarietà dello stesso a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume" [30].

---

[29] Sul punto, A. IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma Tre Press, 2017, 58 che scrive di un "raccordo virtuoso tra le legittime aspettative del proprietario e la salvaguardia e promozione di istanze collettive pur sempre riconducibili all'uso e alle diverse destinazioni dei beni alla luce della loro diversa rilevanza sociale in linea con le linee di sviluppo di una società industrializzata del mercato".

[30] Cass. 19 ottobre 2005, n. 20197, in *Vita not*., 2006, 252: "ne consegue che, sussistendone le condizioni di fatto, deve qualificarsi affetto da motivo illecito e quindi nullo, ai sensi dell'art.1418, secondo comma, cod. civ., l'atto di recesso da un rapporto di agenzia che, diretto nei confronti di un agente costituito in forma di società di persone, risulti ispirato dalla sola finalità di rappresaglia e di ritorsione nei confronti del comportamento sindacale tenuto dai soci di quest'ultima, dovendosi ritenere un siffatto motivo contrario alle norme imperative poste a tutela delle libertà sindacali dei lavoratori, norme che, in ragione del valore e della tutela che lo stesso dettato costituzionale assegna al "lavoro", nella sua accezione più ampia, appaiono estensibili, al di fuori dei rapporti di lavoro subordinato, a tutti coloro che svolgono attività lavorativa, anche se in forma parasubordinata o autonoma".

Nota bene l'Avvocatura come la Corte di Cassazione giunga "ad applicare l'art. 1345 cod. civ. anche agli atti unilaterali, tramite l'art. 1324 cod. civ., analizzando la ratio della prima norma "da individuarsi nell'esigenza di evitare gli abusi del diritto, ricorrenti quando l'atto di autonomia privata sia finalizzato esclusivamente al perseguimento di scopi riprovevoli ed antisociali".

Affinché il motivo illecito di un atto unilaterale assuma rilevanza determinandone la nullità *ex* art. 1418 cod. civ., per l'Avvocatura dello Stato occorre che:

– il motivo sia illecito;
– esso sia la ragione determinante del soggetto che pone in essere il negozio;
– esso sia oggettivamente riconoscibile dall'atto o almeno sia ragionevolmente desumibile da elementi estrinseci.

La rinuncia alla proprietà immobiliare quindi, secondo quanto previsto dall'Avvocatura, risulta giustificata solo nelle ipotesi in cui non sia finalizzata unicamente al perseguimento di fini egoistici ed utilitaristici come accade, invece, nei seguenti casi:

– presenza di problemi di dissesto idrogeologico;
– necessità di procedere a demolizione o messa in sicurezza;
– inquinamento del terreno e conseguente necessità di bonifica.

In tutti questi casi, infatti, il privato si determina a rinunciare alla proprietà dell'immobile unicamente per liberarsi dei relativi costi e porli a carico dello Stato [31].

L'atto di rinuncia sarebbe, pertanto, radicalmente nullo tutte le volte in cui il privato, attraverso lo stesso, persegua l'obiettivo di liberarsi di beni che per lui non hanno nessuna utilità o che, addirittura, costituiscono un peso, in quanto fonti di spese e di oneri di vario tipo [32]. Esso si pone in contrasto con il generale divieto di abuso del diritto, segnatamente per essere stato posto in essere per una finalità che può qualificarsi meramente emulativa, anche tenendo conto dell'autorevole dottrina sopra citata che estende la ratio dell'art. 833 cod. civ. anche ad ambiti diversi dalla proprietà e persino nell'ambito dei diritti di credito [33].

---

[31] Nel parere, tra l'altro, l'Avvocatura di Stato avanza l'ipotesi secondo la quale il privato rinunciante rimarrebbe comunque soggetto a rispondere alle obbligazioni già sorte precedentemente in quanto in base al disposto dell'art. 882, comma 3, cod. civ. "la rinunzia non libera il rinunciante dall'obbligo delle riparazioni e ricostruzioni a cui abbia dato causa col fatto proprio". Inoltre, è stata anche avanzata l'ipotesi di una responsabilità aquiliana del rinunziante per i danni arrecati.

[32] Ai sensi dell'art. 882 cod. civ. "la rinunzia alla comproprietà del muro comune non libera il rinunziante dall'obbligo delle riparazioni e ricostruzioni a cui abbia dato causa col fatto proprio".

[33] Secondo Cass. 14 giugno 2021, n. 16743, in *Riv. giur. ed.*, 2021, 1237, il comportamento del locatore, titolare del credito rappresentato dai canoni locatizi, che non abbia mai preteso il pagamento, sin dall'origine del rapporto, può generare un affidamento sulla rinuncia del credito sino ad allora maturato nei confronti del conduttore. Pertanto, la repentina richiesta di adempimento dell'obbligazione di pagamento costituisce un abuso del diritto. Infatti, il principio di buona fede rientra negli inderogabili doveri di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione (art. 2). Ciascuna parte, quindi, deve operare in modo da tutelare anche gli interessi dell'altra a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali in tal senso. L'abuso del diritto costituisce una particolare violazione dell'obbligo di buona fede contrattuale. L. DI NELLA, G. PERLINGIERI, *A proposito della traduzione italiana De l'abus des droits di Louis Josserand*, in *Ann. Sisdic*, 2019, 23 ss. e P. PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, 26. Di recente nella stessa direzione si veda A. FACHECHI, *Il diritto comune delle situazioni patrimoniali: diritti reali e diritti di credito*, nota a Trib. Palermo 29 ottobre 2018 e Arb. Banc. Milano 21 giugno 2017, n. 6869, in G. PERLINGIERI, G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'"interpretazione secondo costituzione" nella giurisprudenza, Crestomazia di decisioni giuridiche*, 3 ss. Secondo l'Arb. Banc. Milano 21 giugno 2017, n. 6968, in *www.arbitrobancariofinanziario.it* con riguardo al caso in cui un correntista, usufruendo della gratuità delle operazioni di bonifico, aveva disposto nell'arco di pochi giorni decine e decine di trasferimenti elettronici di denaro per un ammontare complessivo inferiore a 90 Euro, subendo da parte

Come si accerta però la nullità? Essa può naturalmente derivare solo ed esclusivamente da una pronuncia giudiziale, per mezzo della quale si procede all'accertamento della medesima e, conseguentemente, all'annullamento del negozio di rinuncia. Per arrivare alla dichiarazione di nullità dell'atto, quindi, sarà necessario impugnare lo stesso ed impostare un ordinario giudizio, all'interno del quale onerato di provare la sussistenza della causa di nullità sarà (come affermato espressamente dall'Avvocatura) il "Demanio attore". All'interno di questo giudizio il Demanio potrà inoltre far valere una pretesa risarcitoria nei confronti del rinunciante per i danni da questi procuratigli attraverso l'omissione degli interventi manutentivi e di messa in sicurezza dell'immobile che è stato oggetto di rinuncia.

Qualora lo Stato volesse porre nel nulla gli effetti del negozio di rinuncia posto in essere dal privato, dovrà impugnare lo stesso e farne dichiarare la nullità (eventualmente accompagnando alla domanda di nullità anche una domanda risarcitoria).

In conclusione, pur premessa l'ammissibilità, in linea astratta, di una rinuncia abdicativa immobiliare, qualora essa fosse posta in essere al fine di traslare sullo Stato, e quindi sulla collettività, debiti originariamente sorti in capo al rinunciante, in forza del presunto effetto automatico che si realizzerebbe *ex* art. 827 cod. civ., norma peraltro avente solo una funzione di chiusura, come si legge al punto 398 della Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al codice civile del 4 aprile 1942 "Colmando una lacuna del codice del 1865", la quale aveva aperto l'adito a dubbi e a soluzioni diverse, ho disposto (art. 827 cod. civ.) che i beni immobili che non sono di proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato: con questa nuova norma è pertanto escluso che vi siano beni immobili senza proprietario"[34]. Una lettura diversa che aprisse un varco a rinunzie finalizzate al trasferimento in capo allo Stato, e quindi alla collettività, di beni immobili dannosi e forieri di spesa, oltre che palesemente in contrasto con una interpretazione assiologica del sistema normativo alla luce dei principi fondamentali, in particolare il principio di solidarietà e la funzione sociale della proprietà[35], finirebbe per introdurre surrettiziamente una specie di "rinuncia al debito" da parte del debitore, che, prima ancora che nulla, ritengo sia direttamente inconfigurabile ed estranea a qualsiasi cultura giuridica.

Resta, infine, da accennare velocemente in questa sede a quella prassi che ha correttamente risolto, facendo ricorso alla logica dello scambio, la questione del trasferimento degli immobili aventi un valore negativo. Si è ipotizzato[36], a tal riguardo, il ricorso alla c.d. "vendita inversa" nella quale è il venditore a corrispondere un corrispettivo al compratore al fine di rendere meno indigesto il trasferimento di un bene gravato da un vincolo e/o da un onere.

Tali prestazioni, strettamente legate, sono l'una il presupposto dell'altra e sono unite da un nesso di inter-

---

della Banca un recesso al quale egli si era opposto chiedendo un risarcimento che l'Arbitro Bancario ha rifiutato stante l'abusività del suo comportamento.

[34] Nella vigenza del cod. civ. abrogato v. F. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il Codice civile italiano*, Giappichelli, 1910, 1 ss.; R. QUADRI, *La rinunzia,* cit., 31 in cui osserva "ogni tentativo di esame della rinuncia appare inevitabilmente destinato ad incidere sulla conseguente visione dei rapporti tra privato e Stato".

[35] Sulla necessità di una verifica della meritevolezza dell'atto di autonomia, onde verificarne la conformità ai principi su cui si fonda l'ordinamento giuridico, si vedano: P. PERLINGIERI, *"Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale*, in Rass. dir. civ., 2017, 204 ss.; M. A. URCIUOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 752 ss.

[36] Sul punto si vedano: P. CATALDO, *Il contratto di "vendita inversa",* in *Contr.*, 2016, 612 ss.; L. BALLERINI, *Crisi di mercato e «prezzo nullo o negativo» nella vendita di lunga durata*, in *Contr. e impr.*, 2018, 328 ss.; F. RAPONI, *Profili fiscali della vendita a prezzo irrisorio avente ad oggetto beni immobili*, in Studio CNN 122-2018/T, consultabile al link *https://www.notariato.it/sites /default/files/122-2018-T.pdf.*

dipendenza volto a soddisfare bisogni ed interessi della controparte: il contratto di vendita inversa, infatti, appare inquadrabile nell'alveo dei contratti a prestazioni corrispettive, in quanto il cedente, anche a fronte del pagamento del corrispettivo, ottiene la liberazione dalle conseguenze negative derivanti da un vincolo gravante sul bene, mentre l'acquirente risulta disponibile ad accollarsi gli oneri necessari per affrancare il bene, rendendolo idoneo all'uso cui è destinato, al fine di trarre dei vantaggi di ordine patrimoniale aventi causa dal bene e dall'attività svolta in relazione allo stesso.

PAOLOEFISIO CORRIAS

Professore ordinario di Diritto dell'economia – Università degli Studi di Cagliari

LE ASSICURAZIONI CONTRO I DANNI ALLA PERSONA, TRA PRINCIPIO INDENNITARIO E FUNZIONE PREVIDENZIALE [*]

SOMMARIO: *1. La qualificazione delle assicurazioni contro i danni alla persona. – 2. Danno biologico e principio indennitario. – 3. Evento dannoso ed evento relativo alla vita umana. – 4. Principio indennitario e principio di adeguatezza quali limiti alla aleatorietà dei contratti assicurativi.*

1. – Uno dei nodi problematici più complessi che solleva l'esame del contratto di assicurazione riteniamo che sia tutt'oggi costituito dalla individuazione della natura delle assicurazioni contro i danni alla persona, risultando ancora tutt'altro che definita la loro riconducibilità all'assicurazione contro i danni o a quella sulla vita o, più esattamente, il riconoscimento alle stesse di una funzione o indennitaria o, viceversa, previdenziale.

È appena il caso di ricordare che la prima ragione di tale incertezza deriva dalla scarsa considerazione [1] che il legislatore ha riconosciuto a tale figura, tenendo conto che nel nostro ordinamento, a differenza di ciò che avviene nel sistema spagnolo [2], essa non è definita né tantomeno disciplinata dalla legge [3], la quale come è noto contempla (art. 1882 cod. civ.) e prevede una disciplina unicamente per le assicurazioni contro i danni (artt. 1904 ss. cod. civ.) e per quelle sulla vita (artt. 1919 ss. cod. civ.).

---

[*] Lo scritto costituisce la relazione, leggermente rivisitata e corredata delle note, tenuta al *III Congreso Internacional de Derecho de Seguros*, che ha avuto luogo a distanza nei giorni 6, 7 e 8 ottobre 2021 ed organizzato dalla Universidad Pontificia Comillas.

[1] Rilevata anche da G. PARTESOTTI, *I principi che dovrebbero regolare l'assicurazione delle persone*, in *Ass.*, 1981, I, 526 s.

[2] Nel diritto spagnolo, infatti, la *ley de contrato de seguro*, dell'8 ottobre 1980, n. 50, contempla e munisce di una apposita disciplina le assicurazioni contro i danni alla persona. Più precisamente il legislatore spagnolo, dopo aver dettato la disciplina comune del contratto di assicurazione, individua due tipi, distinguendo le assicurazioni contro i danni da quelle di persone. Quest'ultima classe è definita dall'art. 80 precisando che «*el contrato de seguro sobre las personas comprende todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado*». Vengono, dunque, separate le assicurazioni sulla vita (*seguro sobre la vida*, artt. 83 ss.), dalle assicurazioni che attengono alla menomazione della salute, costituite dalle assicurazioni contro gli infortuni (*seguro de accidentes*, artt. 100-104), dalle assicurazioni contro le malattie e di assistenza sanitaria (*seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria*, artt. 105 e 106) e da quelle contro il rischio di non autosufficienza (*seguros de dependecia*, artt. 106 *ter* e 106 *quater*). Riteniamo che il modello spagnolo appaia più attuale e anche più virtuoso di quello italiano, in quanto individuando nella natura del bene oggetto di tutela il criterio di bipartizione dei tipi assicurativi, colloca le assicurazioni che attengono alla salute nella stessa categoria che contiene quella sulla vita, riservando quindi alle prime una posizione, sul piano disciplinare e valoriale, prossima a queste ultime e, viceversa, opportunamente più distante rispetto alle assicurazioni contro i danni.

[3] Il legislatore italiano si limita a menzionare nell'art. 1916, comma 4, cod. civ. – in modo incidentale – le assicurazioni contro gli infortuni e le disgrazie accidentali, nell'art. 2 cod. ass. le assicurazioni contro gli infortuni e contro le malattie (rami 1 e 2 danni) e contro le invalidità gravi determinanti la non autosufficienza (ramo IV vita) nonché a introdurre alcune specificazioni dei caratteri di queste ultime negli artt. 7 e 8 del Regolamento ISVAP del 16 marzo 2009, n. 29.

È bene anche chiarire che siffatti problemi di inquadramento non dipendono da un insufficiente approfondimento della dottrina [4] o da una scarsa sensibilità della giurisprudenza [5], ma della ricorrenza contestuale, in tali polizze, di tratti oggettivi sia delle assicurazioni contro i danni che di quelle sulla vita. Da un lato, infatti, l'idoneità dell'evento (malattia, infortunio e financo longevità) a determinare conseguenze negative oggettivamente accertabili, quali l'inabilità o l'invalidità temporanee o permanenti, su un bene – quale la salute – peraltro tutelato al massimo livello (artt. 2 e 32 Cost.), richiamano lo schema dell'assicurazione contro i danni; dall'altro la lesione di un interesse di natura personale (e non patrimoniale) – quale l'integrità psico-fisica dell'assicurato – e la previsione di una prestazione predeterminabile dalle parti in modo libero e con modalità forfetaria, parrebbero costituire connotazioni dell'altro negozio assicurativo.

Su queste basi, un contributo alla corretta impostazione della questione riteniamo che debba passare per due interrogativi.

2. – *In primis* occorre soffermarsi sui caratteri dei danni alla salute diversi dalle spese mediche sostenute per far fronte alle conseguenze della malattia o dell'infortunio [6].

Al riguardo non interessa tanto verificare se il danno all'integrità psico-fisica (o biologico) [7] sia da considerare di natura patrimoniale o non patrimoniale posto che, in entrambe le ipotesi, non vi sarebbe alcun dubbio che esso – diversamente da quanto vale con riguardo ad altre tipologie di danni non patrimoniali – è quantificabile, con criteri certi ed obiettivi [8] e allo stesso va sicuramente riconosciuta una funzione riparatoria per il danneggiato [9].

---

[4] Per una panoramica sulle articolate posizioni espresse cfr. M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, *Le assicurazioni contro i danni,* Padova, 2012, 572 ss.; F. SARTORI, *Le assicurazioni infortuni: funzione indennitaria e vantaggi compensativi*, in *Diritto alla salute e contratto di assicurazione*, a cura di P. CORRIAS, E. PIRAS, G. RACUGNO, Napoli, 2019, 186 ss.; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Le assicurazioni contro i danni alla persona*, Milano, 2019, 63 ss.; F. PES, *L'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza nel sistema delle assicurazioni della salute*, in *Ass.*, 2021, 620 s.

[5] Pur tra evidenti incertezze e difficoltà sul piano argomentativo, appare attualmente prevalente l'orientamento che riconduce le assicurazioni contro gli infortuni non mortali (e l'assicurazione malattie) alle assicurazioni contro i danni e quelle contro gli infortuni mortali alle assicurazioni sulla vita. Cfr., oltre alla fondamentale Cass., sez. un., 10 aprile 2002, n. 5119, in *Ass.*, 2002, 105 ss. che ha tracciato la linea, Cass. 8 aprile 2021, n. 9380, in *Ass.*, 2021, 524; Cass. 4 maggio 2018, n. 10602, *ivi,* 2019, 159; Cass. 24 ottobre 2017, n. 25099; Cass. 11 giugno 2014, n. 13233, in *Foro it*., 2014, I, 2064 ss.; Cass. 12 febbraio 2008, n. 3268; Cass. 11 gennaio 2007, n. 395, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1294; Cass. 9 marzo 2006, n. 5102. Precedentemente i giudici propendevano, in maniera gradualmente meno risoluta con il passare degli anni, per l'ascrivibilità anche delle assicurazioni contro gli infortuni non mortali alle assicurazioni sulla vita: v. Cass. 1° aprile 1994, n. 3207; Cass. 10 novembre 1994, n. 9388, in *Giust. civ.*, 1995, I, 949; Cass. 8 novembre 1979, n. 5755; Cass. 19 settembre 1979, n. 4788; Cass. 26 giugno 1973, n. 1846, in *Giust. civ.*, 1974, I, 304; Cass. 2 ottobre 1972, n. 2802, in *Ass.*, 1973, II, 207; Cass. 15 novembre 1960, n. 3048, in *Giur. it.*, 1962, I, 453, pur non mancando qualche aperto riferimento ad un «terzo genere assicurativo» (Cass. 21 giugno 1971, n. 1941, in *Foro it*., 1971, I, 2506 ss.).

[6] Per questa voce di danno meramente patrimoniale, infatti, il problema si pone in termini diversi da ciò che vale per il danno c.d. biologico, essendo incontrovertibile la astratta compatibilità delle spese mediche con il principio indennitario.

[7] Per danno biologico, infatti, si intende «la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente dalle attuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito» [art. 138, comma 2, lett. *a*), cod. ass.].

[8] In tal senso, tra gli altri, E. NAVARRETTA, *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione*, in *Il danno non patrimoniale (Principi, regole e tabelle per la liquidazione*), a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2010, 88 ss., la quale opportunamente distingue, nel contesto della struttura composita del danno non patrimoniale, la funzione solidaristico-compensativa assunta dal danno biologico – suscettibile di essere "monetizzato" con criteri sufficientemente certi dalla scienza medico-legale attraverso la misurazione della patologia psico-fisica con i parametri della invalidità temporanea o permanente – da quella solidaristico-satisfattiva da riconoscere alle altre voci di danno non patrimoniale. Sulla progressiva "patrimonializzazione" del danno alla persona v. ampiamente M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da S. Mazzamuto, VI, 1, Torino, 2021, 333 ss., spec. 370 ss.

[9] Si tratta dell'impostazione seguita dalla giurisprudenza prevalente e recentemente ben illustrata e ribadita da Cass. 28 settembre

Importa, invece, stabilire se – almeno su un piano astratto e/o ipotetico – il danno biologico o, se si preferisce, l'invalidità (o l'inabilità) nella quale si risolve, è compatibile con il principio indennitario [10], ossia se l'insieme di regole dalle quali è desumibile e nelle quali, allo stesso tempo, si articola detto principio sono – sul piano tecnico – riferibili alle sole coperture di cose o tuttalpiù a quelle del patrimonio – ovvero alle ipotesi nelle quali l'assicurato è esposto all'insorgenza di un debito suscettibile di diminuire il suo patrimonio (assicurazioni di spese e della responsabilità civile) – oppure anche alla copertura dei danni alla integrità psicofisica della persona [11].

Per rispondere al quesito occorre naturalmente passare per la *ratio* del principio indennitario, la quale, come ci è stato insegnato [12], è quella di impedire che l'assicurato possa trarre vantaggi economici dall'evento dannoso ricevendo, in virtù del contratto stipulato – o dei contratti in caso di pluralità di assicuratori (art. 1910 cod. civ.) –, una prestazione di entità superiore alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'accadimento dell'evento. Tra le varie ragioni addotte per supportare tale configurazione del principio – che conduce a collocare lo stesso tra quelli di ordine pubblico – è stato richiamato l'obbligo di salvataggio posto dall'art. 1914 cod. civ. il quale «può considerarsi posto a tutela di un interesse generale, perché esso ottiene il risultato di diminuire i sinistri o almeno di impedire la propagazione di conseguenze dannose. Ciò evita una diminuzione della ricchezza nazionale e i pericoli insiti nel fatto dannoso che possono presentarsi anche per la vita delle persone» [13]. Soprattutto però in tale direzione va, a nostro avviso, posto l'accento sull'apparato di tutela pubblicistica – comprendente, tra l'altro, l'istituzione nel 1982 di una apposita Autorità indipendente di vigilanza sul settore (IVASS) [14] – previsto per l'esercizio dell'attività assicurativa, il quale sarebbe affatto incoerente con il ricorso da parte dei contraenti all'aleatorietà, espressa dal contratto assicurativo, per scopi speculativi [15].

Ciò posto non sembrerebbe che vi siano ragioni di carattere generale né singole indicazioni di diritto positivo che inducano a differenziare, in relazione all'operatività del principio, le conseguenze strettamente patrimoniali (*id est:* che incidono su vere e proprie poste patrimoniali) dell'evento previsto dalle conseguenze economiche che, quantunque non determinanti una diminuzione patrimoniale nel senso appena precisato, sono pur sempre monetizzabili (*id est*: traducibili in denaro) con criteri obiettivi, consolidati e dunque certi. Non si vede

---

2018, n. 23469, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 503 ss., con ampia nota di C. SCOGNAMIGLIO, *La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di risarcimento del danno non patrimoniale tra continuità e innovazione*, 508 ss., spec. 512 s., il quale sottolinea il contributo della decisione alla costruzione di uno statuto del danno non patrimoniale con riguardo ai requisiti della unitarietà e onnicomprensività dello stesso, nell'ambito della realizzazione di finalità sia satisfattorie, con riguardo al senso di giustizia della vittima, che sanzionatorie dell'illecito.

[10] Si sono espresse in senso positivo, senza tuttavia argomentare in modo a nostro avviso sufficiente la posizione, Cass., sez. un., 10 aprile 2002, n. 5119, cit., 115 s.; Cass. 4 maggio 2018, n. 10602, cit., 165; Cass. 8 aprile 2021, n. 9380, cit., 511 ss.

[11] Illustrano lucidamente il problema R. PARDOLESI e P. SANTORO, *Sul nuovo corso della* compensatio, in *Danno resp.*, 4, 2018, 428 s.

[12] G. PARTESOTTI, *La polizza stimata*, Padova, 1967, 1 ss., spec. 69 ss.

[13] G. PARTESOTTI, *La polizza*, cit., 85.

[14] In precedenza ISVAP.

[15] È noto, infatti, che il legislatore valuta con tendenziale sfavore e, comunque, con diffidenza gli schemi aleatori sorretti dalla sola *causa lucrandi*, ossia dal perseguimento di un incremento patrimoniale senza un corrispondente sacrificio, o con un sacrificio alquanto modesto rispetto all'entità del possibile guadagno (v., ampiamente, M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003, 77 ss., spec. 79 s.; G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, 64, 147 s., 185 ss.). Può in particolare riscontrarsi che nei contratti aleatori tipici, l'attribuzione della piena tutela (*id est*: della coercibilità in giudizio) al meccanismo che subordina l'esigibilità o la determinazione della misura della prestazione di una (o di entrambe) le parti ad un evento incerto, dipende dalla circostanza che siffatta finalità speculativa coesista con ulteriori funzioni, socialmente apprezzabili. Ebbene, la ragione sociale che giustifica non solo l'ammissibilità del contratto di assicurazione contro i danni ma anche la tutela pubblicistica che ad esso è stata riconosciuta, verrebbe contraddetta dalla possibilità di utilizzare lo stesso per perseguire scopi speculativi.

cioè perché all'assicurato dovrebbe essere preclusa la possibilità di ottenere un indennizzo superiore al bene materiale danneggiato (nelle assicurazioni di cose) o al debito che dovesse sorgere nella sua sfera nei confronti di terzi (nelle assicurazioni del patrimonio) ma non quello di programmare con l'impresa una prestazione superiore al calcolo del danno biologico (ossia dell'invalidità o dell'inabilità) nel quale dovesse incorrere.

In termini più espliciti, se si riconosce che l'obiettivo del legislatore è quello di evitare che, tramite l'assicurazione contro i danni, l'assicurato possa trarre vantaggio dal verificarsi dell'evento dannoso, ciò deve valere anche quando questi vantaggi dovessero derivare a seguito di un risarcimento dei danni alla persona stabilito in modo eccedente rispetto alla entità di quelli effettivamente subiti.

L'elemento necessario e sufficiente per l'operatività del principio indennitario è, dunque, la determinabilità del danno derivante dall'evento contemplato con criteri obiettivi e certi, ossia posti e conosciuti prima della sua verificazione [16]. Di qui il corollario della intrinseca incompatibilità del principio rispetto ai danni quantificabili unicamente in via equitativa, ossia ai danni non patrimoniali alla persona diversi da quello biologico (cc.dd. danni morali).

3. – Sciolto in senso positivo il nodo della astratta compatibilità dei danni alla persona con il principio indennitario, si pone il problema ulteriore relativo alla applicabilità – questa volta – in concreto del principio alle fattispecie assicurative in esame, dovendosi accertare se la malattia o l'infortunio (o, ancora, la longevità) – e cioè i fatti idonei a minare l'integrità psico-fisica dell'assicurato determinando uno stato di invalidità o di inabilità – siano da considerare, sul piano strettamente tecnico-giuridico, alla stregua di «sinistri» ai sensi della prima parte dell'art. 1882 cod. civ. oppure di «eventi attinenti alla vita umana», ai sensi della seconda parte della stessa norma.

Il quesito è sollecitato dalla ricordata circostanza che sul piano, per così dire, materiale o naturalistico è difficilmente contestabile che tali eventi possano essere qualificati in entrambi i modi, in quanto per un verso cagionano, come rilevato, una conseguenza negativa (lesione della salute), accertabile oggettivamente con criteri consolidati ma, per altro verso, incidono indiscutibilmente su valori della persona, ossia relativi all'esistenza dell'individuo, e non su beni o altre poste del suo patrimonio [17].

Dovendosi, quindi, stabilire la prevalenza tra le qualifiche in termini di «dannosità» e di «attinenza alla vita umana», non può che farsi ricorso al criterio funzionale – vero e proprio faro per tutti gli atti di autonomia privata [18] – alla luce del quale occorrerà appurare in quale rapporto si pongono la causa indennitaria/risarcitoria al quale conduce la qualifica dannosa dell'evento e quella previdenziale al quale porta la sua attinenza alla vita umana.

---

[16] Nella stessa direzione M. HAZAN, *Risarcimento e indennizzo (nella polizza infortuni): cumulo o scorporo*, in *Danno resp.*, 2014, 922.

[17] Riteniamo che una indicazione fondamentale circa la possibilità di considerare la lesione della salute in termini di «evento attinente alla vita umana» (art. 1882 cod. civ.) giunga dall'art. 38 Cost., il quale concorre a delineare la fattispecie dell'assicurazione sulla vita, equiparando la valenza "previdenziale" della vecchiaia (ossia della sopravvivenza) a quella della malattia, dell'infortunio e dell'invalidità. A nostro modo di vedere, più precisamente, la norma costituzionale integra la definizione codicistica dell'assicurazione sulla vita, specificando che per eventi alla vita umana debbono intendersi tutte le menomazioni dell'integrità psico-fisica dell'individuo, a prescindere dalla gravità che presentano e dalle modalità con le quali si manifestano (v. P. CORRIAS, *Le assicurazioni sulla vita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni e P. Schlesinger, continuato da V. Roppo e F. Anelli, Milano, 2021, 74).

[18] Ogni citazione appare superflua. Sia però consentito menzionare G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, spec. 249 ss.; 355 ss. e A. CATAUDELLA, *I contratti (Parte generale)*, Torino, 2009[3], 171 ss., spec. 175.

Per le ragioni altrove meglio illustrate [19], reputiamo che l'assetto di interessi di natura personale che connota la seconda funzione, prevalga o, meglio, assorba quello di natura squisitamente patrimoniale che connota la prima, in ragione della maggior rilevanza che l'ordinamento attribuisce agli interessi di natura previdenziale. Pertanto, qualora un dato evento sia astrattamente idoneo tanto a cagionare un danno – il cui ammontare sia suscettibile di essere circoscritto sulla base del principio indennitario – quanto ad esprimere attinenza con l'esistenza dell'individuo e con i valori e gli interessi a questa riferibile, il contratto assicurativo che contempla detto evento dovrà essere tendenzialmente ritenuto di natura previdenziale, con conseguente applicazione della disciplina – contenente meno vincoli per le parti nella determinazione del contenuto del contratto e più vantaggi per l'assicurato rispetto ai terzi – prevista per le assicurazioni sulla vita (artt. 1919 ss. cod. civ.) concretamente compatibile con lo specifico contratto assicurativo preso in considerazione.

Tale direzione, d'altro canto, è stata tracciata con chiarezza dal legislatore con riguardo all'assicurazione dell'evento morte, il quale pur essendo di indole intrinsecamente dannosa [20], è stato però considerato, nel contesto assicurativo, non per tale carattere, ma per la sua idoneità ad incidere su interessi della persona – e segnatamente dei congiunti del defunto – di natura previdenziale. Siffatto criterio di qualificazione del contratto al quale accede l'evento "ibrido", deve quindi valere per tutte le figure assicurative – comprese quelle sulla salute – che, a prescindere dai rami nei quali sono collocate, tutelano interessi della persona che scaturiscono dalla compromissione di diritti primari [21].

4. – La circostanza che il principio indennitario sia risultato concretamente – e non, lo si ripete, astrattamente – non applicabile alle assicurazioni contro i danni alla persona non implica, a nostro avviso, che, in queste ultime, i contraenti possano determinare *ad libitum* l'entità della prestazione dell'impresa. La necessità di collegare, almeno in linea di massima e seppure con un notevole margine di elasticità, l'ammontare di questa alle esigenze economiche che potrebbero sorgere in capo all'assicurato in conseguenza della menomazione psico-fisica dedotta nel contratto, infatti, è, a nostro avviso, richiesta anche nel contesto della funzione previdenziale dal principio di "adeguatezza" posto dall'art. 38 Cost. [22].

È appena il caso di ricordare, invero, che quest'ultima norma assume un preciso rilievo sul piano della di-

---

[19] P. CORRIAS, Le *assicurazioni*, cit., 72 ss.; in senso adesivo F. PES, *L'assicurazione*, cit., 623.

[20] Non v'è dubbio, infatti, che la vita umana sia valutabile economicamente sulla base di precisi parametri che, peraltro, si avviano a diventare sempre più oggettivi ed uniformi (cfr. M. ROSSETTI, *Il diritto*, cit., 586). Con ciò non si intende – né si potrebbe – affrontare in questa sede il problema relativo alla natura e alla portata del danno tanatologico o da perdita della vita, prendendo una meditata posizione sulla possibilità di ipotizzare, in caso di morte immediata o quasi immediata, anche la nascita di un diritto al risarcimento in capo al defunto suscettibile di trasferirsi agli eredi [v., recentemente, il differente approccio di Cass., ord. 13 dicembre 2018, n. 32372 e Cass. 23 ottobre 2018, n. 26727, (entrambe) in *Foro it*., 2019, I, 114 ss.]. Interessa solamente sottolineare che siffatta tipologia di danno non patrimoniale riscontrabile in caso di morte – consista esso unicamente in quello per lesione del rapporto parentale (o familiare) che spetta ai congiunti *iure proprio* ovvero anche in quello per la lesione del bene supremo della vita che spetta agli eredi *iure hereditatis* – allo stato liquidabile secondo parametri tabellari che assicurano un apprezzabile grado di omogeneità e uniformità (cfr. C. FAVILLI, *I danni non patrimoniali da uccisione e da lesioni del congiunto*, in *Il danno*, cit., 429 ss.; P. ZIVIZ, *Illusioni perdute*, in *Resp. civ. prev*., 2015, 1443 ss., spec. 1455 s.).

[21] Seguendo questa direzione, non pare azzardato ritenere che quanto osservato possa riguardare anche ipotesi di assicurazioni di cose o di patrimoni – quali, ad esempio, la copertura della prima abitazione o dell'occupazione – legate ad interessi di natura personale, nelle quali cioè l'evento incide su beni di natura squisitamente economica (beni materiali o patrimonio) che però hanno una indubbia incidenza su diritti primari della persona, quali quello alla abitazione (artt. 14 e 47, comma 2, Cost.) o al lavoro (art. 4, comma 1, Cost.).

[22] V., P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 57, 77 ss., 255 ss.; in precedenza ID., *Il contratto di assicurazione (Profili funzionali e strutturali)*, Milano, 2016, 61; nella stessa direzione Trib. Treviso 11 giugno 2019, n. 1285.

sciplina applicabile alle assicurazioni aventi natura previdenziale, fissando, appunto nella adeguatezza tra i mezzi previsti (*id est*: l'entità della prestazione promessa dall'impresa) e le esigenze di vita maturate a seguito del verificarsi dell'evento, il limite di tale funzione contrattuale [23]. Se non ci fosse tale limitazione, del resto, il negozio assicurativo potrebbe realizzare finalità almeno in parte speculative e, quindi, si determinerebbe una situazione non dissimile da quella che, in caso di assicurazione contro i danni, si manifesta in caso di violazione del principio indennitario e che, come si è rilevato [24], non è consentita nel nostro ordinamento.

La valorizzazione del principio di adeguatezza, in definitiva, consente di soddisfare una precisa esigenza insita nella natura composita dei danni non patrimoniali alla persona e, segnatamente, nella possibile presenza anche di una componente (c.d. danno morale) non riconducibile al solo danno biologico. Esigenza consistente nella necessità di stabilire con un certo grado di elasticità, senz'altro maggiore di quella permessa dal principio indennitario, l'ammontare della prestazione dell'impresa, evitando però che la previsione di una prestazione palesemente eccedente rispetto alle necessità economiche determinate dall'evento idoneo a menomare la salute, conduca il contratto al di fuori dall'area funzionale assicurativa.

Tale chiave di lettura, del resto, non è priva di conseguenze sul piano strettamente applicativo, in quanto consentirebbe, ad esempio, di superare la grave incoerenza nella quale è incorso il menzionato orientamento giurisprudenziale [25] che dopo aver distinto, in ordine alla disciplina applicabile alle assicurazioni contro gli infortuni, le ipotesi nelle quali sia previsto l'infortunio mortale da quella relative agli infortuni non mortali, ha ritenuto riferibile solo alla seconda ipotesi il principio indennitario, quale conseguenza della sua riconduzione alla assicurazione contro i danni. Più precisamente in tale impostazione è stato ritenuto applicabile a tale ipotesi l'art. 1910 cod. civ. – sicura e diretta manifestazione del principio indennitario – al fine di evitare che l'assicurato possa ottenere, a fronte del medesimo rischio, più prestazioni (da parte di più assicuratori), conseguendo così un indebito arricchimento, senza però spiegare in modo soddisfacente perché la discrezionalità delle parti nel fissare la prestazione di un unico assicuratore non possa essere assoggettata ad alcuna limitazione, nonostante l'infortunio (non mortale) venga considerato alla stregua di un comune evento dannoso, e come tale, come si è detto, *in toto* sottoposto, per ammissione di questa stessa giurisprudenza, alla regola indennitaria [26]. Se richiamata e ritenuta applicabile, infatti, tale regola non può non essere considerata in tutte le sue manifestazioni, prescindendo dalla circostanza che l'arricchimento dell'assicurato (*id est*: il conseguimento di un ristoro maggiore rispetto al danno subito) derivi dall'ammontare della prestazione di un solo assicuratore (art. 1909 cod. civ.) oppure da un importo complessivo, derivante dalle prestazioni di una pluralità di assicuratori (art. 1910, comma 3, cod. civ.).

La presa d'atto che nei contesti descritti il principio indennitario, per le ragioni illustrate, non opera affatto e che il tendenziale collegamento tra l'entità della somma complessiva promessa all'assicurato – non importa se da uno o più assicuratori – e le esigenze economiche che potrebbero sorgere in conseguenza

---

[23] Sul concetto di adeguatezza v. Corte Cost. 27 giugno 1986, n. 173, in *Foro it*., 1986, I, 2093; Corte Cost. 5 febbraio 1986, n. 31, *ibidem*, 1986, 1, 1777 s. È superfluo precisare, al fine di sgomberare il campo da ogni possibile equivoco, che tale accezione di adeguatezza nulla ha a che vedere con quella, rilevante nel mercato finanziario, che indica la regola di condotta – consistente nella valutazione di adeguatezza e appropriatezza delle operazioni e dei servizi forniti ai clienti – alla quale sono tenuti gli intermediari [v. art. 6, comma 3, n. 2, *sub b*), 1), TUF].

[24] V. *supra*, par. 2, spec. nota 15.

[25] V. *supra*, nota 5.

[26] V., Cass. 10 aprile 2002, n. 5119, cit., 116 ss. e Cass. 4 maggio 2018, n. 10602, cit., 164. Siffatta incoerenza è messa in evidenza anche da V. FERRARI, *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2011, 153; F. DI CIOMMO, *Principio indennitario e traslazione dei costi sociali*, in *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, a cura di S. LANDINI, L. RUGGERI, Napoli, 2018, 58 ss.

dell'evento contemplato è assicurato dal principio di adeguatezza consentirebbe, quindi, di superare la contraddizione insita nel ragionamento della Suprema Corte e di pervenire ad una soluzione più coerente.

In conclusione, può rilevarsi, ampliando leggermente il discorso, che la considerazione congiunta del principio di adeguatezza e di quello indennitario consente, a nostro avviso, di individuare in maniera completa i limiti del ricorso al modello aleatorio assicurativo di cui all'art. 1882 cod. civ. tenendo conto, in proposito, della graduazione realizzata dall'ordinamento a seconda della funzione – indennitaria o previdenziale – che esso concretamente esprime. In tale contesto concettuale auspichiamo che possa trovare una risposta convincente, nei termini illustrati, il problema della natura delle assicurazioni contro i danni alla persona.

JUS CIVILE

TOMMASO BONAMINI

Professore a contratto – Università degli Studi di Parma

IDENTITÀ DIGITALE E DIRITTO ALL'OBLIO

SOMMARIO: *1. Considerazioni introduttive. – 2. Oblio, riservatezza e rinnovata pubblicazione di fatti accaduti nel passato. – 3. Oblio, e libertà di informazione. – 4. Identità personale e identità digitale. – 5. Oblio, cancellazione dei dati personali e deindicizzazione. – 6. Criterî di bilanciamento fra diritto all'oblio e libertà di informazione e rilevanza dell'identità personale. – 7. Cronaca, memoria e oblio.*

1. – Nel diritto delle persone, e, segnatamente, nel novero delle situazioni soggettive riguardanti la personalità umana, si scorgono rinnovati interrogativi, che sovente chiedono di rimeditare i risultati di analisi consolidate e, al contempo, l'utilizzo di categorie tradizionali.

Il tema relativo all'identità personale e al, così detto, diritto all'oblio, restituisce, plasticamente, l'immagine di un percorso ermeneutico tortuoso, tracciato già autorevolmente in tempi non più recenti [1], rifiorito nel rinnovato scenario digitale [2], e inciso, da ultimo, da numerose pronunzie – tra cui anche una nota decisio-

[1] Con riferimento peculiare al tema del diritto all'oblio, v.: T. AULETTA, *Il diritto alla riservatezza e* «droit à l'oubli», in AA.VV., *L'informazione e i diritti della persona*, a cura di G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI, G. CAIAZZA, Napoli, 1983, 129 ss.; G. B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 801 ss.; AA.VV., *Il diritto all'oblio, Atti del Convegno di Studî del 17 maggio 1997*, a cura di E. GABRIELLI, Napoli, 1998, in ispecie 9 ss.; M. R. MORELLI, voce *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento* VI, Milano, 2002, 848 ss.

[2] In particolare, v.: S. NIGER, *Il diritto all'oblio*, in *Tratt. di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. Galgano, vol. XLVIII, *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, a cura di G. FINOCCHIARO, Padova, 2008, 59 ss.; G. FINOCCHIARO, *La memoria della Rete e il diritto all'oblio*, in *Dir. informaz. e inf.*, 2010, 391 ss.; F. DI CIOMMO, R. PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio in internet alla tutela dell'identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, in *Danno e responsabilità*, 2012, 701 ss.; A. MANTELERO, *Il diritto all'oblio dalla carta stampata a* Internet, in AA.VV., *Il caso del diritto all'oblio*, a cura di F. PIZZETTI, Torino, 2013, 155 ss.; F. DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno e responsabilità*, 2014, 1101 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. informaz. e inf.*, 2014, 591 ss.; S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, 41 ss.; M. ZANICHELLI, *Il diritto all'oblio tra* privacy *e identità digitale*, in *Inf. e dir.*, 2016, 9 ss.; S. BONAVITA, *Le ragioni dell'oblio*, in *Cyberspazio e dir.*, 2017, 85 ss.; R. PARDOLESI, *L'ombra del tempo e (il diritto al)l'oblio*, in *Quest. giust.*, 2017, 4, 76 ss.; S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e* privacy *nell'era digitale*, Milano, 2017; V. BELLOMIA, *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, Padova, 2019; M. ASTONE, *Il diritto all'oblio on line alla prova dei limiti territoriali*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 223 ss.; M. T. LIVI, *Quale diritto all'oblio?*, Napoli, 2020; M. G. STANZIONE, *Libertà di espressione e diritto alla* privacy *nel dialogo delle Corti. Il caso del diritto all'oblio*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 991 ss.

In merito al tema della possibile, eventuale, tutela del diritto all'oblio, specie nella sfera digitale, con riferimento a una persona defunta, v., in dottrina: G. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela postmortale dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, 85 ss.; V. BELLOMIA, *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, cit., 133 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2020, X ed., 18 ss.

Le considerazioni che seguiranno nel testo saranno dedicate al diritto all'oblio, di cui è titolare la persona fisica. Resta dibattuto se

ne delle Sezioni Unite della Suprema Corte [3] –, alle quali si accompagna un diretto riferimento normativo, oggetto di copiose ricostruzioni critiche [4].

Il tema, pertanto, merita ulteriore attenzione, anche a fronte della accentuata importanza che, nella prospettiva attuale, hanno assunto la tutela, nazionale e sovranazionale, dei diritti fondamentali della persona umana, rinnovando così gli interrogativi vòlti a sciogliere la naturale e intuitiva contrapposizione tra il diritto fondamentale di ognuno a mantenere il riserbo sulle proprie vicende personali, trascorse in passato, o accadute nel tempo presente, e la libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero, anche soltanto mediante la narrazione di fatti, ora frutto di ricerca storica, ora derivanti da indagini di cronaca.

I profili critici della questione così tratteggiata, peraltro, si moltiplicano nello scenario digitale, in cui le notizie, e i dati, si affastellano con velocità incontrollabile sulla Rete, sì da rinnovare la riflessione, non solo sul tema specifico, bensì sulla natura stessa dei contrapposti interessi, così come riferiti.

A codeste considerazioni, inoltre, va soggiunta l'osservazione, secondo la quale, nelle ricostruzioni degli interpreti, anche recenti, la qualificazione del diritto all'oblio è sovente sospesa nell'area di confine che corre fra il diritto alla riservatezza e il diritto all'identità personale, così da rendere doverosa l'incidentale delimitazione del contenuto dei menzionati diritti, raffrontati con i disparati profili delle libertà civili che vi si contrappongono, al fine di descrivere compiutamente i presupposti, alla luce dei quali l'interesse all'oblio della persona, specie nella sfera digitale, possa trovare adeguata ed efficace tutela.

2. – I segni di rilevanza, dell'interesse della persona all'oblio, possono essere rintracciati sin da tempi non più recenti [5].

In prospettiva storica, il diritto a mantenere il riserbo sulla propria sfera privata e personale ha trovato la propria sede nel concetto di riservatezza e nella tutela di siffatto interesse. Ciò, come esito di un itinerario interpretativo, che ha travolto l'antica concezione, secondo la quale i diritti della personalità dovevano essere ricondotti a una pluralità di interessi positivamente previsti da singole norme, sì da essere chiusi entro un novero tassativamente determinato [6].

---

anche gli enti possano considerarsi portatori del diritto all'oblio, specie alla luce delle più ampie considerazioni, che, oggi, riconoscono, anche ai soggetti giuridici diversi dalle persone fisiche, i diritti della personalità. Sul punto, v., pur con varietà di soluzioni: A. ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 871 ss., in ispecie 878 ss.; C. PERLINGIERI, *Enti e diritti della persona*, Napoli, 2008, 131 ss. e 141 ss.; V. BELLOMIA, *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, cit., 137 ss.

[3] Il riferimento è a Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, in *Corr. giur.*, 2019, 1189 ss., con nota di V. CUFFARO, *Una decisione assennata sul diritto all'oblio*.

[4] Il riferimento, infatti, è contenuto, fra parentesi, nella rubrica dell'art. 17, Reg. Eu. 679/2016, così sollevando molteplici dubbî interpretativi. Sul punto, si tornerà *infra* §5.

Nel momento in cui si scrive è vigente, inoltre, la l. 27 settembre 2021, n. 134, la quale delega il Governo, fra l'altro, a emanare nuove norme in materia di processo penale, disponendo altresì – alla norma dell'art. 1, comma 25, l. cit. – che «nell'esercizio della delega di cui al comma 1, i decreti legislativi recanti modifiche alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, in materia di comunicazione della sentenza sono adottati nel rispetto del seguente principio e criterio direttivo: prevedere che il decreto di archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione costituiscano titolo per l'emissione di un provvedimento di deindicizzazione che, nel rispetto della normativa dell'Unione europea in materia di dati personali, garantisca in modo effettivo il diritto all'oblio degli indagati o imputati».

[5] In particolare, v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 211 ss., in merito al diritto alla verità sui fatti storici, anche in rapporto con l'interesse all'oblio.

In giurisprudenza, tracce di rilevanza del tema attuale sono già rinvenibili in Cass. 13 maggio 1958, n. 1563, in *Foro it.*, 1958, I, c. 1116 ss., la quale confezionò l'espressione: *"*diritto al segreto del disonore*"*.

[6] Gli studî sul diritto alla riservatezza sono stati determinanti per l'apertura del sistema di tutela civile della personalità, verso il

Sebbene, infatti, non espressamente nominato nel codice civile, è oggi pacificamente riconosciuto il diritto della persona di mantenere l'esclusivo riserbo, con riferimento ai fatti della propria vita privata, vietando, altresì, che le informazioni inerenti alla propria sfera personale, siano fatte circolare da terzi, con qualsivoglia mezzo di diffusione.

Attese le prime indicazioni dianzi riferite, quindi, l'interesse all'oblio e il diritto alla riservatezza senz'altro confinano, poiché, nella prima stagione del diritto all'oblio, quest'ultimo era precisamente, se non esclusivamente, riferito alla pretesa di chi, avendo riscontrato che fatti a sé riferiti, in un tempo remoto lecitamente pubblicati, fossero stati nuovamente posti all'attenzione pubblica, si opponeva alla rinnovata pubblicazione [7].

Si intuisce, però, muovendo proprio da codesta somiglianza, come interesse all'oblio e diritto alla riservatezza possano distinguersi, poiché il primo vuole impedire la rinnovata diffusione di fatti già sottratti, anche se in tempi non più recenti, «alla sfera di appartenenza esclusiva del proprio titolare», poiché lecitamente pubblicati nel passato [8].

---

riconoscimento di situazioni soggettive non positivamente previste, con ciò scardinandosi la tesi che restringeva i diritti della personalità, rilevanti giuridicamente, entro il novero di quanto la Legge, tipicamente, fosse a prevedere (in particolare, su questa linea, nel senso di riconoscere l'unitarietà delle situazioni soggettive riguardanti la persona, G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 466 ss.).

Muovendo, infatti, dalle prime, negative decisioni (per tutte, v. Cass. 22 dicembre 1956, n. 4487, in *Foro it.*, 1957, I, c. 4 ss.) la tutela civile della riservatezza divenne principio accolto in giurisprudenza, illuminando la scelta di immettere nel sistema nuovi – ovverosia: non espressamente previsti – diritti fondamentali della persona, mediante il richiamo alla clausola generale racchiusa all'art. 2 della Costituzione (cfr., in tal senso, la pronunzia di Cass. 20 aprile 1963, n. 990, in *Foro it.,* 1963, I, c. 1281 ss., con nota di A. DE CUPIS, *Riconoscimento sostanziale, ma non verbale, del diritto alla riservatezza*). In merito all'evoluzione del concetto, v.: A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. di Dir. civile e commerciale,* dir. da A. Cicu e F. Messineo, vol. IV, t. 1, Milano, 1959, 294 ss.; P. RESCIGNO, *Il diritto di essere lasciati soli*, in Synteleia. *Vincenzo Arangio Ruiz*, vol. I, Napoli, 1964, 494 ss.; M. GIORGIANNI, *La tutela della riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 13 ss.; P. RESCIGNO, *Il diritto all'intimità della vita privata*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. IV, Napoli, 1972, 119 ss.; A. CATAUDELLA, *La tutela della vita privata*, Milano, 1974; T. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978; G. B. FERRI, *Persona e* privacy, in AA.VV., *Il riserbo e la notizia*, Napoli, 1983, 39 ss.; G. GIACOBBE, voce *Riservatezza*, in *Enc. dir.*, vol. XL., Milano, 1989, 1243 ss.; S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583 ss.; S. RODOTÀ, voce *Riservatezza*, in *Enc. giur.*, *VI Appendice*, Roma, 2000, 1 ss., ora in S. RODOTÀ, *Riservatezza*, Roma, 2021, 57 ss.

Le molteplici sfumature che oggi accompagnano gli studî sui diritti della personalità, consentono comunque di segnalare come le argomentazioni della dottrina muovano sovente dalla rilevanza precettiva (e non già programmatica) dell'art. 2 Cost., e dei principî in esso racchiusi, così da esprimere una esigenza sostanziale di rispetto della dignità della persona (la quale acquista, così, valore ermeneutico «propulsivo»: così, V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 63 ss.), che conduce la predetta disposizione a configurarsi quale principale riferimento degli interessi della personalità: in tal senso, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, IV ed., 3 ss., e in ispecie 5, dove si riconosce l'esistenza di «una serie aperta di situazioni esistenziali*"*, in cui diviene concreta la «mutevole esigenza di promozione e tutela» della persona umana. Cfr., anche, G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 378. Sulla centralità della norma dell'art. 2 Cost., con riferimento alle singole prerogative della persona, v., anche, M. BESSONE e G. FERRANDO, voce *Persona fisica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, 193 ss., in ispecie 196. Muove dall'esistenza di un diritto generale della personalità quale «diritto globale, le cui facce, immagini, aspetti, sono di volta in volta derivati dalla situazione in cui la persona vive», G. ALPA, *Il diritto generale della personalità e le sue fattispecie*, in G. ALPA e G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. di Diritto civile*, dir. da R. Sacco, *Le persone e la famiglia*, vol. I, Torino, 2019, II ed., 329, in cui è assegnata rilevanza essenziale all'art. 2 Cost., sul dettato del quale «si possono fondare […] nuovi diritti della personalità», senza, tuttavia, escludere «che il legislatore ordinario possa variamente conformarne l'ampiezza e l'esercizio».

Avverte, tuttavia, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2008, IV ed., 99, che «il diritto non conosce l'unità della persona […], poiché esso sceglie e tutela singoli interessi».

[7] In questo senso, eloquenti sono le pagine di T. AULETTA, *Il diritto alla riservatezza e* «droit à l'oubli», cit., 129 ss. e di G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, cit., 816.

[8] L'osservazione è di G. B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, cit., 816, il quale tratteggia in termini di specia-

Codesta osservazione assume ancóra più rilevanza, giacché l'inarrestabile diffusione dell'utilizzo della Rete *Internet* rende palese come il diritto all'oblio non si riferisca più, soltanto, al problema della rinnovata pubblicazione di un fatto – un tempo reso pubblico, mediante mezzi di diffusione tradizionali, e, quindi, potrebbe dirsi, ritornato, atteso lo scorrere inesorabile del tempo, a essere riservato –, attestandosi, oggi, invece, quale istanza vòlta ad evitare la costante permanenza di eventi accaduti in passato nello sconfinato contenitore di informazioni, rese sempre disponibili, mediante agevoli sistemi di ricerca, anche a distanza di molto tempo e senza alcuna soluzione di continuità, rappresentato appunto dal web [9].

La giurisprudenza nazionale, tuttavia, specie prima dell'emersione del problema in àmbito sovranazionale, ha sovente evocato, e trattato, i problemi posti dal diritto all'oblio come speciali applicazioni del giudizio di bilanciamento tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca [10]. Ben impresso, nei ragionamenti dei giudici nazionali, si rivelava, quindi, il rinvio che, in ordine al diritto all'oblio, una dottrina aveva posto alle «regioni e ragioni del diritto alla riservatezza» [11].

Non di meno, parallelamente, parte degli interpreti, muovendo proprio dal contesto digitale, in cui si avvicendano, e si archiviano, le informazioni, ha iniziato a ricondurre il diritto all'oblio nell'alveo del diritto all'identità personale [12].

Al fine di circostanziare precisamente la richiesta di tutela, che promana dall'interesse a oscurare fatti e

---

lità il diritto all'oblio, rispetto al diritto alla riservatezza, affermando che, affinché sia bilanciata la libertà di informazione con il predetto interesse della persona all'oblio, «quella stessa utilità sociale che, nel passato, aveva giustificato la diffusione di quegli avvenimenti, non può essere successivamente – *sic et simpliciter* – invocata, spentisi gli echi di questi, per giustificare la rinnovata notorietà che si vuol dare loro. È necessaria invece una specifica e rinnovata utilità sociale alla nuova pubblicizzazione degli avvenimenti del passato».

Tiene nettamente distinti i due profili, motivando in tal senso, M. R. MORELLI, voce *Oblio (diritto all')*, cit., 851.

Sul punto, inoltre, v. anche le considerazioni di E. GABRIELLI, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Il diritto all'oblio*, cit., 17.

[9] Afferma, eloquentemente, F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto alla limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in AA.VV., *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, Torino, 2019, 380, che «in questo *mare magnum* sconfinato di informazioni, notizie, dati, immagini, video ecc. – spesso riguardanti persone ben individuate, e per lo più carpite e riprodotti *on-line* nella totale incoscienza degli interessati – sia possibile parlare ancora di oblio, identità, *privacy* e riservatezza, per come si è fatto nella seconda metà del XX secolo, costituisce una pia illusione, destinata a scontrarsi quotidianamente con la più evidente ed elementare realtà contraria».

[10] Lo rileva V. CUFFARO, *Cancellare i dati personali. Dalla* damnatio memoriae *al diritto all'oblio*, in AA.VV., *Persona e mercato dei dati*, a cura di N. ZORZI GALGANO, Padova, 2019, 234.

Un esempio, in tal senso, può essere rintracciato in Cass. 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1384 ss., secondo la quale una pubblicazione a mezzo stampa, che sia tale da porsi in tensione con la sfera di riservatezza altrui, può considerarsi lecita, laddove l'interesse pubblico verso la notizia sia attuale, poiché «non è lecito divulgare nuovamente, dopo un consistente lasso di tempo, una notizia che in passato era stata legittimamente pubblicata».

Cfr., anche, *infra* §§ 6 e 7.

[11] Secondo la nota espressione di G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, cit., 808, il quale ricorda come i menzionati interessi già potessero leggersi nella «disincantata saggezza di Lord Chatam […] quando affermò, dinanzi al Parlamento, che nella capanna del più povero dei sudditi inglesi poteva entrare, non invitato, l'uragano, ma non il Re d'Inghilterra».

[12] In questo senso, v.: G. FINOCCHIARO, *Memoria della Rete e diritto all'oblio*, cit., 398: «il diritto all'oblio è […] una modalità di esplicazione del diritto all'identità personale. Si oblia ciò che non è più parte dell'identità personale di un soggetto»; F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto alla limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, cit., 371 ss.

In forma dubitativa si esprimono: V. BELLOMIA, *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, cit., 83 e 84, secondo la quale «non c'è necessità di identificare […] un ulteriore, nuovo ed autonomo diritto soggettivo, quando esso, più correttamente, può essere inquadrato come una manifestazione dei suddetti diritti alla identità personale ed alla riservatezza, strumentale alla loro piena e compiuta realizzazione»; M.T. LIVI, *Quale diritto all'oblio?*, cit., 52 ss., secondo la quale «il diritto all'oblio è il diritto ad essere dimenticati – ovvero il diritto a che alcune informazioni, che riguardano l'interessato, non vengano conservate nella memoria della rete o comunque non vengano decontestualizzate e portate all'attenzione del grande pubblico della rete – e non il diritto a essere conosciuto e riconosciuto per la propria identità personale» (*ivi*, 146-147).

informazioni personali passate, posti nuovamente – o costantemente – all'attenzione pubblica, gioverà, allora, interrogarsi sui principali diritti che chiedono di essere bilanciati con il diritto all'oblio.

3. – Gli interpreti sovente verificano quali siano le relazioni tra il diritto all'oblio e il diritto di cronaca. La prospettiva, tuttavia, come si vedrà innanzi, deve essere assunta in senso più ampio, verificando i rapporti tra l'oblio e la libertà di informazione.

Proprio sul punto, infatti, si sono concentrate le considerazioni della nota pronunzia a Sezioni Unite, con cui la Suprema Corte ha chiarito i criterî, con i quali bilanciare il diritto di ricordare e l'interesse a non essere ricordati. Precisamente, la pronunzia ha specificato che le tensioni fra il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero – nella peculiare specificazione del diritto di «rievocazione storiografica» – e il diritto all'oblio si palesano specialmente laddove sia lamentata la necessità di impedire che fatti, un tempo lecitamente pubblicati, siano nuovamente posti all'attenzione dei consociati, concludendo che, oltre ai tradizionali criterî, che debbono sempre accompagnare il legittimo esercizio della libertà di informazione, ne emerga in particolare modo uno, affinché possa dirsi giustificata la rievocazione del passato.

La Corte, precisamente, si riferisce al rinnovato interesse pubblico per la questione rievocata, declinato anche nella possibilità di provare la posizione di «personaggio pubblico» del soggetto, al quale i fatti si riferiscono (posizione che, quindi, dovrebbe assegnare rilevanza pubblica alla vicenda narrata), sì da provocare, in questo caso, la recessione del diritto all'oblio, dinanzi a siffatto, peculiare, atteggiarsi della libertà di informare e di rievocazione storica [13].

In modo non dissimile, quindi, da quanto già la dottrina aveva tratteggiato in tempi non più recenti, la Corte ha accentuato quel carattere di utilità sociale, che solo giustifica la rinnovata intromissione nelle sfere private della persona, riesumando eventi passati verosimilmente dimenticati dall'opinione pubblica, e consentendo, quindi, la rinnovata esposizione al pubblico di fatti che l'interesse all'oblio preferirebbe affidare alla dimenticanza generale.

Ciò che, inoltre, dalla pronunzia può essere tratto, quale utile spunto di riflessione, è la conferma che nell'ordinamento assuma evidente rilevanza il diritto di (far) ricordare, e di (concorrere a) formare una memoria storica, relativa a determinati fatti, accadimenti, o peculiari informazioni, riferibili anche alla precisa identificazione della persona, che abbiano carattere storico, tratteggiando un interesse che specifica ulteriormente l'espressione, e il contenuto, pacificamente assegnati alla libertà di informazione [14].

---

[13] In questo senso, Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, cit., secondo la quale: «quando però una notizia del passato, a suo tempo diffusa nel legittimo esercizio del diritto di cronaca, venga a essere nuovamente diffusa a distanza di un lasso di tempo significativo, sulla base di una libera scelta editoriale, l'attività svolta dal giornalista riveste un carattere storiografico; per cui il diritto dell'interessato al mantenimento dell'anonimato sulla sua identità personale è prevalente, a meno che non sussista un rinnovato interesse pubblico ai fatti ovvero il protagonista abbia ricoperto o ricopra una funzione che lo renda pubblicamente noto».

Apprezza le riflessioni della sentenza V. CUFFARO, *Una decisione assennata sul diritto all'oblio*, in *Corr. giur.*, 2019, 1195 ss.

[14] Sebbene, tuttavia, in alcuni passaggi, Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, cit., sembri distinguere diritto di cronaca e diritto di rievocazione storiografica (cfr., in particolare § 9), appare necessario precisare che entrambi costituiscono libera manifestazione del pensiero, garantita *ex* art. 21 Cost. (come poi riconosciuto nel principio di diritto, espresso dalla pronunzia). Tenuto, quindi, fermo che diritto di cronaca e la più generale libertà di informazione sono manifestazioni «di un'unica libertà» costituzionale (così, R. ZACCARIA, A. VALASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2021, XI ed., 13), la distinzione evocata dalla Corte risulta utile, ove collocata in prospettiva rimediale, affinché sia adeguatamente bilanciato l'esercizio dei contrapposti diritti. Come si vedrà innanzi (*infra* § 7), infatti, quando rileva l'interesse di ricordare determinati fatti accaduti, e pubblicati, nel passato, il bilanciamento, e i rimedî conseguenti, mutano aspetto, rispetto al consueto modo di bilanciare cronaca e riservatezza.

Diritto, quest'ultimo, che diviene strumento necessario per l'esercizio di ulteriori libertà civili, in funzione servente per la formazione di libere (o, potrebbe dirsi, informate) opinioni sui fatti del passato e, altresì, del presente, fungendo, in estrema sintesi, da strumento essenziale per il pieno svolgimento della personalità [15].

Su questa scia, quindi, i termini del bilanciamento fra diritti, proficuamente effettuato dalla Suprema Corte, restituiscono l'immagine della fondamentale esigenza riannodata all'oblio, la quale investe il diritto della persona di rimanere oscurata nella sua identificazione, quale punto di riferimento di determinate, passate, vicende. Oscuramento, che si rivela funzionale al rispetto della sua attuale identità, ovverosia della propria attuale immagine sociale, salvaguardando, da un lato, la libera scelta editoriale di narrare fatti storici, e, dall'altro, la dignità della persona di restare nell'ombra, in assenza di pressanti esigenze di utilità pubblica e sociale, che ne reclamino la precisa, rinnovata, individuazione.

Ricollocando codeste osservazioni nell'universo digitale, là dove dati e informazioni non subiscono alcuna possibilità di dimenticanza, essendo sempre conoscibili mediante l'interrogazione dei motori di ricerca, la questione della corretta rappresentazione della identità della persona si rinnova e trova nell'oblio il suo principale strumento. In altri termini, rivolgendosi a informazioni, dati personali, notizie, archiviate in *Internet*, e, quindi, scolpite pubblicamente nel tempo, il diritto all'oblio travalica i confini della riservatezza e si colloca nel perimetro dell'identità personale; sulla quale sarà necessario soffermarsi brevemente, in ispecie per osservare i rinnovati caratteri che la stessa palesa nello scenario digitale.

---

[15] In questo senso, la giurisprudenza costituzionale ha da tempo remoto riconosciuto come la libertà di manifestazione del pensiero costituisca la «pietra angolare dell'ordine democratico» (Corte Cost. 17 aprile 1969, n. 84, in *www.giurcost.org*, richiamata, di recente, da Corte Cost., 26 giugno 2020, in *Pluris*) e ribadisce, oggi, come codesta libertà, rechi con sé anche un «correlativo diritto all'informazione dei cittadini», il quale, in virtù del «pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie», consente ai consociati di essere posti «in condizione di compiere […] valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali contrastanti» (così, Corte Cost., 25 luglio 2019, n. 206, in *www.cortecostituzionale.it*, al § 5.2). Non mancano affermazioni, sovente svolte in via incidentale, secondo le quali la libertà di manifestazione del pensiero si compone, sia di un «risvolto attivo», sia di uno «passivo», consistente, quest'ultimo, nel diritto di essere informati: cfr., espressamente, sebbene incidentalmente, Corte Cost. 20 luglio 1990, n. 348, in *Pluris*; Corte Cost. 26 maggio 2017, n. 122, in *Pluris*.

La configurazione di un autentico diritto di essere informati, tuttavia, è controversa (in senso positivo, v. la ricostruzione di N. LIPARI, *Libertà d'informazione o diritto ad essere informati? (Spunti di riflessione)*, in *Riv. radiodiffusioni e telecomunicazione*, 1978, 1 ss., criticato da G. B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, cit., 801 ss.). Parte degli interpreti hanno riconosciuto che, nell'alveo del dettato dell'art. 21 Cost., rientra non solo la libertà di manifestare attivamente il proprio pensiero, da cui promanano l'esercizio dei diritti di cronaca, critica e satira, bensì anche, quantomeno, l'interesse a ricevere una corretta informazione, funzionale alla concreta attuazione del principio di dignità personale: cfr., sul punto, P. PERLINGIERI, *Informazione, libertà di stampa e dignità della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 235 ss.; V. CUFFARO, *Profili civilistici del diritto all'informazione*, Napoli, 1986, 33 ss. La duplicità di significato «dell'interesse all'informazione» come «diritto ad informare e diritto ad essere informati» è riconosciuta da E. QUADRI, *Soggetti*, in F. BOCCHINI, E. QUADRI, *Dritto privato*, VII ed., Torino, 2018, 324.

La dottrina costituzionalistica non manca di circostanziare ulteriormente il significato dell'interesse di essere informati, dubitando che possa logicamente collocarsi entro il dettato dell'art. 21 Cost. (così, in particolare, A. PACE, *Libertà di informare e diritto ad essere informati: due prospettive a confronto nell'interpretazione e nelle prime applicazioni dell'art. 7, primo comma, del T. U. della radiotelevisione*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, t. II, Milano, 2008, 1995 ss.) e precisando che l'interesse a ricevere informazioni, e comunque a poter accedere alle medesime, radica la sua esistenza in altre disposizioni costituzionali. Se, infatti, nei principî di cui all'art. 21 Cost. può senz'altro rintracciarsi la libertà di informarsi, intesa come diritto a ricercare notizie, e di accedere a fonti o informazioni, quale aspetto strumentale e servente rispetto al pieno esercizio della propria libertà di pensiero, la prospettiva muta laddove si consideri il diritto ad essere informati come interesse capace di incidere sul contenuto dell'attività di chi eserciti il diritto all'informazione. In questo senso, si è ritenuto che il diritto all'informazione possa dirsi realmente soddisfatto, tenendo indenne la piena libertà di manifestare il proprio pensiero, tramite il principio del «pluralismo esterno», mediante il quale sia consentita l'espressione della massima «pluralità di voci concorrenti»: così, Corte Cost. 25 luglio 2019, n. 206, cit. Sul punto, v., in dottrina, R. ZACCARIA, A. VALASTRO, E. ALBANESI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 23 e 24.

4. – Gli interrogativi sull'identità sono molteplici. In questa sede, deve essere posto l'accento sul fatto che il diritto all'identità personale ha senz'altro configurato, nella storia dei diritti della personalità, l'esempio più eloquente di apertura del sistema a nuove prospettive di tutela civile della persona [16]. In questo senso, l'evoluzione giurisprudenziale ha posto in luce l'ascesa di nuovi diritti, che ha accompagnato, alla tutela civile dell'onore, della reputazione, e più in generale dell'integrità morale, anche il rispetto dell'identità personale, quale diritto radicato direttamente nel principio personalista racchiuso nell'art. 2 Cost. [17]

Su questa scia, l'identità personale ha assunto i caratteri del diritto di ottenere tutela per la propria immagine sociale, restituita dalle proprie convinzioni religiose, morali, sociali e politiche, che segnano la differenza fra ogni individuo e ne costituiscono l'elemento peculiare [18]. L'identità personale, pertanto, intesa come «identità ideale» [19], è strettamente legata allo sviluppo della personalità dell'individuo nella società; in parti-

---

[16] Per osservazioni in tal senso, v., in particolare, F. Di Ciommo, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di* Internet, in AA.VV., *Persona e tutele giuridiche*, a cura di G. Comandè, Torino, 2003, 3 ss.; G. Alpa, *La responsabilità civile*, Torino, 2017, II ed., 309 ss.

Osservazioni, anche in prospettiva storica, si rintracciano in S. Piccinini, *Appunti sui diritti della personalità e sui c.d. nuovi diritti. Tutela e promozione della identità personale*, in *Dir. fam. pers*., 2021, 227 ss.

[17] Sul tema, v., ora, ampiamente, G. Alpa, *Il modello codicistico dei diritti della personalità*, in G. Alpa, G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, cit., 316 ss.

La verifica della rilevanza diretta dei principî costituzionali apre un tema che è stato, ed è tornato, a oggetto di studî profondi, che hanno inciso sul modo di intendere la struttura della norma giuridica, ed il suo rapporto coi principî (sul punto, v. F. Addis, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1019 ss.), rinnovando la questione della diretta applicabilità dei precetti costituzionali nei rapporti tra privati. Cfr., fra i contributi più recenti: G. Benedetti, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1103 ss., ora in G. Benedetti, *Oltre l'incertezza*, Bologna, 2020, 83 ss.; A. Zoppini, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (principî e problemi della* drittwirkung *nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 712 ss.; C.M. Mazzoni, in C.M. Mazzoni, M. Piccinni, *La persona fisica*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2016, 159 ss.; F. D. Busnelli, *Le alternanti sorti del principio di dignità umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1071 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, IV ed., 163 ss., e 204 ss.; N. Lipari, *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021, 48 ss.

Con peculiare riferimento all'applicazione diretta dell'art. 2 Cost., per il riconoscimento del diritto all'identità personale, v. P. Zatti, *Il diritto alla identità personale e l'applicazione diretta dell'art. 2 Cost.*, in AA.VV., *Il diritto alla identità personale*, a cura di G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi, cit., 53 ss.

[18] Il consolidamento del diritto all'identità personale, come situazione giuridica soggettiva di cui chiedere tutela, si è snodato attorno a un formante giurisprudenziale sorto, in ispecie, nella giurisprudenza di merito: cfr., tra i casi più noti: Pret. Roma, 7 maggio 1974, in *Foro it.*, 1974, I, c. 3227; Pret. Torino, 30 maggio 1979, in *Giust. civ*., 1980, I, 965 ss., con nota di M. Dogliotti, *Tutela dell'onore, dell'identità personale e questioni di «compatibilità»*; Pret. Roma, 2 giugno 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I, 632 ss., con nota di M. Dogliotti, *Diritto all'identità personale, garanzia di rettifica e modi di tutela*; Pret. Roma, 12 novembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1008 ss.; Trib. Roma, 27 marzo 1984, in *Giur. it.*, 1985, I, c. 13 ss.; App. Roma, 6 ottobre, 1986, in *Dir. informaz. e inf.*, 1987, 214 ss.

Quanto alla giurisprudenza successiva, v., in particolare: Cass. 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2211 ss.; Cass. 5 aprile 2012, n. 5525, in *Foro it.*, 2013, I, c. 305 ss. Il concetto è inoltre sviluppato dalle pronunzie specificamente dedicate al diritto all'oblio e riferite *infra* §§ 6 e 7.

Sull'identità personale, quale diritto fondamentale della persona, v., inoltre: AA.VV., *Il diritto alla identità personale*, a cura di G. Alpa, M. Bessone, L. Boneschi, 1981, Padova; G.B. Ferri, Privacy *e identità personale*, in *Riv. dir. comm*., 1981, II, 379 ss.; A. Gambaro, *Falsa luce agli occhi del pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 84 ss.; F. Macioce, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984, 7 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Impressioni sull'identità personale*, in *Dir. informaz. e inf.*, 1985, 561 ss.; A. Cataudella, *Dignità, decoro e identità personale*, *ivi*, 1985, 574 ss.; U. Natoli, *Sul diritto all'identità personale: riflessioni introduttive*, *ivi*, 1985, 561 ss.; V. Zeno-Zencovich, voce *Identità personale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. IX, Torino, 1993, 294 ss.; G. Finocchiaro, voce *Identità personale (diritto alla)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, *Aggiornamento* V, Torino, 2010, 721 ss.; G. Pino, *L'identità personale*, in *Tratt. di biodiritto*, dir. da S. Rodotà e P. Zatti, vol. I, *Ambito e fonti del diritto*, a cura di S. Rodotà, M. Tallacchini, Milano, 2010, 297 ss.; M. Tampieri, *L'identità personale: il nostro documento esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1195 ss.; C. Irti, *Dato personale, dato anonimo e crisi del modello normativo dell'identità*, in *Jus civile*, 2020, 2, 379 ss.

[19] Così, G. Alpa, *Il diritto generale della personalità e le sue fattispecie*, in G. Alpa, G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, cit., 353.

colare, al suo valore morale, come emergente dalla percezione che la collettività, in un dato periodo storico, ha di una persona.

Ne segue che è connaturata, al diritto all'identità personale, la pretesa di ottenere che quanti abbiano falsato, o comunque distorto, l'immagine ideale e sociale di una persona, debbano essere obbligati, ora a cessare siffatta condotta, ora, al ricorrere dei presupposti, alla necessaria riparazione del pregiudizio cagionato a un diritto della personalità, ormai saldamente considerato tale da dottrina e giurisprudenza [20].

Gli interpreti hanno bene messo in luce come le questioni più gravi, collegate alla tutela dell'identità personale, siano oggi palesate dal dilagare di contenuti, riguardanti la rappresentazione della propria identità morale, all'interno, e mediante, la Rete *Internet*.

Sia l'attività dei motori di ricerca, sia le dinamiche dei *social networks*, infatti, sono oggi moltiplicatori di occasioni in cui l'identità della persona può rischiare di essere restituita in modo scorretto. In particolare, nella sfera digitale, possono coesistere elementi riferibili a deliberate distorsioni dell'identità personale di un soggetto, assieme a informazioni relative a fatti storici, che non corrispondono più al significato attuale dell'identità morale della persona.

Del pari, nella Rete insistono molteplici informazioni, spesso contenenti dati personali, validamente diffuse dal soggetto a cui si riferiscono, le quali contribuiscono a restituire un profilo della sua identità, che non si limita al significato ideale, sin ora descritto, valendo, altresì, a tratteggiare le preferenze commerciali e le proprie attitudini personali (inerenti, a titolo di esempio, a opinioni politiche, propensioni al consumo, *etc.*).

Tutte queste informazioni restano sospese nella rete, costituendo un archivio, risultante dalla sommatoria dei siti, nei quali sono custodite, indicizzato dai motori di ricerca. Ogni informazione ivi collocata contribuisce a formare l'identità digitale oggettiva di una persona [21]. Oggettiva, poiché è quella che gli utenti del *Web*, i quali vogliano rintracciare informazioni su un soggetto, riescono immediatamente a percepire, mediante il semplice utilizzo di un motore di ricerca, a titolo di esempio, digitando il nome della persona, verso la quale rivolgono il proprio interesse.

---

[20] Sul punto, v., con riferimento alla tutela civile dell'identità personale, G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., 318, e, più in generale, con riguardo all'apertura del sistema di responsabilità civile alla tutela di diritti della personalità non tipizzati, M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2020, II ed., 149 ss.

Sulla riparazione del danno non patrimoniale, come mezzo di tutela della personalità, v. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 22 ss.

[21] M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della* privacy *e intelligenza artificiale*, in *Jus civile*, 2021, 1, 4 ss., *ivi*, 5 e 6, descrive questo fenomeno come «la somma dei criteri identificativi di una certa funzione che una persona intende svolgere connettendosi alla rete».

Diverso, e non inerente ai problemi esaminati in questa sede, è il tema relativo alla identità digitale che potrebbe definirsi soggettiva, ovverosia quella che un utente della rete crea, svincolandola deliberatamente da riferimenti concreti all'identità fisica e alle sue reali generalità, impiegandola, a titolo di esempio, nell'utilizzo di *social networks*, mediante l'utilizzo di codici elettronici e di chiavi di accesso. Sul punto, v. G. FINOCCHIARO, voce *Identità personale (diritto alla)*, cit., 737 e 738.

Sulle ricostruzioni concettuali dell'identità nella sfera digitale, v., in particolare: G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. informaz. e inf.*, 2007, 511 ss.; G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. impr.*, 2017, 723 ss.; G. RESTA, *Chi controlla la nostra identità digitale dopo la morte?*, in *GiustiziaCivile.com*, 2018; M. BIANCA, *La* filter bubble *e il problema dell'identità digitale*, in *Riv. di diritto dei media*, 2019, 2, 1 ss.; M. C. PERCHINUNNO, *Identità personale, identità digitale e diritto di cronaca*, in *Contr. impr.*, 2020, 1430 ss. Il concetto è espressamente previsto in materia penale, laddove è punito il *"*furto di identità digitale*"* (art. 640-*ter*, cod. pen.).

Sul ruolo del consenso nell'utilizzo dei *social networks*, e quindi nell'edificazione del proprio profilo personale *online*, v.: C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei* social networks, Napoli, 2014, 66 ss. e 84 ss.; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411 ss.; F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. impr.*, 2019, 34 ss.

I problemi dell'identità personale, allora, se raffrontati con l'esigenza di oscurare quanto non sia corrispondente con l'immagine sociale attuale della medesima, si rinnovano, ove siano collocati nel quadro che di quella identità emerge dal mondo digitale: da un lato, infatti, appare sicuro che la conoscenza dei fatti storici, non solo tramite la ripubblicazione degli stessi su contenuti diffusi a mezzo stampa, ma anche mediante la continua disponibilità dell'archiviazione *online*, possa rivelarsi socialmente utile; vieppiù, peraltro, laddove descriva evenienze di interesse pubblico, ovvero laddove si riveli servente rispetto a esigenze di rilevanza (normativa) almeno pari a quella dell'interesse all'oblio (ovverosia, costituzionale); da altro, però, ogniqualvolta siffatta utilità non sia trasparente, ad essere preminente è l'interesse alla corretta informazione sull'identità personale digitale, che si risolve in una corretta rappresentazione della persona, come risultante dal coacervo di informazioni che la Rete restituisce su di essa.

Interesse che, pertanto, trova soddisfazione, in ipotesi consimili, tramite l'oscuramento di informazioni non più attuali, che, se pur vere, e finanche pubblicate lecitamente, si rivelino distorsive, rispetto al significato morale e ideale della persona, come emergente, in un determinato periodo storico, dal tessuto sociale, nel quale la stessa è collocata.

Ove sia condivisa l'immagine sin qui tratteggiata dei contrapposti interessi, appare di stretta necessità saggiare i rimedî che attualmente dottrina e giurisprudenza hanno proposto e predisposto con riferimento alla tutela del diritto all'oblio.

5. – La dottrina ha osservato che, nonostante la rubrica dell'articolo 17 del Reg. UE n. 679/2016 si riferisca esplicitamente – ma tra parentesi – al diritto all'oblio, le nuove norme in materia di dati personali non offrono novità di contenuti normativi, con riferimento al menzionato tema. Il contenuto dell'art. 17 Reg. UE n. 679/2016, infatti, pone principalmente riguardo all'eliminazione, ove possibile, di dati personali da un archivio, e il rimedio, per come disciplinato, sebbene possa avere come esito il medesimo che persegue il diritto all'oblio – vale a dire l'oscuramento di informazioni che contengano dati personali [22] – non appare foriero di utili indicazioni applicative per il concreto bilanciamento del diritto all'oblio, e dei suoi plurimi significati, con la libertà di informazione [23].

È stato, infatti, osservato che la nuova norma, annoverando nelle eccezioni al diritto di ottenere la cancellazione dei dati personali la «libertà di espressione e di informazione», ovverosia il termine di paragone da valutare nella complessiva regolazione delle contrapposte pretese, si limita a ribadire la consistenza del problema, piuttosto che offrire spunti ulteriori per risolverlo [24]. Del pari, menzionando le finalità di «archiviazione nel pubblico interesse», anche ai fini di «ricerca storica», quali ulteriori limitazioni del diritto alla cancellazione, appare evidente che il legislatore europeo abbia sorvolato le peculiarità rimediali offerte dalla deindicizzazione [25], tratteggiata, dalle pronunzie, sia italiane, sia sovranazionali, come punto di caduta di un

[22] In questo senso, v. G. Finocchiaro, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. informaz. e inf.*, 2014, 591 ss.

[23] Notazioni in questo senso sono in F. Di Ciommo, *Diritto alla cancellazione, diritto alla limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, cit., 356 ss. e 371 ss.

[24] Critico sul punto V. Cuffaro, *Cancellare i dati personali. Dalla* damnatio memoriae *al diritto all'oblio*, cit., 227. Cfr., sul punto, anche, M. Zanichelli, *Il diritto all'oblio tra* privacy *e identità digitale*, cit., 12 e M.T. Livi, *Quale diritto all'oblio?*, cit., 107, la quale indica che nella disposizione normativa menzionata nel testo sia racchiusa una «delega di bilanciamento in concreto».

[25] F. Di Ciommo, *Diritto alla cancellazione, diritto alla limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, cit., 370.

Osservano S. Bonavita, R. Pardolesi, Gdpr *e diritto alla cancellazione (oblio)*, in *Danno e resp.*, 2018, 269 ss., *ivi* 281, che, la

equo contemperamento tra i distinti interessi, che la norma mentovata, invero, sembrerebbe porre in rapporto di reciproca esclusione; con ciò confermando, in realtà, di aver disciplinato, non già un nuovo e ulteriore diritto soggettivo, bensì uno strumento tecnico di tutela del diritto alla riservatezza e del diritto al corretto trattamento dei dati personali [26], nella più ampia prospettiva di contemperazione dei menzionati diritti a fronte del principio di libera circolazione dei dati (art. 1 Reg. UE n. 679/2016) [27].

Cancellazione e deindicizzazione, infatti, dimostrano doti rimediali distinte – impressione, peraltro, già palesata dagli interpreti prima della vigenza dell'attuale Regolamento sulla *privacy* [28] – consequenziali a logiche di bilanciamento parimenti differenziate: la prima, riferita ai rapporti tra riservatezza e libertà di informazione, da risolvere secondo i noti criterî deputati a ponderare l'applicazione concreta dei menzionati interessi [29]; la seconda, invece, imposta dalla necessità di trattare diversamente la distinta ipotesi in cui il fatto storico, già lecitamente pubblicato, e rimasto sospeso nel sistema di indicizzazioni attuato dai motori di ricerca, denoti ancóra profili di interesse generale, così bilanciando il diritto di ricordare col diritto al rispetto della propria identità personale.

Comprova siffatte osservazioni la nota evoluzione giurisprudenziale che ha preso avvio, proprio con riferimento alla tutela della sfera privata del singolo nel mondo digitale, con la decisione della Corte UE, Grande

---

norma dell'art. 17 Reg. U. E. n. 679/2016 «non pare disciplinare nessuna delle due (o più) anime del diritto all'oblio, men che mai il diritto alla deindicizzazione».

[26] Incidentalmente, ma in via strumentale alle conclusioni che si formuleranno infra al § 7, deve essere osservato che il diritto al trattamento dei dati personali investe «un àmbito fenomenico ben più esteso rispetto a quello della tutela della «sfera privata»; «quest'ultima», infatti, «non comprende, ad esempio, le informazioni di dominio pubblico (così, G. RESTA, *I dati e le informazioni*, in G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. di Diritto civile*, dir. da R. Sacco, *Le persone e la famiglia*, vol. I, Torino, 2019, II ed., 455 e nota 6). Anche a fronte, invero, della nozione normativa di «dato personale» (art. 4, n. 1, Reg. Ue 679/2016) si pone in luce come la stessa si riferisca a «qualsiasi informazione», relativa a una persona fisica «identificata o identificabile», sì da rivolgersi, non solo a informazioni strettamente riservate (ed alla pretesa che rimangano tali), bensì anche a dati posti all'infuori della sfera personale, sovente oggetto di scambio, specie al fine di usufruire dei servizi propri della sfera digitale (M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della* privacy *e intelligenza artificiale*, cit., 8). In questo senso, la disciplina sul trattamento dei dati personali riguarda precisamente l'interesse al controllo del flusso di informazioni, di qualsivoglia natura, riferibili alla persona, potenzialmente soggette al principio di libera circolazione (art. 1, Reg. Ue 679/2016). In merito a codesti profili, v.: V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2018, 1098 ss.; G. VISINTINI, *Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, in *Dir. informaz. e inf.*, 1 ss.

[27] La conferma è tratta da F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto alla limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, cit., 353, muovendo dall'argomento, secondo il quale, ove la cancellazione sia illecitamente negata, le conseguenze risarcitorie discenderanno dall'aver violato un ulteriore e diverso diritto, ovverosia il diritto al corretto trattamento dei dati personali.

Sul dibattito insorto sulla natura del potere attribuito al singolo, in merito alle situazioni soggettive raccolte attorno al concetto di «protezione dei dati personali», v.: A. DI MAJO, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in AA.VV., *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO-ZENCOVICH, Milano, 1998, 225 ss.; L.C. UBERTAZZI, *Proprietà intellettuale e* privacy, in *Foro it.*, 2014, V, c. 93 ss., per la riconduzione delle stesse a «diritti di natura patrimoniale»; in senso, opposto, per la collocazione del tema entro l'àmbito dei diritti della personalità, v. G. RESTA, *I dati e le informazioni*, in G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, cit., 458, 459.

Sulla questione menzionata, v., infine: V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. informaz. e inf.*, 2018, 689 ss.; G. ALPA, *La "proprietà" dei dati personali*, in AA.VV., *Persona e mercato dei dati*, a cura di N. ZORZI GALGANO, Padova, 2019, 11 ss.; più in generale, sul possibile sfruttamento economico degli attributi immateriali della persona, v.: G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; M. PROTO, *Il diritto e l'immagine*, Milano, 2012, 10 ss. e 235 ss.

[28] G. FINOCCHIARO, *La memoria della Rete e il diritto all'oblio*, cit., 393 ss.

[29] Cfr. F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto alla limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, cit., 364, il quale opportunamente integra il modo di intendere i limiti, normativamente disposti al diritto alla cancellazione, dall'art. 17, terzo paragrafo, lett. *a*), Reg. UE n. 679/2016, alla luce dei principî giurisprudenziali affermati in tema di rapporti tra riservatezza e libertà di informazione; in merito ai quali, v. *infra* § 7, alla nota 44.

Sezione, 13 maggio 2014, C-131/12. Codesta pronunzia, infatti, al fine di concedere efficace tutela al diritto all'oblio nella sfera digitale, ha tratteggiato la «soppressione, dall'elenco dei risultati conseguente a una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei *link* verso le pagine *web* pubblicate da terzi», quale rimedio autonomo, che deve trovare applicazione «anche nel caso in cui tale nome», o le informazioni personali del soggetto così identificato, «non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine *web* di cui trattasi»; indicando, altresì, il limite del menzionato rimedio, a fronte di «ragioni particolari», ravvisate nel ruolo ricoperto dal soggetto, al quale si riferiscono le informazioni, nella vita pubblica [30].

Fra gli elementi di novità della pronunzia, ciò che rileva in modo peculiare per il tema in esame è appunto il concetto di deindicizzazione, che, anche nella giurisprudenza nazionale successiva, ha assunto il ruolo di precisa conseguenza rimediale, essenzialmente legata alla tutela dell'identità personale nella sfera digitale, mediante il diritto all'oblio.

6. – Alla luce di quello che è stato l'intervento delle Sezioni Unite, e del parallelo sviluppo giurisprudenziale che ha riguardato il diritto all'oblio nella sfera digitale, appaiono ormai acquisiti i dati relativi ai rapporti tra oblio e informazione, diffusa a mezzo stampa.

Tuttavia, qualsiasi pubblicazione a stampa, oggi, trova sede peculiare anche nella Rete *Web*, nella quale sono messi a disposizione degli utenti archivi digitali che rendono sempre disponibile la notizia.

Il tema, quindi, relativo alla tutela dell'identità personale, come emergente nello spazio digitale, resta aperto.

Sul punto, proficue riflessioni, anche vòlte a sviluppare il tema dei distinti rimedî posti a presidio del diritto alla riservatezza e del diritto all'identità personale, mediante l'oscuramento di fatti del passato, possono essere tratte dall'esame della giurisprudenza nazionale più recente. Del tutto peculiare, infatti, è stato lo sviluppo della giurisprudenza italiana sul punto. La Suprema Corte, dopo le prime pronunzie di apertura, nelle quali si è strutturata concettualmente la pretesa a restare nell'oblio, come strumento funzionale alla tutela del diritto alla riservatezza [31], ha opportunamente sceverato, nelle questioni sottoposte al suo esame, fra i problemi sollevati dalle pubblicazioni (diffuse esclusivamente) a stampa e quelli emergenti dalla tenuta degli ar-

---

[30] Così, Corte UE, Grande Sezione, 13 maggio 2014, C-131/12, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1954 ss., con nota di G. GIANNONE CODIGLIONE, *Motori di ricerca, trattamento dei dati personali ed obbligo di rimozione: diritto all'oblio o all'autodeterminazione informativa?*

Le Corti sovranazionali sono intervenute ulteriormente sul tema. Cfr.: Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 19 ottobre 2017, ric. n. 71233/2013, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, 215 ss.; Corte UE, Grande Sez., 24 settembre 2019, C-136/17, in *www.dirittifondamentali.it*; Corte UE, 24 settembre 2019, C-507/2017, in *www.federalismi.it*; Corte Ue., 3 ottobre 2019, C-18/18, in *Pluris*.

Sull'evoluzione giurisprudenziale menzionata nel testo, v.: S. MARTINELLI, *Diritto all'oblio e motori di ricerca. Memoria e* privacy *nell'era digitale*, cit., 156 ss.; V. BELLOMIA, *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, cit., 91 ss.; M.T. LIVI, *Quale diritto all'oblio?*, cit., 167 ss.

[31] In particolare, v. Cass. 9 aprile 1998, n. 3679, cit. e, più di recente, Cass. 20 marzo 2018, n. 6919, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1151 ss., con nota di R. PARDOLESI, S. BONAVITA, *Diritto all'oblio e buio a mezzogiorno*, la quale, nel tentativo di ulteriormente specificare i presupposti legittimanti la compressione del diritto all'oblio, a favore del diritto di cronaca, ha invero destato i dubbî che hanno condotto Cass. 5 novembre 2018, n. 2804, in *Foro it.*, 2019, 1, c. 227 ss., a rimettere alle Sezioni Unite la definizione dei criterî di bilanciamento tra i mentovati diritti (sull'Ordinanza, v. F. DI CIOMMO, *Oblio e cronaca: rimessa alle Sezioni Unite la definizione dei criteri di bilanciamento*, in *Corr. giur.*, 2019, 5 ss.).

In dottrina, v., per l'impostazione che colloca l'oblio entro il novero delle questioni da risolversi mediante il bilanciamento col diritto di cronaca: G. NAPOLITANO, *Il diritto all'oblio esiste (ma non si dice)*, in *Dir. informaz. e inf.*, 1996, 422 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, II ed.; P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, I, *Le fonti. I soggetti*, Torino, 2020, 204 ss.

chivi digitali dei quotidiani. Quale ulteriore specificazione, inoltre, del tema inerente alla diffusione delle notizie su *Internet*, si è innestata anche la questione relativa al trattamento dei dati personali effettuato dai motori di ricerca *online*, i quali non archiviano direttamente la notizia, bensì rendono disponibile il collegamento alla stessa, mediante un sistema di indicizzazione dei risultati ottenuti a séguito della ricerca [32].

Movendo da codesto quadro, si sono susseguite pronunzie, dalle quali è lecito trarre un contenuto minimo comune, che si raccoglie attorno alla tutela civile dell'identità personale del soggetto a cui si riferiscono notizie e informazioni, sì da governare il bilanciamento del diritto all'oblio, con i contrapposti già menzionati interessi, mediante gli strumenti, e gli argomenti, alla stessa riferibili.

Non è mancata, infatti, una giurisprudenza che è giunta finanche a imporre un sistema idoneo a segnalare, in tutti i documenti contenenti notizie riferite a fatti di cronaca già pubblicati e poi archiviati *online*, il loro eventuale sviluppo, tenendoli, quindi, aggiornati [33]. A tale conclusione, peraltro, la predetta pronunzia è giunta motivando che, laddove si rilevi un interesse pubblico alla conoscenza di fatti già pubblicati in passato, possa essere comunque necessario assicurare tutela alla corretta rappresentazione dell'identità personale dell'interessato, se le riferite vicende siano poi state oggetto di sviluppo, dovendo così essere contestualizzate e aggiornate [34].

L'identità personale, allora, si pone come ulteriore garanzia dello sviluppo della personalità del soggetto, tutelando la corretta rappresentazione della sua identità digitale oggettiva, anche dinanzi ad aspetti che il diritto alla riservatezza, non avrebbe potuto coprire agevolmente, giacché un fatto storico già lecitamente pubblicato, contenuto negli archivi digitali, ben potrebbe palesare l'interesse a essere oggetto di archiviazione nel pubblico interesse, o di ricerca storica (circostanza, quest'ultima, oggi rilevante normativamente *ex* art. 17, par. 3, lett. *d*), Reg. Ue, 679/2016), così precludendo la pretesa alla sua radicale e definitiva cancellazione [35].

La successiva evoluzione giurisprudenziale ha confermato questa impostazione: si è, infatti, posto in luce che il diritto all'oblio, dinanzi alle questioni sollevate dall'identità digitale, trascorre, dal confine della riservatezza, «all'identità sociale del soggetto» [36]; di questa identità il peculiare termine di paragone diviene «l'interesse alla conoscenza del dato di cronaca» [37], quale interesse riferibile «alla collettività», affinché la stessa sia «informata e» conservi «memoria del fatto storico»; interesse, che le pronunzie affermano come

---

[32] Su codesto profilo, cfr. le riflessioni di G. FINOCCHIARO, *La memoria della Rete e il diritto all'oblio*, cit., 391 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, cit., 599, in cui si afferma che, nel contesto dell'attività svolta dai motori di ricerca, l'identità della persona non è rappresentata in un «archivio», bensì in un mero, disordinato, «deposito», in cui si «crea, attraverso i motori di ricerca, l'immagine della persona».

[33] Cass. 5 aprile 2012, n. 5525, in *Dir. informaz. e inf.*, 2012, 383 ss., con nota di G. FINOCCHIARO, *Identità personale su Internet: il diritto alla contestualizzazione dell'informazione* e di T. E. FROSINI, *Il diritto all'oblio e la libertà informatica*; in *Danno e resp.*, 2012, 747 ss., con nota di F. DI CIOMMO, R. PARDOLESI, *Trattamento dei dati personali e archivi storici accessibili in Internet: notizia vera, difetto di attualità, diritto all'oblio*; in *Corr. giur.*, 2012, 769 ss., con nota di A. DI MAJO, *Il tempo siamo noi*.

[34] Cfr., in motivazione, Cass. 5 aprile 2012, n. 5525, cit.

[35] Lungimirante, in questo senso, si è rivelato il Provvedimento del Garante della *privacy* italiano del 11 dicembre 2008 (integralmente consultabile sul sito *www.garanteprivacy.it*), il quale, respinta la richiesta di totale cancellazione di una notizia pubblicata nel passato dall'archivio generale *online* di un quotidiano, atteso che la pubblicazione era avvenuta in «modo lecito per finalità giornalistiche, nel rispetto del principio dell'essenzialità dell'informazione, riguardo a fatti di interesse pubblico», così da palesare, al momento della decisione, l'interesse alla «libera manifestazione del pensiero e, in particolare, la libertà di ricerca, cronaca e critica storica», decise nel senso di imporre, all'Editore, "ogni misura tecnicamente idonea ad evitare che i dati personali del ricorrente contenuti negli articoli oggetto del ricorso siano rinvenibili direttamente attraverso l'utilizzo dei comuni motori di ricerca esterni al proprio sito *Internet*»; anticipando, così, di fatto, il rimedio oggi conosciuto come deindicizzazione.

[36] Così, Cass. 31 maggio 2021, n. 15160, in *Pluris*.

[37] Così, Cass. 19 maggio 2020, n. 9147, in *Giur. it.*, 2020, c. 1329 ss.

esistente con riferimento a notizie idonee a suscitare «o ad alimentare un dibattito su vicende di interesse pubblico, per ragioni storiche, scientifiche, sanitarie o concernenti la sicurezza nazionale» [38], legittimando, così, l'esistenza dell'archivio, la sua tenuta, e la sua accessibilità.

L'interesse precipuo del diritto all'oblio, allora, in questo contesto, è quello di «evitare che la propria persona resti cristallizzata ed immutabile in un'identità legata ad avvenimenti o contesti del passato» [39], che non restituiscano il significato attuale del suo valore morale.

Sembra più che opportuno, allora, porre in luce l'utilità che può restituire il rimedio della deindicizzazione, specialmente dedicato a far fronte al sistema di indicizzazioni connaturato all'attività dei motori di ricerca, applicabile ogniqualvolta la persona interessata non sia pubblicamente nota, poiché la sua notorietà giustifica l'immediata fruibilità della vicenda di vita dell'interessato, veicolando la tutela dell'identità personale, che soggettivamente egli percepisce, a favore del significato oggettivo della medesima identità, il quale è restituito alla collettività dai fatti che ne hanno segnato l'esistenza e, quindi, a cagione della rilevanza di personaggio pubblico dell'interessato, anche remoti [40].

La deindicizzazione, in definitiva, così tratteggiata, posta in rapporto allo stato attuale della tecnica digitale, nel quale gli archivi informatici di notizie sono ormai una costante destinata a consolidarsi in futuro, rappresenta un rimedio che, ove ne ricorrano le condizioni di applicazione, consente di salvare una pubblicazione passata (divenuta fatto storico) da una cancellazione indebita, tutelando, così, anche l'interesse pubblico rivolto a conservare informazioni lecitamente pubblicate, sebbene con forme di accesso che siano tali da non invadere la copertura costituzionale garantita al diritto all'identità personale [41]; evitando, in altri termini, che fatti non più attuali possano inquinare il significato dell'identità morale riconoscibile alla persona, in un determinato periodo storico.

7. – Il disparato inventario di opinioni, e i cospicui interventi giurisprudenziali, sin ora riferiti, segnalano la necessità di restituire i significati attuali del diritto all'oblio, alla luce della sua consacrata recezione entro il reticolo dei diritti della personalità [42], anche per poter ben calibrare le sue precise conseguenze rimediali.

---

[38] Cfr., ancóra, in motivazione, Cass. 31 maggio 2021, n. 15160, cit.

[39] Cass. 31 maggio 2021, n. 15160, cit.

[40] Si sofferma sui dettagli tecnici di tale richiesta, Cass. 21 luglio 2021, n. 20861, in *GiustiziaCivile.com*, 27 settembre 2021, secondo la quale la domanda di deindicizzazione esige la precisa individuazione dei risultati di ricerca che l'attore intenda rimuovere e, quindi, normalmente, l'indicazione degli indirizzi telematici, seppure non escludendo che una «puntuale rappresentazione delle singole informazioni che sono associate alle parole chiave possa rivelarsi […] idonea a dare precisa contezza» dell'oggetto «della domanda, in modo da consentire al convenuto, gestore del motore di ricerca, di apprestare adeguate e puntuali difese sul punto».

Con riferimento ai profili tecnici, inerenti al rimedio menzionato nel testo, v. S. SICA, V. D'AMATO, *La procedura di deindicizzazione*, in *Dir. informaz. e inf.*, 2014, 703 ss.

[41] L'accento su codesto profilo è posto anche da Cass. 19 maggio 2020, n. 9147, cit., e da Cass. 27 marzo 2020, n. 7559, in *Foro it.*, 2021, 1, c. 1549 ss., la quale afferma espressamente che «sussiste *ex* art. 21 Cost., un generale diritto alla conoscenza di tutto quanto in origine lecitamente veicolato al pubblico, con conseguente liceità del fine del trattamento dei dati personali contenuti in un archivio». Coniugando i criterî sin ora esaminati, quest'ultima pronunzia ha affermato che il diritto all'oblio non possa ritenersi violato laddove l'editore abbia adottato un sistema idoneo a escludere l'accessibilità alla notizia, contenuta nell'archivio, tramite i motori di ricerca così detti «generalisti», e nel caso in cui, nell'archivio stesso, siano inseriti aggiornamenti su eventuali sviluppi riguardanti il fatto pubblicato in passato.

Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Milano, 17 giugno 2021, in *De Jure*.

[42] La riduzione ad un unico principio del diritto all'oblio è opera vana e la dottrina lo ha già posto in luce (cfr., in particolare, R. PARDOLESI, *L'ombra del tempo e (il diritto al)l'oblio*, cit., 76 ss.). Tuttavia, sia che lo si voglia qualificare strettamente in termini di diritto soggettivo autonomo (criticamente, sul punto, E. STRADELLA, *Cancellazione e oblio*, in *Rivista A. I. C.*, 2016, 4, 1 ss.), sia lad-

In questo senso, la sfera di rilevanza giuridica del diritto all'oblio muta, alla luce dell'interesse che, nella situazione concreta, vi si contrappone. Precisamente, i caratteri del diritto all'oblio emergono nitidamente, ove ne sia saggiata la relazione, al cospetto di due peculiari interessi, annodati alla libertà di informazione e di manifestazione del pensiero: l'interesse a conoscere, e l'interesse di ricordare.

L'interesse a conoscere – che può racchiudere la necessità di rendere pubblici fatti privati – rappresenta il risvolto principale della libertà di esprimere il proprio pensiero. La garanzia della massima possibilità di informarsi, infatti, non soddisfa una pretesa isolata, bensì alimenta il flusso di dati che consentono il pieno esercizio del diritto costituzionalmente garantito di esprimersi liberamente [43].

Opposto a siffatto interesse è, fra gli altri, il diritto alla riservatezza. Dal conflitto tra libertà di informazione e il menzionato diritto, invero, è emersa la soluzione giurisprudenziale per il caso in cui la prima possa dirsi esercitata nel pieno rispetto del secondo, affidando al principio di essenzialità dell'informazione – che possa, altresì, dirsi vera, esposta in forma oggettiva e ispirata da esigenze di interesse pubblico – la regola del caso concreto [44].

L'interesse a rimanere nell'oblio ha contribuito a perimetrare ulteriormente siffatti criterî, sebbene, in senso stretto, il diritto all'oblio si rivolga a fatti già emersi all'attenzione pubblica. Poiché, infatti, esso riguarda – e, in tempi ormai superati, essenzialmente riguardava – la nuova pubblicazione di fatti svaniti dal patrimonio di conoscenza di una collettività, ponendosi in dialettica con l'interesse di rinnovare la conoscibi-

---

dove si ritenga di risolverlo in una situazione strumentale all'attuazione di altri diritti (quali l'identità personale e la riservatezza: così, G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, cit., 599), non può essere messo in dubbio che l'interesse all'oblio, in particolare inteso quale corretta rappresentazione della propria identità personale nel mondo digitale, dimostri di essere meritevole di tutela come espressione del principio di dignità della persona (in particolare, v. S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, cit., 43 e 44. Cfr., altresì, V. BELLOMIA, *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, cit., 215 e 216).

[43] I riferimenti normativi, che comprovano la rilevanza di codesto interesse, si traggono anche da quanto racchiuso nell'art. 10, primo comma, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, là dove è disposto che la libertà di espressione «include la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee». La medesima formulazione, vòlta a riannodare la libertà «di ricevere o di comunicare informazioni» alla libertà di espressione è racchiusa anche nell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza). Nella prospettiva sovranazionale, quindi, il rispetto della libertà di espressione è arricchito di contenuto (così, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela dell'onore e libertà di espressione. Alla ricerca di un «giusto equilibro» nel dialogo tra Corte Europea dei diritti dell'Uomo e giurisprudenza nazionale*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, 1011 ss.), essendo esplicitamente menzionato il diritto di ricevere, e, quindi, di conoscere, informazioni, affinché possa essere pienamente manifestato il diritto di esprimersi.

[44] La necessità di evitare indebite intrusioni nella sfera privata può condurre a valutare come illecita la diffusione di fatti privati «anche non disonorevoli, ma riservati» (così, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019, II ed., 139) sulla scia della distinzione tra rispetto dell'integrità morale (che impone, affinché sia legittima la cronaca della notizia, la tripartizione di criterî menzionata nel testo) e violazione della riservatezza (v., sul punto, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, cit., 176). La giurisprudenza, sin dalle prime pronunzie ricordate per aver tratteggiato il così detto «decalogo del giornalista» (per tutte Cass. 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro it.,* 1984, I, c. 2711 ss.), ha teso a porre in luce la maggiore ampiezza del diritto alla riservatezza, rispetto al diritto alla reputazione, sì da osservare che la divulgazione informativa, riferita a notizie che abbiano rilevanza pubblica o sociale, debba connotarsi per la sua essenzialità, intesa come necessità indispensabile, considerata l'originalità del fatto o dei modi in cui sia avvenuto (Cass. 12 ottobre 2012, n. 17408, in *Foro it.*, 2013, I, c. 105 ss.). Il principio richiama le «*Regole deontologiche relative al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica*» (cfr. nella loro ultima versione, predisposta col Provvedimento n. 491, del 29 novembre 2018, dal Garante per la protezione dei dati personali) che compendiano i criterî atti a escludere la lesione della riservatezza a fronte della pubblicazione di fatti privati (in ispecie: artt. 6, 8 e 10). Così, non è essenziale la pubblicazione dell'immagine fisica dei protagonisti delle vicende narrate, anche in presenza delle condizioni che legittimano l'esercizio del diritto di cronaca, laddove non si ravvisi uno specifico interesse pubblico a ciò preposto (Cass. 22 luglio 2015, n. 15360, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 89 ss.), oppure ove la pubblicazione dell'immagine si riveli lesiva della dignità personale dell'interessato (e quindi dell'art. 8 delle menzionate Regole deontologiche: Cass. 6 giugno 2014, n. 12834, in *Foro it.*, 2015, I, c. 120 ss.); e, del pari, non rispetta il principio di essenzialità dell'informazione il riferimento alla vita privata dei familiari del soggetto al quale si riferiscano fatti di cronaca, lecitamente pubblicati, laddove tali riferimenti non consentano l'emersione di autonomi profili di interesse pubblico (così, Cass. 11 agosto 2021, n. 22741, in *Pluris*).

lità di fatti accaduti nel passato, il suo contenuto ha consentito l'emersione del requisito dell'attualità dell'interesse pubblico verso la pubblicazione della notizia, quale ulteriore baluardo posto a garanzia della sfera di riservatezza altrui, in diretto adempimento del menzionato principio di essenzialità della informazione pubblicata [45].

In questa accezione, l'oblio, ancóra oggi si riferisce alle «regioni e ragioni» del diritto alla riservatezza, tratteggiandone una specifica applicazione, sì da provocare, in caso di lesione di quel diritto, l'applicazione dei conseguenti rimedî, sia inibitorî, sia risarcitorî, ove siano provate conseguenze pregiudizievoli [46].

L'esito rimediale, tuttavia, muta aspetto – e il concetto di oblio assume un significato tecnico più definito – laddove l'esigenza di tornare nell'oblio sia confrontata con l'interesse di ricordare fatti del passato, di cui possa essere predicata la legittima pubblicazione, nell'esercizio della libertà d'informazione.

L'interesse di ricordare, infatti, tende a mantenere le informazioni, già poste nella disponibilità collettiva, in un archivio storico che non lasci svanire i dati, o i fatti, pubblicati lecitamente. Codesto interesse, che integra il pieno esercizio della libertà di informazione, trova soddisfazione nel diritto di conservare l'accesso a fatti (dati e informazioni) già lecitamente posti all'attenzione pubblica, garantendo ai medesimi una forma di conoscibilità che si irradia nel tempo. La quale, proprio in virtù di siffatta attitudine, costituisce una forma di trattamento di dati (rilevante, giusta la definizione posta dalla norma dell'art. 4, n. 2 Reg. UE n. 679/2016), tale da doversi normativamente svolgere nel pieno rispetto della dignità umana (*ex* art. 1, Reg. UE n. 679/2016).

Dinanzi a siffatta dialettica, emerge un coacervo di rimedî, che racchiudono un significato comune, radunato attorno all'idea, secondo la quale, ciò che ha già passato il vaglio di liceità dell'informazione, poiché presentava in passato gli elementi idonei a giustificare la sottrazione, dalla sfera di riservatezza, di fatti privati, rappresenta oggi un patrimonio di conoscenza, il quale può subire forme di limitazione – e non già di radicale esclusione [47] –, ove il trattamento dei dati si svolga mediante una scorretta rappresentazione dell'identità personale dell'interessato [48].

---

[45] Eloquenti, in tal senso, sono: Trib. Roma 21 novembre 1996, in *Dir. fam. pers*., 1999, 141 ss., che afferma: «pur se la rappresentazione (televisiva), dopo oltre vent'anni dall'accaduto, di un grave e clamoroso fatto di cronaca nera […] costituisce legittimo esercizio […] del diritto di cronaca e dello *"jus narrandi"*», la stessa può comunque «ledere il così detto diritto all'oblio dei familiari, qualora manchi un interesse pubblico attuale a conoscere le vicende stesse»; Cass. 9 aprile 1998, n. 3679, cit. Si riferisce, espressamente, alla necessaria «attualità» dell'interesse pubblico, anche, Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, cit. Tuttavia, la pronunzia si è snodata nell'àmbito di una questione, non soltanto legata all'esercizio lecito del diritto di cronaca, bensì riferita alla rievocazione di fatti già pubblicati, anche se in tempi remoti, rilevando come la scelta di rievocarli non possa «essere messa in discussione in termini di opportunità», quale manifestazione dell'interesse di ricordare fatti passati; la cui tutela – espressamente legata all'art. 21 Cost. – ha imposto, nel caso di specie, la menzione del rimedio della pubblicazione in forma anonima.

Cfr., sul punto, in dottrina: V. CUFFARO, *Cancellare i dati personali. Dalla* damnatio memoriae *al diritto all'oblio*, cit., 234; V. BELLOMIA, *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, cit., 183.

[46] In questo preciso senso, v. F. DI CIOMMO, *Diritto alla cancellazione, diritto alla limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, cit., 364, il quale conclude che, laddove sia difettosa, nell'esercizio del diritto di cronaca, «l'attualità della notizia», oppure ove facciano difetto gli altri requisiti legittimanti il menzionato diritto, «non c'è esercizio del diritto di informazione e, quindi, la deroga al diritto alla cancellazione non opera».

Pertanto, nei limiti in cui sia tecnicamente applicabile, ben potrebbe applicarsi il diritto alla cancellazione (*ex* art. 17, primo paragrafo, lett. *d*), escludendosi il limite di cui al terzo paragrafo, lett. *a*), Reg. UE n. 679/2016), con riferimento a fatti illecitamente pubblicati e, pertanto, indebitamente conservati in archivi digitali.

In questo senso muove, in motivazione, e correttamente, Cass. 31 maggio 2021, n. 15160, cit., secondo la quale «l'interesse pubblico all'informazione […] diviene recessivo allorquando la notizia conservata nell'archivio sia illecita, falsa o inidonea a suscitare» pubblici interessi, di rilevanza almeno pari a «quella assegnata al diritto alla riservatezza e all'identità personale». In questi casi di «illegittima conservazione» dell'informazione il rimedio predisposto è la «cancellazione».

[47] Cfr., in particolare, Cass. 27 marzo 2020, n. 7559, cit., la quale ha giudicato «lecita la permanenza di un articolo di stampa nell'archivio informatico di un quotidiano, relativo a fatti risalenti nel tempo oggetto di cronaca giudiziaria che abbiano ancora un inte-

Giusta siffatta, ulteriore, accezione, in definitiva, il diritto all'oblio rappresenta un interesse, la cui tutela rinnova e arricchisce di contenuto il diritto all'identità personale [49] – che oggi è, vieppiù, identità personale digitale –, la quale, appunto, poiché formata anche dai risvolti pubblici della persona [50], merita di essere descritta per la sua oggettiva, attuale, composizione, al riparo, da un lato, da deliberate (o algoritmiche) distorsioni, e, dall'altro, da compiaciute agiografie personali.

resse pubblico di tipo storico o socio-economico, purché l'articolo sia deindicizzato dai siti generalisti e reperibile solo attraverso l'archivio storico del quotidiano, in tal modo contemperandosi in modo bilanciato il diritto *ex* art. 21 Cost. della collettività ad essere informata e a conservare memoria del fatto storico, con quello del titolare dei dati personali archiviati a non subire una indebita compressione della propria immagine sociale».

Sempre sulla stessa linea, palesando la funzione servente, alla libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero, del diritto di essere informati e di avere accesso alle informazioni, può leggersi Corte Europea dei diritti dell'Uomo, 22 giugno 2021, n. 57292, in *De Jure*, secondo la quale la misura decisa «dai giudici nazionali, che impone l'anonimizzazione di un articolo di stampa contenuto nell'archivio di un giornale reperibile *online*, non è contraria al diritto alla libertà di stampa se si tratta di una persona non pubblica o che non eserciti funzioni pubbliche. Garantendo l'integrità dell'articolo negli archivi, senza però renderlo reperibile sul *web*, si raggiunge – rispetto a un fatto che non è di interesse generale – un giusto bilanciamento tra i diritti in gioco tenendo conto dell'assenza di notorietà della persona e della vicenda che non era di rilievo per i media e per la collettività nel suo complesso».

[48] Ove, infatti, sia posta attenzione ai principali rimedî che la giurisprudenza ha offerto a tutela del diritto all'oblio emerge come la deindicizzazione del collegamento alla notizia, l'aggiornamento della notizia medesima, o la (rinnovata) pubblicazione in forma anonima, palesino la tensione alla conservazione della possibilità di porre in circolazione i dati, al contempo evitando l'incisione sull'identità personale dell'interessato. I predetti rimedî, infatti, rispettivamente, tendono: ora a porre la notizia nell'esclusivo contesto della ricerca storica (nel rispetto, quindi, di quanto afferma anche la norma dell'art. 5, lett *e*), secondo periodo, Reg. UE n. 679/2016); ora ad attualizzarne, ove possibile, i contenuti; ora, infine, a evitare la rinnovata diffusione, non necessaria, dei dati personali vòlti alla precisa individuazione dell'interessato (finalità, anch'essa, conforme al principio racchiuso nella norma dell'art. 5, lett. e), primo periodo, Reg. UE n. 679/2016).

Cfr., in tal senso, F. Di Ciommo, *Diritto alla cancellazione, diritto alla limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, cit., 374, il quale osserva che a tutela del diritto all'oblio, in questa accezione, possano essere applicati anche il diritto alla rettifica (art. 16 Reg. UE n. 679/2016), alla limitazione (art.18 Reg. UE n. 679/2016), o all'interruzione (art. 21, Reg. UE n. 679/2016) del trattamento dei dati.

[49] Consentendo, altresì, di perimetrate eventuali conseguenze risarcitorie alla luce della concreta entità della incisione, provocata dalla condotta illecita (a titolo d'esempio: la scorretta indicizzazione), sull'identità personale dell'interessato (M. Franzoni, *Lesione dei diritti della persona, tutela della* privacy *e intelligenza artificiale*, cit., 8 e 9). Sul punto, troverà anche applicazione la norma dell'art. 82, del Reg. UE n. 679/2016 (V. Bellomia, *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, cit., 223 ss.).

[50] Segna, in questo senso, la distinzione tra riservatezza e identità personale V. Zeno-Zencovich, voce *Identità personale*, cit., 301, ponendo in luce come la riservatezza riguardi «il complesso delle vicende private del soggetto», mentre l'identità personale consista nel «complesso delle attività pubbliche […] rilevanti per la connotazione della sua personalità».

JUS CIVILE

MIRKO FACCIOLI

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Verona

DURATA DELLA RESPONSABILITÀ DEL VENDITORE, PRESCRIZIONE DEI DIRITTI DEL COMPRATORE E ONERE DELLA PROVA NELLA NUOVA DISCIPLINA ITALIANA DELLA VENDITA DI BENI AI CONSUMATORI (D.LGS. N. 170/2021) [*]

SOMMARIO: *1. Introduzione: dalla dir. 2019/771/UE al d.lgs. n. 170/2021. – 2. La durata della responsabilità del venditore di beni di consumo. – 3. La prescrizione dei diritti del consumatore. – 4. La disciplina dei beni usati. – 5. L'onere della prova della manifestazione del difetto di conformità entro il termine di durata della garanzia. – 6. Il mancato recepimento dell'onere di denuncia del difetto di conformità. – 7. Conclusioni.*

1. – Con il d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170, emanato ai sensi dell'art. 1 l. 22 aprile 2021, n. 53 (Legge di delegazione europea 2019-2020), è stata recepita all'interno del nostro ordinamento la nuova disciplina della vendita di beni tra professionisti e consumatori introdotta dalla dir. 2019/771/UE del 20 maggio 2019 e destinata ad abrogare, a partire dal 1° gennaio 2022, la risalente e «gloriosa» [1] dir. 1999/44/CE. Come avvenne in sede di attuazione di quest'ultima, il nostro legislatore non ha ritenuto di cogliere l'occasione per provvedere ad una più generale revisione della disciplina italiana delle garanzie nella vendita modellata sulle nuove disposizioni di derivazione europea [2], ma si è limitato ad intervenire settorialmente sulla disciplina interna di attuazione della precedente direttiva, contenuta nel Capo I del Titolo III della Parte IV di quel "cantiere aperto" [3] che è da sempre considerato il Codice del consumo [4], sostituendola con l'articolato dei nuovi artt. 128-

[*] Il presente scritto riprende e sviluppa le riflessioni svolte durante il convegno *Verso la (ennesima) riforma del (solo) codice del consumo. Il recepimento in Italia della direttiva (UE) 2019/771 relativa ai contratti di vendita mobiliare conclusi tra professionisti e consumatori*, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara e svoltosi sulla piattaforma *Google Meet* nei giorni 16-17 giugno 2021.

[1] L'espressione è di C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 500.

[2] Com'era stato invece auspicato da G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari* b-to-c*: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 217 s., nel testo e in nt. 27; A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2020, 811; F. SARTORIS, *Teorie a confronto sulla natura della garanzia per vizi a seguito delle ultime pronunce delle Sezioni Unite*, in *Pers. merc.*, 2021, 202 s. Come noto, nello stesso senso si era schierata una nutrita parte della dottrina già in occasione del recepimento della dir. 1999/44/CE.

[3] Per l'utilizzo di questa espressione v., fra gli altri, C. GRANELLI, *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbl. contr.*, 2010, 733.

[4] In favore dell'intervento settoriale si era espresso, pur non rinnegando l'opportunità di provvedere ad una generale revisione della disciplina italiana delle garanzie nella vendita, E. FERRANTE, *La direttiva 19/771/UE in materia di vendita al consumo: primi appunti*, in *Annuario del contratto 2018*, Torino, 2019, 61 s. E invero, un intervento normativo del tipo propugnato dalla dottrina citata nella nota 2

135-*septies*, i quali è previsto che acquistino efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2022 con applicazione ai contratti conclusi successivamente a tale data.

Per valutare compiutamente l'operato del *conditor iuris* nostrano va ricordato che la dir. 2019/771/UE è formalmente improntata, alla stregua di quanto prevede l'art. 4, al principio dell'armonizzazione massima, ma in realtà concede agli Stati membri notevoli margini di libertà in sede di recepimento con riguardo a numerosi e rilevanti aspetti della materia [5].

Rientrano fra questi ultimi anche la durata della responsabilità del venditore, l'onere della prova della manifestazione del difetto di conformità e i termini di esperibilità dei rimedi del compratore, profili in precedenza disciplinati dall'art. 5 dir. 1999/44/CE e ora contemplati dagli artt. 10-12 della nuova direttiva. Questi aspetti della vendita di beni di consumo, nel diritto interno regolati prima dal vecchio testo dell'art. 132 cod. cons. e ora dai nuovi artt. 133 e 135 cod. cons. [6], sono, invero, della massima importanza e delicatezza per entrambe le parti coinvolte: per il venditore, la limitazione temporale della garanzia rappresenta un fondamentale presidio di certezza circa la sorte delle operazioni realizzate con la clientela, indispensabile per pianificare al meglio la propria attività imprenditoriale; per l'acquirente, l'orizzonte temporale della durata dei propri diritti condiziona la concreta possibilità di farli valere e, pertanto, segna la misura della loro effettività, se non della loro stessa esistenza [7]. Le disposizioni da ultimo richiamate meritano, quindi, di essere approfondite con particolare attenzione.

---

suscita alcune perplessità, emerse già all'epoca dell'attuazione della dir. 1999/44/CE, che non possono essere sottaciute: molti profili della disciplina europea della vendita sono infatti ispirati ad un marcato *favor* per il consumatore che li rende poco (o per nulla) appropriati a regolare tutti i contratti di compravendita; tali norme sono inoltre soggette all'interpretazione della Corte di giustizia, sicché una loro estensione al di fuori dell'originario ambito applicativo solleverebbe il delicato problema di dover stabilire, volta per la volta, se la giurisprudenza della Corte valga solo per i rapporti tra professionisti e consumatori o per tutti i rapporti ai quali si è deciso di estendere le norme in parola (G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ*., 2001, 908 s.; G. AFFERNI, *La garanzia per i difetti materiali nella vendita. Una prospettiva di diritto privato europeo*, Torino, 2018, 221). Va sottolineato che l'estensione delle soluzioni adottate dalla dir. 2019/771/UE al di fuori del suo ambito di applicazione non avrebbe, invece, trovato ostacolo nel carattere di armonizzazione massima (sul quale v. *infra* nel testo) del provvedimento: v., sul punto, S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Giur. it*., 2020, 236 s.

[5] Si soffermano sul punto, fra gli altri, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 209 s.; S. PAGLIANTINI, *op. cit*., 217 ss.; A. BARENGHI, *op. cit.*, 808 ss.; F. ADDIS, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova Direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo dir. civ*., 2020, 6 ss.; F. BERTELLI, *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771/UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Europa dir. priv*., 2019, 953 ss.; F. AZZARRI, *Consegna e passaggio del rischio nelle vendite di beni mobili ai consumatori: considerazioni in vista dell'attuazione della Direttiva (UE) 2019/771*, in *Resp. civ. prev*., 2021, 1095 ss.; B. Zöchling-Jud, *Das neue europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel*, in *GPR*, 2019, 116 s.; I. BACH, *Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte*, in *NJW*, 2019, 1705 ss.; J. MORAIS CARVALHO, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, in *EuCML*, 2019, 194 ss.; T.M.J. MÖLLERS, *The Weakness of the Sale of Goods Directive – Dealing wih Legislative Deficits*, in questa *Rivista*, 2020, 1168 ss.

[6] Nel prosieguo dello scritto, il richiamo ad articoli del codice del consumo non accompagnato da ulteriori specificazioni dovrà intendersi riferito alla nuova formulazione degli stessi; il riferimento al testo delle norme antecedente alla novella apportata dal d.lgs. n. 170/2021 verrà, invece, di volta in volta esplicitato.

[7] E. FERRANTE, *op. cit.*, 42; M. FACCIOLI, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. UE 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 250 s.; B. ZÖCHLING-JUD, *Beweislast und Verjährung im neuen europäischen Gewährleistungsrecht*, in J. STABENTHEINER, C. WENDEHORST, B. ZÖCHLING-JUD (Hrsg.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, Wien, 2019, 197; B. GSELL, *Time limits of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects*, in E. ARROYO AMAYEULAS, S. CÁMARA LAPUENTE (Dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid, 2020, 101 s.; B. GSELL, R. ARALDI, *Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, 476 s. Per analoghe considerazioni relative alla disciplina previgente, v. A. PINNA, *I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, 516.

Prendendo le mosse da alcuni rilievi di carattere generale suscitati dal confronto con disciplina abrogata, va innanzitutto messo in evidenza come dall'analisi dei lavori preparatori emerga che, «ove la direttiva ha lasciato margini di discrezionalità ai legislatori nazionali, si è privilegiata la coerenza con le scelte nazionali in essere (cfr. termine legale biennale per la garanzia […]), o del minimale discostamento (cfr. art. 135 durata annuale dell'inversione dell'onere della prova). In sintesi, […] al fine di scongiurare dubbi interpretativi, […] nell'adeguare le norme italiane a quelle della direttiva, al fine di darvi piena attuazione, si è cercato di lasciare il più possibile inalterato il precedente quadro normativo, intervenendo solo laddove ciò fosse necessario alla piena attuazione della stessa» [8].

Attenendosi a queste indicazioni, è stata quindi confermata la distinzione, già precedentemente adottata dai commi 1 e 4 del vecchio art. 132 cod. cons., fra il termine di durata della responsabilità del venditore, diretto a delimitare sul piano sostanziale l'estensione temporale della responsabilità del professionista, e il termine di prescrizione dei diritti del consumatore [9]: come auspicato in dottrina, il nostro legislatore ha così evitato di avvalersi della facoltà, concessa agli Stati membri dal par. 5 dell'art. 10 della nuova direttiva, di non recepire il primo e mantenere solamente il secondo [10] a condizione di assicurare che «questo consenta ai consumatori di continuare a esercitare i rimedi a loro disposizione in caso di difetti di conformità che si manifestano quantomeno durante il periodo previsto dalla […] direttiva come periodo di responsabilità» [11]. È parimenti rimasta immutata la lunghezza dei termini in parola, che l'art. 133 cod. cons. continua a fissare, rispettivamente, in due anni e in ventisei mesi decorrenti dalla consegna del bene.

Nelle sue linee essenziali si presenta sostanzialmente invariata anche la disciplina dell'onere della prova della manifestazione del difetto di conformità contenuta nell'art. 135 cod. cons., che nel dare attuazione all'art. 11 dir. 2019/771/UE riproduce la presunzione contemplata dal previgente art. 132, comma 3, cod. cons., estendendone la durata da sei mesi ad un anno.

Rappresenta un notevole cambiamento, invece, la scomparsa dell'onere del consumatore di denunciare il difetto di conformità contemplato dal previgente art. 132, comma 2, cod. cons., previsione che il nostro legislatore ha deciso di non riprodurre nella nuova disciplina delle vendite consumeristiche avvalendosi della facoltà in tal senso concessagli dall'art. 12 dir. 2019/771/UE.

Costituiscono, infine, una rilevantissima novità rispetto alla disciplina abrogata anche le disposizioni dedicate alla vendita di beni con elementi digitali [12], ciò che, peraltro, non è certo una peculiarità delle norme

---

[8] Così si legge a 3 del documento di Analisi tecnico-normativa allegato allo schema di d.lgs. n. 270/2021 predisposto dal Governo e trasmesso al Parlamento. Per analoghe considerazioni, v. pure il documento di Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.) allegato allo schema sopra menzionato, 6.

[9] Per un approfondimento della distinzione, in giurisprudenza ribadita anche da Corte giust. UE 13 luglio 2017, C – 133/16, *Ferenschild*, v. F. Piraino, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa dir. priv*., 2006, 581 s., ad avviso del quale la previsione di un termine di durata della responsabilità del venditore rivelerebbe (p. 588) «la natura di rapporto ad esecuzione protratta nel tempo propria della vendita di beni di consumo, con la variante costituita dalla circostanza che la durata dell'esecuzione del contratto non dipende – come di regola – dal protrarsi nel tempo del vincolo obbligatorio, bensì dalla previsione del termine di durata della garanzia che lascia sospeso (in quanto non ancora conchiuso) il rapporto contrattuale per il biennio successivo alla consegna del bene». Per una panoramica delle diverse tesi elaborate dalla dottrina per inquadrare il termine di durata della responsabilità nelle categorie del nostro ordinamento, v. M. Faccioli, *op. cit*., 254 s.

[10] G. De Cristofaro, *op. cit.*, 242 s., secondo cui «se questa possibilità venisse sfruttata, infatti, la disciplina delle vendite mobiliari *b-to-c* tornerebbe ad essere allineata a quella generale dettata dall'art. 1495 cod. civ. per i contratti di compravendita e a condividere con quest'ultima la esiziale sovrapposizione fra termine di durata della responsabilità del venditore e termine di prescrizione dei diritti del compratore fondati sulla garanzia (con assorbimento del primo nel secondo), che è stata la ragione principale degli innumerevoli problemi interpretativi ed applicativi suscitati dalla disciplina codicistica della garanzia per vizi e mancanza di qualità».

[11] Così recita il 42° *considerando* della direttiva.

[12] Come definiti dalle disposizioni dettate dall'art. 128, comma 3, lett. e), n. 2) cod. cons. in recepimento di quanto previsto

che ci siamo proposti di analizzare, bensì caratterizza l'intero impianto della nuova direttiva, tanto da avere rivestito – almeno secondo alcuni – un ruolo decisivo perché si arrivasse alla sua approvazione in seno alle istituzioni europee [13].

Svolte queste considerazioni introduttive, è possibile scendere ad esaminare nel dettaglio le disposizioni dettate dagli artt. 133 e 135 cod. cons.

2. – Disponendo che «il venditore è responsabile nei confronti del consumatore di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene eseguita ai sensi dell'art. 61 e che si manifesta entro due anni da tale momento», la prima parte del comma 1 dell'art. 133 cod. cons. recepisce la prima parte del par. 1 dell'art. 10 dir. 2019/771/UE con una previsione che riprende e sintetizza in un unico enunciato quanto si poteva già in precedenza ricavare da una lettura combinata del vecchio testo degli artt. 130, comma 1 e 132, comma 1, cod. cons. [14]. Va salutato con favore il rinvio alle disposizioni in tema di consegna dettate dall'art. 61 cod. cons., il comma 2 del quale in particolare ricollega la *traditio* al momento in cui il bene entra nella disponibilità materiale o comunque nella sfera di controllo del consumatore: in tal modo il legislatore ha accolto le indicazioni, fornite dall'11° e dal 38° *considerando* della nuova direttiva, circa il fatto che la medesima intende integrare e fare salvo quanto previsto dalla dir. 2011/83/UE, provvedimento l'attuazione del quale [15] ha per l'appunto condotto all'attuale formulazione dell'art. 61 cod. cons. [16].

La sostanziale coincidenza delle previsioni in esame con il quadro normativo previgente induce a reputare tuttora attendibili molti degli approdi ermeneutici raggiunti in sede di interpretazione della disciplina abrogata. Tanto può dirsi, innanzitutto, con riguardo alle tre ipotesi nelle quali occorre discostarsi dalla regola che ricollega il decorso del termine di durata della garanzia alla consegna come sopra individuata: quando il consumatore entra in possesso del bene prima della conclusione del contratto, nella quale il termine deve ritener-

---

dall'art. 2, n. 5), lett. b), dir. 2019/771/UE. Delle questioni legate alla sfera del digitale si occupa, come noto, anche la dir. 2019/770/UE (sulla quale v. C. CAMARDI, *op. cit.*, 499 ss.; G. GUERRA, *Il «contenuto digitale» nel contratto di vendita di beni e servizi. Note a margine della nuova disciplina di armonizzazione (massima) europea*, in *Giustiziacivile.com*, *Approfondimento* del 30 ottobre 2020), pubblicata contemporaneamente alla direttiva che ci occupa e relativa ai contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, che il nostro legislatore ha attuato con il d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173 inserendo nel Codice del consumo i nuovi artt. 135*octies*-135*vicies ter*.

[13] V., fra gli altri, A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019, 89; K. TONNER, *Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Relegung langleiber Waren mit digitalen Elementen*, in *VuR*, 2019, 367.

[14] Lo evidenzia la Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. n. 270/2021 predisposto dal Governo e trasmesso al Parlamento; nello stesso senso v., anche per ulteriori citazioni di dottrina conforme, M. FACCIOLI, *op. cit*., 254; F. AZZARRI, *op. cit.*, 1100.

[15] Avvenuta con d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21.

[16] Lo mette in luce la Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. n. 270/2021 predisposto dal Governo e trasmesso al Parlamento. Nello stesso senso v., in dottrina: G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 224 s., il quale peraltro evidenzia come lo stesso 38° *considerando* della direttiva allo stesso tempo preveda, in maniera invero inspiegabile, che «il significato di consegna dovrebbe essere definito dal diritto nazionale»; M. FACCIOLI, *op. cit*., 256, nel testo e in nt. 26, ove si sottolinea come l'applicabilità dell'art. 61 cod. cons. alle vendite regolate dagli artt. 128 ss. cod. cons. comunque fosse un risultato già acquisito in letteratura; F. AZZARRI, *op. cit.*, 1099 ss., secondo cui sarebbe stato peraltro opportuno, in sede di recepimento della direttiva in esame, ricollocare all'interno del Capo dedicato alla vendita di beni ai consumatori le disposizioni in materia di consegna e di passaggio del rischio attualmente contenute negli artt. 61 e 63 cod. cons., collocati dopo le norme sulle informazioni nei contratti diversi dai contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali e le norme sulle informazioni e il recesso nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali. Per una più approfondita riflessione sull'allocazione del rischio contrattuale nella vendita di beni di consumo e sul modo in cui il nostro legislatore avrebbe potuto sfruttare l'occasione dell'attuazione della dir. 2019/771/UE per risolvere alcune ambiguità interpretative sollevate dalla disciplina dell'art. 63 cod. cons., v. L. D'ACUNTO, *Il rischio contrattuale nella vendita. Dalla proprietà al mercato*, Napoli, 2020, 87 ss.

si decorrere dal successivo momento della stipula dell'accordo con il professionista; quando il consumatore si rifiuta di ricevere in consegna il bene per averne rilevato la difettosità, nella quale la decorrenza del termine si riallaccia al momento in cui la consegna doveva essere effettuata; quando il contratto prevede il montaggio o l'installazione del bene, nella quale è da ritenere che il termine decorra solo dopo l'avvenuto compimento delle suddette attività [17]. Con riguardo, poi, all'effettiva estensione della durata della responsabilità del venditore, sembra doversi confermare l'indirizzo che precisa come lo stesso sia tenuto a rispondere pure dei difetti di conformità che si manifestano dopo lo scadere del biennio, qualora essi costituiscano un aggravamento di anomalie manifestatesi in precedenza [18]. Per quanto concerne, infine, la durata della garanzia sul bene sostituito o riparato, non si scorgono ragioni per allontanarsi dalla prevalente soluzione che opportunamente distingue tra i due rimedi: nel caso di sostituzione, il termine in esame decorre nuovamente dal momento della consegna del bene attribuito in sostituzione del bene difettoso; nel caso di riparazione, invece, tanto accade solo con riguardo a difetti identici a quelli che hanno reso necessaria la riparazione nonché a difetti diversi ma provocati dalla riparazione stessa, mentre con riguardo a difetti diversi vale il termine riferito alla consegna originaria [19].

La nuova disciplina è però anche destinata a perpetuare la controversia, insorta nella vigenza della normativa di attuazione della dir. 1999/44/CE, circa il criterio da impiegare nella verifica relativa all'essersi il difetto di conformità «manifestato» (nel biennio), ovverosia divenuto rilevabile e riconoscibile all'esterno: richiamando quanto disponeva l'art. 129, comma 3, cod. cons. in attuazione dell'art. 2, par. 3, dir. 1999/44/CE, alcuni ritenevano che detta riconoscibilità dovesse essere valutata con il parametro dell'ordinaria diligenza e che, pertanto, l'esito della verifica in esame dovesse dipendere dalla conoscenza/conoscibilità del difetto da parte dell'acquirente [20]; secondo una diversa tesi sarebbe stato invece più corretto, perché maggiormente in linea con la formulazione letterale del vecchio art. 132, comma 1, cod. cons. nonché più favorevole per il consumatore, ritenere «manifestato» il difetto percepibile e rilevabile in termini oggettivi, eventualmente anche solo tramite il possesso di particolari conoscenze scientifiche o abilità tecniche [21]. A questa seconda impostazione pare doversi accordare la preferenza in sede di interpretazione della nuova disciplina: ai condivisibili argomenti sopra richiamati ed ora rafforzati dall'invito ad aumentare il livello di protezione dei consumatori rispetto alla dir. 1999/44/CE contenuto nel 10° *considerando* dir. 2019/771/UE, si aggiunge il rilievo che nell'art. 7, par. 5 del provvedimento, recepito nell'art. 130, comma 4, cod. cons., non compare più quel riferimento alla conoscenza/conoscibilità del difetto da parte del consumatore, contenuto nell'art. 2, par. 3, dir. 1999/44/CE, che costituiva il principale argomento invocato dalla tesi contraria; che la manifestazione del difetto *ex* art. 10, par. 1 della nuova direttiva debba essere intesa in termini oggettivi e indipendenti dalla

[17] Una conferma su questo punto si può rinvenire nel 40° *considerando* della nuova direttiva.

[18] Su questi aspetti v., anche per ulteriori citazioni di dottrina conforme, M. FACCIOLI, *op. cit*., 257 s.

[19] A. BARENGHI, *op. cit*., 820. La risoluzione della seconda delle due ipotesi non è, in realtà, del tutto pacifica, ma la tesi esposta nel testo appare senz'altro più equilibrata e convincente delle altre elaborate nel vigore della disciplina previgente: una prima che chiama il venditore a rispondere, in ogni caso, solamente dei difetti manifestatisi entro due anni dal giorno in cui il bene è stato per la prima volta consegnato al consumatore; una seconda che, all'opposto, ritiene sorgere sempre, con la riparazione, una nuova garanzia, soggetta a rinnovati termini di responsabilità del venditore e di prescrizione dei diritti del consumatore decorrenti dal momento della riconsegna del bene riparato.

[20] V., per esempio, A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo. Commento agli artt. 1519* bis-*1519* nonies *del Codice Civile*, Padova, 2002, 118; C. CHESSA, *I nuovi termini di prescrizione e decadenza*, in M. BIN, A. LUMINOSO (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ. Galgano*, Padova, 2003, 491, nt. 9.

[21] Così, fra gli altri, L. GAROFALO, *Art. 1519*-sexies. *Note introduttive*, in L. GAROFALO, V. MANNINO, E. MOSCATI, P.M. VECCHI (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003, 525; F. NADDEO, *La vendita di beni di consumo*, in P. STANZIONE, A. MUSIO (a cura di), *La tutela del consumatore*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, Torino, 2009, 557 s.

conoscenza/conoscibilità del consumatore può, inoltre, ricavarsi da una lettura *a contrario* dall'art. 12 della stessa, ove si fa espressamente riferimento a tale ultimo criterio nel disciplinare l'onere della denuncia del difetto al venditore [22].

Come già accennato, in continuità con quanto previsto dal vecchio art. 132, comma 1, cod. cons. il termine di durata della garanzia viene dalla nuova disciplina fissato in due anni.

Alla pari della dir. 1999/44/CE, il par. 3 dell'art. 10 dir. 2019/771/UE in realtà consente agli Stati membri di «mantenere in vigore o introdurre termini più lunghi» di quello biennale, così garantendo loro – secondo quanto recita il 41° *considerando* – «la flessibilità per aumentare il livello di protezione dei consumatori nella rispettiva legislazione nazionale» [23]: l'introduzione di termini siffatti, eventualmente anche differenziati per tipologie merceologiche e commisurati all'aspettativa di vita media delle medesime, sarebbe allora potuta servire a indurre gli operatori del settore ad incrementare la vita media dei prodotti ed evitare deprecabili strategie di c.d. obsolescenza programmata, in sintonia con l'invito ad «assicurare una maggiore durabilità dei beni […] per raggiungere modelli di consumo più sostenibili e un'economia circolare» formulato dal 32° *considerando* del provvedimento e con l'inserimento – ad opera dell'art. 7, par. 1, lett. *d*), della direttiva, recepito nell'art. 129, comma 2, lett. *d*), cod. cons. – della «durabilità» medesima fra le caratteristiche e le qualità che il bene deve presentare per essere conforme al contratto [24].

L'opzione praticata dal nostro legislatore peraltro si giustifica, oltre che sul piano della continuità con la disciplina previgente, alla luce del giudizio positivo sul termine biennale emergente dallo stesso 41° *considerando* dir. 2019/771/UE, ove si legge che, «visto che nell'attuare la direttiva 1999/44/CE la grande maggioranza degli Stati membri ha previsto un periodo di due anni, e che nella pratica tale periodo è considerato dagli operatori di mercato un lasso di tempo ragionevole, tale periodo dovrebbe essere mantenuto» [25]. Al riguardo dev'essere pure evidenziato che, al di là del rischio che tale scelta provochi un aumento del prezzo finale dei beni in danno dei consumatori, l'introduzione di termini più lunghi del biennio differenziati per categorie merceologiche dovrebbe eventualmente avvenire non con una disciplina cristallizzata all'interno del codice del consumo (o di un altro provvedimento avente rango di fonte primaria), ma piuttosto con il rinvio a strumenti normativi più duttili (per esempio decreti ministeriali, o simili) e più agevolmente modificabili per seguire l'incessante avanzamento tecnologico dei prodotti immessi sul mercato.

Il comma 1 dell'art. 133 cod. cons. contiene poi un ulteriore enunciato che, recependo la seconda parte del par. 1 dell'art. 10 dir. 2019/771/UE, sancisce l'applicabilità delle previsioni finora esaminate ai beni con elementi digitali, fatto salvo quanto previsto dall'art. 130, comma 2, cod. cons. (costituente attuazione dell'art. 7, par. 3 della direttiva) in merito agli aggiornamenti. Come precisa anche il 39° *considerando* del provvedimento [26], con riguardo a questo tipo di beni il concetto che identifica la consegna con il momento in

---

[22] B. Zöchling-Jud, *Beweislast*, cit., 209.

[23] In senso critico nei confronti di questa previsione e del suo discostamento dall'obiettivo dell'armonizzazione massima declamato dall'art. 4 della direttiva, v. G. De Cristofaro, *op. cit*., 225 s.; E. Ferrante, *op. cit*., 49.

[24] Su questi temi v., *amplius*, K. Tonner, *op. cit*., 364, 369 s.; V. Mak, E. Lujinovic, *Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets – Legal possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example*, in *EuCML*, 2019, 4 ss., spec. 7 ss.; K. Tonner, R. Malcolm, *How an EU Lifespan Guarantee Model Could Be Implemented Across the European Union. Study for the European Parliament* (PE 583.121), 2017, spec. 19 ss.; E. Van Gool, A. Michel, *The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis*, in *EuCML*, 2021, 141 s. Per quanto concerne, in particolare, il requisito della durabilità v., poi, G.F. Simonini, *Verso una nozione allargata di difetto di conformità: sarà rilevante anche la "durabilità" del bene?*, in *Danno resp*., 2019, 471 ss.; D. Imbruglia, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Pers. merc*., 2021, 503 ss.

[25] Così anche la Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. n. 270/2021 predisposto dal Governo e trasmesso al Parlamento.

[26] Opportunamente richiamato anche dalla Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. n. 270/2021 predisposto dal Governo e trasmesso al Parlamento.

cui il bene entra nella disponibilità materiale (o comunque nella sfera di controllo) del consumatore deve essere declinato nel senso che i beni in discorso si possono reputare consegnati all'acquirente nel momento in cui quest'ultimo ha ricevuto non soltanto la componente fisica dei medesimi, ma pure il contenuto digitale o il servizio digitale con cui sono incorporati o interconnessi: qualora ciò avvenga dopo la consegna del supporto materiale non sarà, pertanto, quest'ultima a segnare il momento della verifica della conformità del bene al contratto e della decorrenza dei termini di cui all'art. 133 cod. cons., bensì il successivo momento della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale, posto che in molti casi tale fornitura è necessaria affinché emergano difetti della componente fisica rilevabili dal compratore [27].

In materia occorre poi richiamare la distinzione, delineata dall'art. 130, comma 2, cod. cons., fra contratti di vendita che prevedono un unico atto di fornitura del contenuto o del servizio digitale e contratti di vendita che prevedono una fornitura continuativa dei medesimi elementi digitali nell'arco di un periodo di tempo [28]. La seconda parte del comma 1 del nuovo art. 133 cod. cons. va riferito, per la precisione, alla prima ipotesi, con riguardo alla quale il 37° *considerando* della direttiva ritiene possibile applicare il concetto generale, valevole per i beni "tradizionali", che individua nella consegna il momento rilevante per la valutazione di conformità del prodotto e da quell'istante fa decorrere un termine di durata della garanzia di due anni [29]. Della seconda ipotesi si occupa, invece, il comma 2 dell'art. 133 cod. cons., il quale contiene due disposizioni: quando il contratto di vendita prevede la fornitura continuativa del contenuto digitale o del servizio digitale per un periodo di tempo, il venditore è responsabile anche per qualsiasi difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che si verifica o si manifesta entro due anni dal momento della consegna dei beni con elementi digitali; se il contratto prevede una fornitura continuativa per più di due anni, il venditore risponde di qualsiasi difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che si verifica o si manifesta nel periodo di tempo durante il quale il contenuto digitale o il servizio digitale deve essere fornito [30].

---

[27] A. De Franceschi, *op. cit.*, 118 s.; B. Zöchling-Jud, *Beweislast*, cit., 205; Id., *Das neue*, cit., 126. Secondo questi Autori, il comportamento richiesto al venditore per adempiere al proprio obbligo di consegna dei contenuti digitali e dei servizi digitali va determinato sulla scorta dell'art. 5 dir. 2019/771/UE, ora recepito dall'art. 135 *decies*, commi 1 e 2, cod. cons.

[28] A. De Franceschi, *op. cit.*, 112 s., il quale peraltro considera tale distinzione «particolarmente criticabile. Infatti, anche in forza dei contratti di vendita che prevedono un unico atto di fornitura dell'elemento digitale il consumatore avrà diritto alla notifica ed alla fornitura degli aggiornamenti, compresi gli aggiornamenti di sicurezza, necessari al fine di mantenere la conformità dei beni materiali, in ragione del fatto che l'ambiente digitale di beni di questo tipo è in costante evoluzione. Gli aggiornamenti sono infatti uno strumento indispensabile per garantire che i beni siano in grado di conservare le medesime caratteristiche e funzionalità che essi possedevano al momento della consegna: la notifica e la fornitura degli aggiornamenti è dunque essa stessa parte della corretta esecuzione dell'obbligazione di consegna. […] Si tratta pertanto, anche in tale ipotesi, di un rapporto di durata». Per analoghe considerazioni, v. pure C. Wendehorst, *Aktualisierungen und andere digitale Dauerleistungen*, in J. Stabentheiner, C. Wendehorst, B. Zöchling-Jud (Hrsg.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, cit., 130.

[29] A. De Franceschi, *op. cit.*, 113; B. Gsell, *op. cit*., 107; B. Gsell, R. Araldi, *op. cit*., 483; D. Staudenmayer, *Kauf von Waren mit digitalen Elementen- Die Richtlinie zum Warenkauf*, in *NJW*, 2019, 2892 s.

[30] Va evidenziato che la formulazione letterale del comma 2 dell'art. 133 cod. cons. ricollega l'insorgenza della responsabilità del venditore non solo ai difetti di conformità che, alla pari di quanto prevede il comma 1 della norma, «si manifestano» entro il termine di durata della garanzia, ma pure a quelli che, prima dello scadere del medesimo, «si verificano», pur rimanendo occulti: in forza di una disciplina siffatta, quindi, il venditore potrebbe essere chiamato a rispondere del difetto di conformità anche molto tempo dopo la scadenza del termine di durata della garanzia da un compratore che constati l'emergenza del difetto dopo quel periodo e possa dimostrare che il difetto medesimo in realtà risale al periodo rientrante nella garanzia stessa. Un esito siffatto, peraltro, appare scongiurato – o, quantomeno, sensibilmente mitigato – negli ordinamenti che, come quello italiano, assoggettano i rimedi del compratore anche ad un termine di prescrizione, posto che quest'ultimo, ai sensi dell'art. 10, par. 5, dir. 2019/771/UE, dev'essere tale da consentire ai consumatori di esercitare i rimedi a loro disposizione in caso di difetti di conformità che, durante il periodo previsto dalla direttiva come periodo di responsabilità, «si manifestano», e non anche «si verificano»: B. Gsell, *op. cit*., 108 s., 113 s.; B. Gsell, R. Araldi, *op. cit*., 484 s., 489 s.

Sempre sulla scorta del 37° *considerando* dir. 2019/771/UE si può allora osservare come, nelle fattispecie testé considerate, ai fini della determinazione della conformità del bene al contratto non viene in rilievo un momento preciso nel tempo, bensì un periodo di tempo decorrente dalla consegna, con conseguente appannamento della distinzione con i contratti di prestazione di servizi [31]: com'è stato efficacemente sottolineato, «se la conformità di prima generazione doveva e deve apprezzarsi in un momento puntuale e ben definito, quello della consegna del bene, la conformità di seconda generazione mira al mantenimento della conformità originariamente raggiunta al momento della consegna e non si identifica con un tratto temporale definibile *a priori*, inscrivendosi invece variabilmente, secondo circostanze concrete e non previamente definibili, in un arco temporale di cui è solo possibile stabilire la durata massima. Volendo percorrere fino in fondo la strada delle possibilità qualificatorie che ci sono offerte dalla tradizione potrebbe allora dirsi che la conformità di prima generazione è istantanea mentre quella di seconda generazione è di durata» [32]. È importante evidenziare, ad ogni modo, che le previsioni del comma 2 dell'art. 133 cod. cons. si riferiscono esclusivamente alle difformità del contenuto digitale o del servizio digitale incorporato o interconnesso con il bene e non a quest'ultimo, la durata della garanzia del quale rimane sempre sottoposta alla regola generale dettata dal comma precedente [33]; e da questo punto di vista va pure osservato che il secondo periodo della norma prevede la possibilità di una differenziazione tra la durata biennale della garanzia relativa al bene, inteso come supporto materiale, e la più lunga durata della garanzia relativa (e limitata) al contenuto digitale o al servizio digitale [34].

La disciplina della durata della responsabilità del venditore di beni con elementi digitali presenta, però, anche alcuni aspetti poco chiari, già presenti nel testo della dir. 2019/771/UE e relativi agli aggiornamenti. Nel silenzio della legge sul punto ci si chiede, innanzitutto, se l'esecuzione dei medesimi comporti o meno il decorso di un nuovo termine biennale di durata della garanzia: al riguardo parrebbe preferibile la risposta negativa, posto che, diversamente opinando, il periodo di tempo in cui il venditore è chiamato a rispondere per un difetto di conformità rischierebbe di prolungarsi a dismisura, ciò che appare ancor più irragionevole quando si considera che gli aggiornamenti vengono generalmente forniti dal produttore o da terzi anziché dal venditore stesso [35]. Un altro fattore di incertezza discende poi dalla previsione, contenuta nell'art. 130, comma 2, lett. *a*), cod. cons., che dai contratti di vendita contemplanti un unico atto di fornitura del contenuto o del servizio digitale fa discendere l'obbligo, per il venditore, di fornire alla controparte aggiornamenti per il periodo di tempo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi alla luce della tipologia e delle finalità dei beni e degli elementi digitali nonché delle circostanze e della natura del contratto. Come suggerisce anche il 31° *considerando* della direttiva, il periodo di tempo corrispondente alle ragionevoli aspettative del consumatore è normalmente pari alla durata della garanzia, ma può anche superare quest'ultima: laddove ciò avvenga si pone, allora, il delicato problema – evidentemente sfuggito all'attenzione del nostro legislatore – di stabilire se la responsabilità del venditore per i difetti causati dagli aggiornamenti si estenda o meno oltre il termine biennale previsto dal comma 1 dell'art. 133 cod. cons. [36].

---

[31] D. STAUDENMAYER, *op. cit.*, 2893.

[32] F. ADDIS, *op. cit.*, 18 s.

[33] B. ZÖCHLING-JUD, *Beweislast*, cit., 204; ID., *Das neue*, cit., 126.

[34] J. MORAIS CARVALHO, *op. cit.*, 199; B. Gsell, *op. cit.*, 108; B. GSELL, R. ARALDI, *op. cit.*, 484.

[35] A. DE FRANCESCHI, *op. cit.*, 126.

[36] A. DE FRANCESCHI, *op. cit.*, 114; C. WENDEHORST, *op. cit.*, 130. In argomento, v. pure C. CAMARDI, *op. cit.*, 521 s., la quale osserva che «i contenuti di prestazione e la durata di tali obbligazioni di conformità vanno ragionevolmente dimensionati per rapporto alla versione del bene oggetto dello scambio. Detto altrimenti, fino a quando gli aggiornamenti sono compatibili con la versione del

Sempre sulla scorta della normativa europea, la disciplina italiana di attuazione non contiene, invece, alcuna regola specifica con riguardo ai difetti di conformità attinenti alla durabilità del bene, ipotesi che dovrebbe quindi sottostare alla regola generale che ricollega la responsabilità del venditore alla sussistenza del difetto al momento della consegna del bene e alla manifestazione del medesimo entro i due anni successivi: al riguardo si può osservare che, nonostante le peculiarità di questo requisito richiedano una sorte di proiezione nel futuro del giudizio di conformità, le caratteristiche che conferiscono al bene una determinata durabilità sono comunque presenti (o meno) nel bene stesso al momento della consegna, sicché è pur sempre a quest'ultima che occorre fare riferimento nel valutarne la conformità al contratto [37].

3. – La prescrizione dei diritti del consumatore, dal legislatore europeo regolata nei parr. 4 e 5 dell'art. 10 dir. 2019/771/UE, è oggi disciplinata dall'art. 133, comma 3, cod. cons., che nel riprendere il disposto del vecchio art. 132, comma 4, cod. cons. – con l'eccezione dell'ultimo periodo, legato all'onere di denuncia del difetto, assente nella nuova disciplina – dispone che l'azione diretta a far valere i difetti non dolosamente occultati dal venditore si prescrive, in ogni caso, nel termine di ventisei mesi dalla consegna del bene, ma il consumatore convenuto per l'esecuzione del contratto può sempre far valere i rimedi attribuitigli dalla legge.

L'operato del legislatore merita un plauso sotto due profili: l'avere ricollegato il *dies a quo* della prescrizione alla consegna [38], così scartando la diversa soluzione che, proponendo di fare riferimento al momento della scoperta del difetto da parte del consumatore [39], farebbe dipendere la decorrenza del termine da circostanze variabili caso per caso e impedirebbe quindi all'istituto di svolgere la sua funzione di oggettiva certezza [40]; avere confermato la facoltà del consumatore, convenuto per l'esecuzione del contratto, di invocare la garanzia senza limiti di tempo, soluzione che da un lato si conforma al principio della perpetuità dell'eccezione sotteso agli artt. 1495, comma 3 e 1667, comma 3, cod. civ. [41] e dall'altro rappresenta un innalzamento del livello di tutela del consumatore rispetto alla dir. 1999/44/CE rientrante negli auspici del 10° *considerando* della nuova direttiva.

Sotto altri e importanti aspetti la disciplina in esame presenta, però, forti criticità.

Tanto può dirsi, innanzitutto, con riguardo alla lunghezza del termine in discorso, determinata dal legislatore sulla falsariga del sistema tratteggiato dalla disciplina previgente e costruito su di un termine di durata della garanzia di ventiquattro mesi, affiancato da un termine di decadenza di due mesi per la denuncia del difetto e un termine di prescrizione di ventisei mesi corrispondente alla somma dei primi due, sistema del quale

---

bene oggetto del contratto, essi sono dovuti. Nel momento in cui fosse prodotta una nuova versione del bene, con elementi nuovi di funzionalità, tali da configurare un *"*altro*"* bene rispetto a quello venduto, il consumatore non ha titolo a pretendere aggiornamenti che allarghino le funzionalità del bene comprato».

[37] B. ZÖCHLING-JUD, *Beweislast*, cit., 205 s.; ID., *Das neue*, cit., 122 s.; D. STAUDENMAYER, *op. cit.*, 2890; W. FABER, *Bereitstellung und Mangelbegriff*, in J. STABENTHEINER, C. WENDEHORST, B. ZÖCHLING-JUD (Hrsg.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, cit., 80. Nel senso che la valutazione della durabilità richiederebbe di discostarsi dalla regola generale appena richiamata nel testo v., invece, I. BACH, *op. cit.*, 1707.

[38] Soluzione auspicata anche da B. ZÖCHLING-JUD, *Beweislast*, cit., 213.

[39] Soluzione argomentata richiamando il principio *contra non valentem agere non currit praescriptio* e il disposto dell'art. 1442, comma 2, cod. civ. in tema di errore: cfr. A. PINNA, *op. cit*., 532 s.; A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, 126.

[40] A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 132.

[41] F. NADDEO, *op. cit.*, 562; F. BOCCHINI, *Commento all'art. 132*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La vendita dei beni di consumo. Artt. 128-135, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Padova, 2006, 316.

la più attenta dottrina aveva invero già messo in luce l'irrazionalità e l'incapacità di tutelare il consumatore dal rischio di non avere un lasso di tempo adeguato per fare valere i propri diritti nel caso in cui dovesse scoprire il difetto negli ultimi giorni del biennio. Al di là delle perplessità sollevate dal diverso momento di decorrenza del termine di prescrizione e del termine per la denuncia [42], va infatti evidenziato che la manifestazione del difetto non coincide necessariamente con la sua scoperta da parte del consumatore e che quest'ultimo potrebbe quindi avvedersi del vizio, pur palesatosi entro i due anni dalla consegna, nel procinto dello spirare del termine prescrizionale, quando ormai può sfuggire alla decadenza e alla prescrizione solo provvedendo immediatamente tanto alla denuncia del difetto quanto all'esercizio del diritto: ciò che induce a pensare che, in realtà, quello sopra prospettato non fosse un vuoto di tutela del consumatore bisognevole di essere colmato, bensì una irrimediabile eventualità connaturata al funzionamento stesso degli istituti della prescrizione e della decadenza [43]. In senso critico nei confronti della sfasatura temporale fra il termine di durata della responsabilità del venditore e il termine di prescrizione dei diritti del consumatore era stato, inoltre, convincentemente osservato che la stessa si può prestare a facili strumentalizzazioni nei casi in cui il difetto si manifesti dopo la scadenza del biennio ma prima del decorso dei ventisei mesi, in quanto induce il consumatore a tentare di invocare ugualmente la garanzia, collocando la data di comparsa del difetto in un momento anteriore alla scadenza dei due anni e confidando nella difficoltà di stabilirla con esattezza: da questo punto di vista, il sistema tratteggiato dal vecchio art. 132 cod. cons. finiva quindi per introdurre fattori di incertezza atti ad alimentare il contenzioso in danno dei venditori, senza che ciò fosse giustificato da un effettivo miglioramento della posizione dei consumatori [44]. Ma la durata di ventisei mesi della prescrizione dei diritti del consumatore, se per le ragioni anzidette costituiva una scelta assai discutibile già nel vigore della previgente disciplina, è del tutto priva di qualsivoglia giustificazione nel nuovo contesto dell'art. 135 cod. cons., ove è venuto meno quell'onere del consumatore di denunciare il difetto entro due mesi dalla scoperta che, come si è visto sopra, nell'ambito della vecchia normativa offriva l'unico, seppure solo apparente, fondamento razionale di una siffatta opzione normativa [45].

La previsione di un termine di prescrizione dei diritti del consumatore più lungo della durata della responsabilità del venditore non è, del resto, nemmeno imposta dall'art. 10, par. 4, dir. 2019/771/UE [46], ai sensi del quale il legislatore che decida di abbinare i due termini è chiamato a garantire che il periodo di responsabilità del professionista non sia eluso o limitato dal termine di prescrizione dei diritti dell'acquirente [47]. Considerata l'importanza della questione, l'imposizione di una durata siffatta dovrebbe, infatti, essere esplicitamente prevista dalla dir. 2019/771/UE o quantomeno menzionata nei suo *considerando*, ciò che invece non accade; di contro, l'ammissibilità della coincidenza dei due termini pare supportata dal confronto con l'art. 5 dir. 1999/44/CE, il quale la consentiva disponendo che la prescrizione «non può intervenire prima di due anni dalla consegna» [48]. La lunghezza del termine di prescrizione previsto dall'art. 133, comma 3, cod. cons. sol-

---

[42] A. Zaccaria, G. De Cristofaro, *op. cit.*, 124; C. Chessa, *op. cit.*, 499.

[43] L. Garofalo, *op. cit.*, 527; F. Naddeo, *op. cit.*, 558.

[44] F. Bocchini, *op. cit.*, 301, 313 s.; G. D'Amico, *La compravendita*, I, in *Tratt. dir. civ. Cons. naz. Not.*, Napoli, 2013, 519.

[45] Per una diversa opinione, v. A. De Franceschi, *op. cit.*, 126 s., il quale aveva auspicato il mantenimento di un termine di prescrizione di durata superiore di (almeno) due mesi rispetto al termine di responsabilità, a prescindere dall'eventuale eliminazione del termine bimestrale per la denuncia del difetto al venditore.

[46] Nel senso che il periodo di prescrizione dei diritti del consumatore dovrebbe necessariamente essere più lungo della durata della garanzia o, se più breve, dovrebbe iniziare a decorrere in un momento tale da escludere che possa spirare prima dello scadere della garanzia medesima, v., peraltro, I. Bach, *op. cit.*, 1708 s.; B. Gsell, *op. cit.*, 112; B. Gsell, R. Araldi, *op. cit.*, 488.

[47] Così si esprime il 42° *considerando* del provvedimento.

[48] B. Zöchling-Jud, *Beweislast*, cit., 210 s.; Id., *Das neue*, cit., 131 s.; M. Faccioli, *op. cit.*, 262 s.

leva, inoltre, ulteriori perplessità quando calata nel contesto dei contratti di vendita di beni con elementi digitali che prevedono la fornitura continuativa del contenuto digitale o del servizio digitale per un periodo di tempo superiore ai due anni e che implicano, *ex* art. 133, comma 2, seconda parte, cod. cons., un periodo di responsabilità del venditore di durata corrispondente [49]: quest'ultimo infatti, ai sensi del già menzionato art. 10, par. 4, dir. 2019/771/UE, non può essere limitato dalla disciplina della prescrizione dei diritti del consumatore prevista dai legislatori nazionali [50], ciò che invece pare accadere in forza della prescrizione di ventisei mesi decorrenti dalla consegna contemplata dalla normativa italiana di attuazione della direttiva.

Un'altra grave imperfezione che l'art. 133, comma 3, cod. cons. si trascina dal previgente art. 132, comma 4, cod. cons. riguarda, poi, il trattamento normativo dell'occultamento del difetto da parte del venditore, fattispecie la cui laconica e malamente collocata regolamentazione avrebbe senza dubbio meritato un intervento chiarificatore del legislatore e che, invece, continuerà a suscitare le intricate questioni ermeneutiche già sollevate dalla disciplina abrogata.

Ad essere incerto è, innanzitutto, il concetto stesso di occultamento, che secondo alcuni richiederebbe un'attività fraudolenta del venditore diretta a celare il difetto di conformità [51], mentre altri ritengono integrato anche dalla mera reticenza dolosa dell'alienante circa l'esistenza del vizio [52]: l'alternativa parrebbe dover essere risolta in favore della seconda tesi, più favorevole per il consumatore rispetto alla prima, la quale invero rischia di ridurre la norma a lettera morta se si considera che, essendo la grande maggioranza dei beni di consumo oggetti prodotti in serie ad alto contenuto tecnologico, è improbabile che un difetto che li riguardi possa essere effettivamente celato dal venditore, più realistica essendo l'eventualità che quest'ultimo si limiti a tacere in mala fede un vizio di costruzione del prodotto imputabile al fabbricante [53].

Altrettanto controversa è, poi, la ricostruzione della disciplina della prescrizione alla quale assoggettare i difetti occultati dal professionista. Secondo una prima lettura, la prescrizione andrebbe sospesa sulla base della previsione dell'art. 2941, n. 8, cod. civ. e il termine di ventisei mesi inizierebbe a decorrere, invece che dalla consegna del bene, dalla scoperta dell'occultamento da parte del consumatore [54]. Interpretando *a contrario* il disposto della norma in esame e richiamando l'opportunità di sanzionare il comportamento scorretto del venditore, si potrebbe però ritenere che l'azione del consumatore diretta a far valere i difetti occultati dal professionista sia soggetta non alla prescrizione prevista dalla norma medesima, bensì all'ordinaria prescrizione decennale, il decorso della quale si potrebbe poi ricollegare al momento della consegna oppure, sempre argomentando *ex* art. 2941, n. 8, cod. civ., al momento della scoperta del dolo [55]. In sede di applicazione della nuova disciplina, parrebbe opportuno dirimere il contrasto accogliendo la prima delle soluzioni sopra ricor-

---

[49] Che la disciplina della prescrizione dei diritti del consumatore relativi a queste ipotesi sia particolarmente problematica è messo in luce anche da B. Zöchling-Jud, *Beweislast*, cit., 211 s.

[50] B. Gsell, *op. cit.*, 114; B. Gsell, R. Araldi, *op. cit.*, 489.

[51] L. Garofalo, *op. cit.*, 528 s.; F. Naddeo, *op. cit.*, 561; G. D'Amico, *op. cit.*, 520.

[52] A. Zaccaria, G. De Cristofaro, *op. cit.*, 124 s.; C. Chessa, *op. cit.*, 499 s.; F. Bocchini, *op. cit.*, 319 ss.

[53] F. Bocchini, *op. cit.*, 319.

[54] F. Naddeo, *op. cit.*, 562; G. D'Amico, *op. cit.*, 520; A. Luminoso, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2014, 606.

[55] Cfr., per una riflessione sul punto, L. Garofalo, *op. cit.*, 528; M. Cognolato, *Commento all'art. 132*, in G. Vettori (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, 989 s. Va poi ricordato che, secondo un'ulteriore proposta interpretativa, si dovrebbe «considerare applicabile in materia l'impianto normativo relativo al dolo, come categoria giuridica che maggiormente rispecchia il conflitto di interessi suscitato dal tema in esame», con la conseguenza che «il doloso occultamento del difetto apre al consumatore una duplice strada: l'azione di annullamento o l'azione di garanzia, entrambe da esercitare nel termine di cinque anni dalla scoperta dell'occultamento, salvo in ogni caso il diritto al risarcimento del danno per la condotta illecita tenuta dal venditore»: F. Bocchini, *op. cit.*, 322 s.

date, che meglio delle altre sembra conciliarsi, sul piano della gravità delle conseguenze che ne derivano per il professionista, con l'impostazione che ritiene l'occultamento del difetto integrato dalla reticenza dolosa circa l'esistenza del vizio.

Un'ulteriore difficoltà ermeneutica si incontra, infine, nel definire l'incidenza dell'occultamento del difetto sull'operatività del termine biennale di durata della garanzia. Nel senso che tale comportamento non dovrebbe influenzare la decorrenza del termine in discorso si osserva che le ragioni di tutela del consumatore, che pure si accentuano in tale eventualità, non parrebbero poter giustificare l'accantonamento di una regola che svolge la fondamentale funzione di garantire certezza circa la delimitazione temporale della responsabilità del professionista [56]. In senso contrario è però possibile rilevare che il regolare decorso del termine biennale potrebbe vanificare l'applicazione della norma che all'occultamento del difetto ricollega un trattamento più favorevole per il consumatore sotto il profilo della prescrizione, sicché, anche allo scopo di sanzionare il comportamento scorretto del venditore, l'occultamento del difetto dovrebbe portare all'inoperatività del termine biennale di durata della responsabilità del professionista, a quel punto delimitata solo dal decorso della prescrizione dei diritti della controparte [57]. Alla luce dell'invito ad aumentare il livello di protezione dei consumatori rispetto alla dir. 1999/44/CE contenuto nel 10° *considerando* dir. 2019/771/UE, è proprio quest'ultima la soluzione che parrebbe doversi, allora, preferire in sede di applicazione della nuova disciplina.

Un ultimo aspetto critico dell'art. 133, comma 3, cod. cons. concerne il silenzio serbato dal legislatore sul tema della sospensione e dell'interruzione della prescrizione dei diritti del consumatore, materia che la nuova direttiva, alla stregua del suo 44° *considerando* e in continuità con la dir. 1999/44/CE, omette di considerare e lascia completamente agli ordinamenti nazionali [58]. La questione è particolarmente grave con riguardo all'interruzione della prescrizione, che già nel vigore della vecchia disciplina ha dato luogo, nell'applicazione delle regole generali di cui agli artt. 2941 ss. cod. civ., ad alcune questioni ermeneutiche di notevole rilievo.

Ad essere in discussione sono, innanzitutto, i requisiti che l'atto di esercizio del diritto da parte del consumatore deve presentare per avere efficacia interruttiva: alla prevalente tesi dottrinale che considera sufficiente qualsiasi atto idoneo a manifestare la volontà di avvalersi della garanzia, anche di natura stragiudiziale [59], si è contrapposto un orientamento pretorio che alla richiesta stragiudiziale di sostituzione o riparazione del bene difettoso ha riconosciuto la capacità di interrompere la prescrizione relativa a detti rimedi, ma non quella dell'azione di risoluzione del contratto, a tal fine reputando necessaria quella domanda giudiziale che la tradizionale opinione giurisprudenziale considerava indispensabile per interrompere la prescrizione delle azioni edilizie di cui all'art. 1495, comma 3, cod. civ. [60] prima di essere superata dal recente intervento delle Sezioni Unite che ha attribuito tale efficacia pure alle manifestazioni stragiudiziali di volontà del compratore compiute nelle forme di cui all'art. 1219, comma 1, cod. civ. [61]. La soluzione surriferita era comunque appar-

---

[56] C. Chessa, *op. cit*., 491; F. Bocchini, *op. cit*., 321.

[57] A. Luminoso, *La vendita*, cit., 606 s.; G. D'Amico, *op. cit*., 520.

[58] Per una critica nei confronti della scelta operata dalla dir. 2019/771/UE accompagnata dall'auspicio dell'intervento del legislatore italiano sul punto, v. G. De Cristofaro, *op. cit.*, 241 s. Il 44° *considerando* del provvedimento peraltro suggerisce ai legislatori nazionali di ricollegare l'interruzione o la sospensione della prescrizione a eventi quali la riparazione e la sostituzione del bene o lo svolgimento di trattative tra le parti finalizzate alla composizione amichevole della controversia.

[59] *Ex multis* v., anche per ampi riferimenti di dottrina conforme, R. Omodei Salè, *Art. 130. Diritti del consumatore*, in G. De Cristofaro, A. Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, 2a ed., Padova, 2013, 841, 848.

[60] App. Roma, 9 ottobre 2017, n. 6338, in *Contr.*, 2018, 581, con nota di M. D'Onofrio, *'Gerarchia' dei rimedi e prescrizione nella vendita di beni di consumo*, ove riferimenti alla giurisprudenza di cui si diceva nel testo.

[61] Cass., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18672, in *Foro it.*, 2019, I, c. 3116, con nota di M. Magliulo, R. Pardolesi,

sa insoddisfacente, in quanto non teneva conto del fatto che il consumatore, in virtù della gerarchia dei rimedi previsti in suo favore, prima di aver inutilmente chiesto riparazione e sostituzione del bene nemmeno ha il diritto di esercitare l'azione di risoluzione che servirebbe ad interrompere il decorso della prescrizione con riguardo a quest'ultima: nel recepire la dir. 2019/771/UE sarebbe stato, quindi, senz'altro opportuno dissipare queste incertezze, specificando espressamente che il consumatore può interrompere la prescrizione dei rimedi previsti in suo favore anche con un atto di esercizio del diritto di natura stragiudiziale, soluzione che trova del resto conferma, oltre che nell'attuale indirizzo della Suprema Corte relativo alla vendita di diritto comune, nella circostanza che la nuova disciplina attribuisce ad una manifestazione stragiudiziale di volontà del consumatore il ben più pregnante effetto di determinare la risoluzione del contratto [62].

Un altro profilo controverso riguarda, poi, l'idoneità dell'atto di esercizio di un determinato diritto da parte del consumatore ad interrompere la prescrizione degli altri: attribuendo ai diritti in discorso autonoma individualità, taluno invero sostiene la soluzione radicalmente negativa, che tuttavia risulta eccessivamente penalizzante per il consumatore, in quanto gli impone il notevole aggravio (soprattutto in sede processuale) di far valere sempre, fin dall'inizio, tutti i rimedi tramite una serie di richieste subordinate; secondo un altro orientamento, la richiesta di sostituzione del bene sarebbe idonea a interrompere la prescrizione anche del diritto alla riparazione (e viceversa), in quanto l'una e l'altra sono entrambe modalità attuative dell'unitario diritto del consumatore al ripristino della conformità del bene, mentre tale ragionamento non varrebbe con riguardo alla prescrizione del diritto alla risoluzione del contratto e del diritto alla riduzione del prezzo; un'ulteriore impostazione, infine, ritiene potersi attribuire all'atto di esercizio di ciascun diritto da parte del consumatore l'idoneità ad interrompere la prescrizione anche di tutti gli altri [63]. Ed è proprio quest'ultima soluzione [64] quella che si sarebbe, in effetti, potuto implementare nel recepire la dir. 2019/771/UE: in questo modo, la richiesta diretta a far valere uno dei rimedi "primari" sarebbe in grado di interrompere la prescrizione (anche) dei rimedi "secondari", ma varrebbe pure l'inverso, nel senso che la richiesta di risoluzione o di riduzione del prezzo andrebbe ad interrompere la prescrizione (anche) del diritto alla sostituzione e del diritto alla riparazione, anche qualora venga formulata nelle ipotesi in cui l'ordine gerarchico dei rimedi imporrebbe al consumatore di far valere, in prima battuta, uno degli strumenti di ripristino della conformità del bene. Oltre ad apparire conforme al fondamentale principio di effettività delle tutele [65], una siffatta disciplina si potrebbe invero giustificare con il rilievo, condiviso da un'ampia parte della dottrina, che la responsabilità del venditore prevista tanto dalla dir. 1999/44/CE quanto dalla dir. 2019/771/UE si concretizza, a prescindere dal suo inquadramento dogmatico nell'ambito dell'assai noto (ed estenuante) dibattito ruotante attorno ai poli della garanzia e dell'obbligazione [66], nella soggezione del venditore ai rimedi previsti in favore

Sull'interruzione della prescrizione della garanzia per vizi nella compravendita.

[62] Precisamente, nell'art. 13, par. 1, della direttiva e nell'art. 135 *quater*, comma 2, cod. cons.: cfr., su questi aspetti, M. FACCIOLI, *op. cit*., 268 s.; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 241; S. PAGLIANTINI, *op. cit*., 235 s.; B. ZÖCHLING-JUD, *Beweislast*, cit., 209 s.; E. FERRANTE, *op. cit*., 51 s., il quale peraltro ritiene che, «poiché il risultato pare scontato, è preferibile che il legislatore s'astenga del tutto, per non correre il rischio di rendere quel risultato meno scontato».

[63] Su questi aspetti v., *amplius*, M. FACCIOLI, *op. cit*., 269 s., e la dottrina ivi citata; la questione esaminata nel testo è segnalata anche da G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 242.

[64] Autorevolmente suggerita da A. Luminoso, *La vendita*, cit., 605 s.; nello stesso senso v., inoltre, A. GENOVESE, *Vendita di beni di consumo*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, *Agg.*, III, Torino, 2007, 1262.

[65] Sul quale è d'obbligo il rinvio, quantomeno, a G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ*., 2017, 666 ss.; ID., *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir*., *Annali*, X, Milano, 2017, 381 ss.

[66] Nel senso che i termini del problema del fondamento della responsabilità del venditore di beni di consumo rimangono sostanzialmente immutati nel passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina, v. F. ADDIS, *op. cit.*, 17; A. BARENGHI, *op. cit*., 815 ss. Per una recente sintesi del dibattito, v. F. SARTORIS, *op. cit.*, 199 ss.

dell'acquirente [67], vale a dire nella configurazione, in capo al professionista, di un'unica ed unitaria situazione giuridica soggettiva alla quale il consumatore in ogni caso si appella nel momento in cui invoca uno qualsiasi dei diritti attribuitigli dalla legge.

4. – Nella scia di quanto prevedeva la vecchia formulazione dell'art. 134, comma 2, cod. cons. in attuazione dell'art. 7, par. 1, dir. 1999/44/CE, l'art. 133, comma 4, cod. cons. sfrutta la possibilità, concessa agli Stati membri dall'art. 10, par. 6, dir. 2019/771/UE, di attribuire alle parti la facoltà di accordarsi per un termine di durata della garanzia e di prescrizione dei diritti del consumatore più breve di quello valevole per tutti gli altri beni, purché non inferiore ad un anno [68].

È da sottolineare che, discostandosi dalla dir. 1999/44/CE, la dir. 2019/771/UE riferisce la facoltà delle parti di ridurre i termini previsti dalla legge non soltanto al termine di durata della garanzia, ma pure al termine di prescrizione dei diritti del consumatore, che la precedente direttiva invece non consentiva di accorciare [69]; rifacendosi quasi pedissequamente al testo del nuovo provvedimento europeo, il legislatore italiano ha pertanto recepito siffatta estensione della facoltà delle parti di accordarsi sui termini [70], probabilmente senza avvedersi che in questo modo è stata, però, introdotta nel sistema una vistosa eccezione all'inderogabilità della disciplina della prescrizione stabilita dall'art. 2936 cod. civ. [71].

Al di là di quanto appena rilevato, la decisione del legislatore di esercitare la facoltà prevista dall'art. 10, par. 6, dir. 2019/771/UE merita, comunque, di essere approvata, perché le peculiarità della contrattazione dei beni di seconda mano giustificano l'attribuzione all'autonomia privata di un maggiore spazio di azione, il quale dovrebbe del resto tornare a vantaggio degli stessi consumatori, ovviamente a condizione che essi siano adeguatamente informati circa il carattere usato del bene offerto loro in vendita nonché in merito alla durata del termine entro il quale i difetti di conformità debbono manifestarsi affinché il venditore ne risponda [72].

---

[67] G. AMADIO, *op. cit.*, 895; A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., 530 s., 558 s.; R. OMODEI SALÈ, *op. cit.*, 829; L. D'ACUNTO, *op. cit*., 90; L. CABELLA PISU, *La vendita di beni di consumo*, in *Tratt. resp. contr. Visintini*, II, Padova, 2009, 1322. Nel senso che «il giurista italiano dovrebbe […] assecondare l'ispirazione della normativa europea partendo dall'esame delle tecniche di tutela offerte al consumatore e della loro fruibilità, piuttosto che dall'indagine sulla natura della responsabilità del venditore-professionista», v. già R. ALESSI, *L'attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo nel diritto italiano*, in *Europa dir. priv*., 2004, 751.

[68] Come quella che l'ha preceduta, anche la nuova direttiva quindi non consente ai legislatori nazionali di prevedere termini più brevi per i beni usati, ma concede loro solamente la facoltà di permettere a professionista e consumatore di accordarsi in tal senso: B. ZÖCHLING-JUD, *Beweislast*, cit., 212; ID., *Das neue*, cit., 132.

[69] B. ZÖCHLING-JUD, *Beweislast*, cit., 212; ID., *Das neue*, cit., 132, sulla scorta della decisione di Corte giust. UE 13 luglio 2017, causa C-133/16, *Ferenschild*.

[70] Lo segnala anche la Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. n. 270/2021 predisposto dal Governo e trasmesso al Parlamento.

[71] Con il che non si intende ovviamente contestare la necessità, ormai condivisa da un'ampia parte della dottrina, di superare – o comunque ridimensionare – tale elemento di rigidità della disciplina della prescrizione nella prospettiva dell'ammodernamento dell'istituto, ciò che in ogni caso richiederebbe un intervento del legislatore e non sarebbe praticabile in via interpretativa: *amplius* sul punto v., fra gli altri, G. MAGRI, *La prescrizione in Europa tra ordine pubblico e tutela del debitore*, in *Riv. dir. civ*., 2017, 1160 ss.; sull'esigenza di una ancora più ampia e generale revisione della disciplina della prescrizione v., poi, P. GALLO, *Art. 2934. Estinzione dei diritti*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti. Artt. 2907-2969 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Torino, 2015, 514; ID., *Prescrizione e decadenza*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, VIII, Torino, 2013, 511; A. LEPRE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, Napoli, 2012, 265; G. MAGRI, *La prescrizione. Ricodificazione degli ordinamenti giuridici europei e prospettive di modernizzazione del diritto italiano*, Napoli, 2019, 453 ss.

[72] G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 248, nel testo e in nt. 248. In senso critico nei confronti della facoltà concessa agli Stati membri dall'art. 10, par. 6, dir. 2019/771/UE v., però, E. VAN GOOL, A. MICHEL, *op. cit.*, 138, i quali ritengono che la riduzione della durata della garanzia e della prescrizione dei diritti del consumatore consentita dalla norma, suscitando l'impressione che i beni usati abbia-

5. – Sostituendo il testo del vecchio art. 132, comma 3, cod. cons., l'art. 135 cod. cons. disciplina l'onere della prova della manifestazione del difetto di conformità, materia nella quale l'art. 11 dir. 2019/771/UE prevede, in continuità con la dir. 1999/44/CE, una presunzione in favore dell'acquirente ispirata all'idea secondo cui è più agevole per il venditore dimostrare che il bene era conforme al contratto al momento della consegna piuttosto che per il consumatore provare il difetto, il primo potendo generalmente avvalersi di una conoscenza del prodotto venduto assai più approfondita di quella di cui dispone il secondo [73].

Pur distaccandosi dalla formulazione letterale dell'art. 11, par. 1 della direttiva, il comma 1 dell'art. 135 cod. cons. ne recepisce sostanzialmente i contenuti disponendo che, salvo prova contraria offerta dal professionista, qualsiasi difetto di conformità manifestatosi entro un anno dalla consegna si presume che esistesse già a tale data, a meno che detta presunzione sia incompatibile con la natura del bene o del difetto. Come si può ricavare anche dalla lettura del 45° *considerando* della direttiva, la presunzione si riferisce soltanto al momento di manifestazione del difetto di conformità e non anche alla sussistenza dello stesso: il consumatore, quindi, viene esonerato dall'onere di provare che i difetti di conformità che si manifestano entro un anno dalla consegna fossero presenti al momento della stessa, ma è comunque tenuto a dimostrare l'esistenza attuale del difetto e il suo manifestarsi entro il termine di durata della responsabilità del venditore per ribaltare su quest'ultimo l'onere di fornire la prova contraria, ovverosia dimostrare che quando il consumatore è entrato in possesso del bene questo era conforme al contratto e che il difetto è intervenuto successivamente per una causa non imputabile al professionista medesimo [74].

Dal confronto con la disciplina previgente emerge con evidenza un allungamento della durata della presunzione da sei a dodici mesi che dovrebbe incontrare l'approvazione di quanti reputavano troppo breve la durata semestrale prevista in precedenza [75] ma che ha, d'altro canto, fin da subito ricevuto le censure di chi invece considera quest'ultima una soluzione equilibrata, ora abbandonata in favore di un'opzione di smaccato ed eccessivo favore per il consumatore [76].

Non dev'essere questa, evidentemente, l'opinione del legislatore europeo, che nel par. 2 dell'art. 11 della nuova direttiva anzi consente di estendere ulteriormente il suddetto termine annuale a due anni (ma non di modellarlo diversamente adottando soluzioni intermedie, per esempio di diciotto mesi) [77]. E invero, allinean-

---

no un valore economico e una durabilità inferiori ai beni nuovi, in realtà ne ostacolerebbe il commercio, ponendosi così in contrasto con gli obiettivi della sostenibilità dei consumi e dell'economia circolare già richiamati *supra*, nel par. 2.

[73] V., *ex multis*, D. STAUDENMAYER, *op. cit.*, 2893; G. AFFERNI, *op. cit*., 171; F. MACARIO, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, 150; A. GIUSSANI, *Sulla «vicinanza» della prova del vizio della cosa venduta*, in *Riv. dir. proc*., 2020, 1324; in giurisprudenza v., poi, Corte Giust. UE 4 giugno 2015, causa C-497/13, *Faber* (in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, I, 5, con nota di F.P. PATTI, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso "Faber"*; in *Contr.*, 2015, 1077, con nota di F. AZZARRI, *Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo*).

[74] Fra i tanti v., anche con riferimento alla disciplina previgente, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 227 s.; F. NADDEO, *op. cit*., 559; D. STAUDENMAYER, *op. cit.*, 2893; B. ZÖCHLING-JUD, *Beweislast*, cit., 202; ID., *Das neue*, cit., 125; S. Patti, *Commento all'art. 129. I*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La vendita*, cit., 75. Nello stesso senso v., inoltre, Corte Giust. UE 4 giugno 2015, causa C-497/13, *Faber*, cit., la quale ha pure precisato che il consumatore non è tenuto a provare la causa del difetto di conformità o a dimostrare che la sua origine è imputabile al venditore; Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748 (in *Corr. giur*., 2019, 1527, con nota di G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*), la quale, seppure pronunciandosi con riguardo alla disciplina della vendita contenuta nel codice civile, ha ripreso quanto affermato dalla sentenza della Corte di giustizia sopra menzionata per argomentare la soluzione (sulla quale v. *infra*, nel testo) che addossa al compratore l'onere di provare i vizi della cosa ai fini dell'esperimento delle azioni edilizie.

[75] F. MACARIO, *op. cit.*, 151; R. Fadda, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, 431.

[76] S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 223.

[77] Sull'esclusione di soluzioni intermedie tra la durata di uno o due anni della presunzione, invero non espressamente prevista dal testo della direttiva ma ricavabile dal principio dell'armonizzazione massima, v. B. ZÖCHLING-JUD, *Beweislast*, cit., 198; E. FERRANTE, *op. cit*., 59.

do la durata della presunzione a quella della garanzia ed esonerando sempre il consumatore dall'onere di provare la sussistenza del difetto di conformità al momento della consegna, si soddisferebbe l'obiettivo di aumentare il livello di protezione dei consumatori rispetto alla dir. 1999/44/CE di cui al 10° *considerando* della nuova direttiva e si potrebbe, altresì, giovare alla speditezza e all'efficacia dei rimedi consumeristici, favorendo una più rapida e sicura soluzione delle controversie tra le parti [78]; senza contare che, per ragioni analoghe a quelle già richiamate esaminando il termine di durata della garanzia, una presunzione biennale potrebbe pure contribuire al contrasto al fenomeno dell'obsolescenza programmata nell'ottica dell'economia circolare e del consumo sostenibile [79]. Né sembra che una disciplina di questo tipo comporterebbe un eccessivo aggravio della posizione del venditore [80], perché se da un lato è vero che per quest'ultimo può non essere sempre così agevole fornire la prova contraria, dall'altro la presunzione incontra i limiti costituiti dall'incompatibilità con la natura del bene o la natura del difetto, nozioni ampie e generiche che paiono in grado di realizzare, se correttamente interpretate, un equo contemperamento degli interessi delle parti [81].

Il legislatore italiano non ha però ritenuto di procedere nel senso appena indicato [82] e, conservando un termine di durata della presunzione inferiore a quello della garanzia, ha invero conservato i due vantaggi implicati da tale soluzione: *in primis*, sollecitare il consumatore a verificare la conformità del bene al contratto in tempi più rapidi di quelli astrattamente consentiti dalla durata della garanzia, ciò che non solo assicura una migliore tutela delle sue ragioni ma risponde pure all'interesse del venditore ad una celere definizione della sorte dell'operazione [83]; in secondo luogo, rendere più accettabile per gli Stati membri il fatto che la garanzia europea sui beni di consumo abbia una durata maggiore di quella prevista dalle normative nazionali tradizionalmente applicate ai professionisti operanti nel proprio territorio [84]. A giustificare la scelta del nostro legislatore potrebbe inoltre militare la considerazione che, quanto più si estende la durata della presunzione in discorso, maggiore si presenta il rischio che i consumatori cedano al *moral hazard* di utilizzare i beni in maniera negligente confidando sul fatto che la riconducibilità, totale o parziale, del difetto al loro comportamento [85] non emergerà in conseguenza dell'operare della presunzione medesima [86].

Il regime probatorio tratteggiato dall'art. 135, comma 1, cod. cons. potrebbe peraltro essere superato in

---

[78] Su questo punto v., in particolare, E. FERRANTE, *op. cit*., 58.

[79] E. VAN GOOL, A. MICHEL, *op. cit.*, 142.

[80] Come invece coerentemente ritiene, considerata la critica formulata già con riguardo alla durata annuale della presunzione, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 223.

[81] M. FACCIOLI, *op. cit*., 275; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 228. Sulla scorta dell'interpretazione fornita alla previgente disciplina nonché delle indicazioni provenienti dal 45° *considerando* dir. 2019/771/UE, può evidenziarsi che si riscontra l'incompatibilità della presunzione con la natura del bene quando la cosa è sottoposta a breve scadenza o è facilmente deperibile (ma non necessariamente per il semplice fatto che si tratti di un bene usato), mentre l'incompatibilità con la natura del difetto ricorre quando quest'ultimo è tale da dover essere ragionevolmente ricondotto ad una causa esterna (quale, per esempio, il comportamento del consumatore stesso o di un terzo) oppure si identifica con quei lievi deterioramenti che sono conseguenza inevitabile del normale utilizzo del bene; è importante precisare, inoltre, che tali circostanze possono essere non solo invocate dal professionista, ma pure rilevate d'ufficio dal giudice, in quanto costituiscono l'oggetto di una mera difesa e non di un'eccezione (V. MARICONDA, *"Conformità" al contratto dei beni di consumo e onere della prova*, in *Corr. giur.*, 2002, 1106).

[82] Un invito a valutare la possibilità di prolungare la durata della presunzione in discorso a due anni era stato peraltro formulato dalla 10a Commissione permanente del Senato (Industria, commercio, turismo) nel suo parere del 5 ottobre 2021 sullo schema di d.lgs. n. 270/2021 predisposto dal Governo.

[83] C. CHESSA, *op. cit*., 498; F. BOCCHINI, *op. cit*., 307.

[84] P.R. LODOLINI, *La direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni*, in *Europa dir. priv*., 1999, 1288.

[85] Sul concorso del fatto del consumatore, v. l'art. 13, par. 7, dir. 2019/771/UE e l'art. 135 *bis*, comma 6, cod. cons.

[86] Per una riflessione sul punto v., seppure con varietà di accenti, E. VAN GOOL, A. MICHEL, *op. cit.*, 142; B. GSELL, *op. cit*., 117; B. GSELL, R. ARALDI, *op. cit*., 494.

via ermeneutica laddove si ritenesse di aderire alla tesi, proposta da una parte della dottrina nel vigore della disciplina previgente, che equiparando la consegna di un bene non conforme al contratto all'inadempimento di un'obbligazione – o comunque di un vincolo giuridico a questa assimilabile – ritiene doversi sempre sollevare il consumatore dall'onere di provare la presenza del difetto del bene al momento della consegna, potendo egli limitarsi ad allegare tale circostanza in applicazione del noto regime probatorio elaborato dalle Sezioni Unite nel 2001 con riferimento all'inadempimento delle obbligazioni in generale [87]. Al di là delle fondate critiche alle quali quest'ultimo orientamento è sempre stato sottoposto [88] e delle perplessità sollevate dall'impostazione che vorrebbe ricostruire il regime probatorio dei vizi della cosa venduta sulla scorta della natura della garanzia [89], l'indirizzo di cui si è detto sopra non sembra, tuttavia, poter essere più seriamente sostenuto dopo che le stesse Sezioni Unite hanno più di recente e definitivamente chiarito, con l'avallo della dottrina ampiamente maggioritaria [90], che l'onere della prova dei vizi della cosa venduta grava sull'acquirente di beni acquistati con un contratto disciplinato dal codice civile e che tale soluzione si estende anche alle vendite consumeristiche, altrimenti non spiegandosi perché il legislatore avrebbe introdotto una regola che esonera il consumatore da tale onere probatorio nel caso in cui il difetto si manifesti entro un determinato lasso di tempo dalla consegna [91].

Nella scia del secondo periodo del par. 1 dell'art. 11 dir. 2019/771/UE, il secondo periodo del comma 1

---

[87] Il riferimento è alla celebre Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769. Nel senso appena riferito nel testo si erano pronunciati, fra gli altri, A. Zaccaria, G. De Cristofaro, *op. cit.*, 119 s.; F.P. Patti, *op. cit.*, 15; F. Azzarri, *op. ult. cit.*, 1094; negli stessi termini cfr., in giurisprudenza, Giud. Pace Padova 15 novembre 2007, in *Studium Iuris*, 2008, 620.

[88] In particolare per avere esteso la soluzione originariamente delineata per il mancato adempimento all'ipotesi – nella quale rientra la consegna di un bene difettoso – dell'inesatto adempimento senza, però, avvedersi che, quando il creditore lamenta la cattiva esecuzione della prestazione, da un lato non può ritenersi operare il c.d. principio di presunzione di persistenza del diritto che ben appare adattarsi alle (sole) ipotesi di mancato adempimento, e dall'altro lato il principio di vicinanza della prova dovrebbe condurre ad addossare sul creditore l'onere di provare di avere ricevuto una prestazione inesatta, anziché a gravare il debitore dell'onere di dare la prova di avere esattamente adempiuto (per questi diffusi rilievi v., per tutti, G. Villa, *op. cit.*, 759 ss.).

[89] R. Mazzariol, *L'onere della prova nella garanzia per vizi nella vendita: il problema irrisolto del riparto probatorio del momento genetico del vizio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 449 s.; M. Proto, *Garanzia per vizi della cosa venduta: onere probatorio e diritto ad un rimedio effettivo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 164 ss.; A. Luminoso, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni Unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e prescrizione)*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1868 ss.

[90] A prescindere da eventuali rilievi critici circa il ragionamento sviluppato dalle Sezioni Unite, hanno aderito alle conclusioni cui è giunta la pronuncia di cui si dirà subito *infra* nel testo gli Autori citati nella nota precedente nonché, fra gli altri, T. dalla Massara, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, in *Contr.*, 2019, 378 ss.; L. Regazzoni, *Le Sezioni Unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1055 ss.; R. Calvo, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*, in *Giur. it.*, 2019, 1532 ss.; G. Portonera, *Le sezioni (ri)unite sulla garanzia edilizia: natura, onere probatorio e atti interruttivi del termine prescrizionale*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 705 ss. Per l'opposta e minoritaria opinione che, non condividendo il principio affermato dalla pronuncia in discorso, ritiene il compratore gravato del solo onere di allegare il vizio e impone al venditore l'onere di fornire la prova contraria v., invece, A. Iuliani, *Note minime in tema di garanzia per i vizi nella vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 671 ss.; F. Piraino, *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1134 ss.

[91] Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit., anche sulla scorta del richiamo a Corte Giust. UE 4 giugno 2015, causa C-497/13, *Faber*, cit. Né sembra che tale ragionamento possa essere criticato obiettando che «la disciplina italo-europea della vendita al consumo conosce sì fin dal 1999 una presunzione di preesistenza del vizio […], ma questa nulla dice sull'esistenza del difetto di conformità» (E. Ferrante, *op. cit.*, 60, nt. 100), evidente essedo che «introdurre una inversione dell'onere probatorio in favore del compratore/consumatore significa ammettere l'esistenza di una regola – […] logicamente presupposta da tale inversione – che impone proprio a quest'ultimo di provare che fu consegnato un bene non conforme alle intese. […] Benché derogata per un lasso di tempo, la regola tuttavia esiste; ed impone al compratore di dimostrare il difetto che egli denuncia» (così M. Proto, *op. cit.*, 166 s.; per analoghe considerazioni, v. pure G. Villa, *op. cit.*, 761; G. De Cristofaro, *op. cit.*, 227).

del nuovo art. 135 cod. cons. stabilisce poi che la disciplina della presunzione si applica anche ai beni con elementi digitali. A questi ultimi è interamente dedicato il comma 2 della norma, che riprendendo il par. 3 dell'art. 11 della direttiva dispone che, qualora il contratto preveda una fornitura continuativa del contenuto digitale o del servizio digitale per un periodo di tempo, l'onere della prova riguardo al fatto che il contenuto digitale o il servizio digitale fosse conforme entro il periodo di tempo indicato dal comma 2 dell'art. 133 cod. cons. spetta al venditore per qualsiasi difetto di conformità che si manifesta entro il termine indicato dall'articolo testé menzionato. Messa a confronto con la differente formulazione letterale del comma 1 dell'art. 135 cod. cons., questa disposizione in realtà introduce, con riguardo ai casi ivi considerati, una presunzione, sempre relativa, che non si limita al momento di manifestazione del difetto di conformità, ma riguarda la difettosità stessa del contenuto digitale o del servizio digitale, vincibile dal venditore solo dimostrando che il medesimo è stato conforme per tutto il periodo di tempo durante il quale esso doveva essere fornito in forza del contratto [92]: la *ratio* di questa previsione può rinvenirsi nell'impossibilità di estendere alle fattispecie in esame l'osservazione, usualmente riferita ai beni "tradizionali", che sottolinea come dopo la consegna questi ultimi abbandonino definitivamente la sfera d'influenza del venditore per rimanere soggetti solo a quella del compratore [93]. Similmente a quanto rilevato con riguardo al comma 2 dell'art. 133 cod. cons., va comunque evidenziato che la disciplina del comma 2 dell'art. 135 cod. cons. si riferisce esclusivamente alle difformità del contenuto digitale o al servizio digitale e non ai vizi del bene inteso come supporto materiale: per invocarne l'applicazione il consumatore dovrà, quindi, dimostrare che il malfunzionamento del prodotto acquistato attiene al contenuto digitale o al servizio digitale incorporato o interconnesso con il bene medesimo [94].

Il rinvio al termine (almeno) biennale di cui al comma 2 dell'art. 133 cod. cons., frutto del pedissequo recepimento del testo della direttiva, appare, peraltro, criticabile nel momento in cui non tiene conto del fatto che il venditore potrebbe anche obbligarsi contrattualmente a fornire contenuti o servizi digitali per un periodo di tempo inferiore a due anni: in tali ipotesi, infatti, dovrebbe corrispondentemente ridursi anche la durata della presunzione in esame, apparendo privo di senso che il venditore, obbligato a fornire elementi digitali per un arco temporale inferiore a due danni, si possa liberare solo dimostrandone la conformità al contratto per quel periodo [95].

Un altro elemento di criticità della disciplina europea trasposto nell'art. 135 cod. cons. concerne, infine, l'assenza di riferimenti alla difettosità degli aggiornamenti [96]: la questione riguarda, per la precisione, la ripartizione dell'onere della prova nel caso in cui una difettosità dei contenuti o dei servizi digitali insorga, in conseguenza degli aggiornamenti, in un momento ricompreso nella durata della garanzia ma successivo al periodo di operatività annuale della presunzione di cui si discute. La formulazione letterale dell'art. 135 cod. cons. dovrebbe portare ad addossare sul consumatore l'onere di dimostrare il carattere difettoso degli aggiornamenti in applicazione del criterio generale dettato dal comma 1 della norma, il più favorevole trattamento del comma 2 essendo testualmente previsto per la sola ipotesi di contratto contemplante una fornitura continuativa del contenuto digitale o del servizio digitale per un periodo di tempo [97]. In senso contrario si potrebbe argomentare che, con l'installazione degli aggiornamenti, il bene con elementi digitali può essere in qualche modo considerato un prodotto "nuovo" per il quale dovrebbe, di conseguenza, decorrere un nuovo termine

[92] A. De Franceschi, *op. cit.*, 129 s.; B. Zöchling-Jud, *Das neue*, cit., 126; B. Zöchling-Jud, *Beweislast*, cit., 203.
[93] B. Gsell, *op. cit*., 118; B. Gsell, R. Araldi, *op. cit*., 495.
[94] B. Zöchling-Jud, *Das neue*, cit., 126; Id., *Beweislast*, cit., 204.
[95] A. De Franceschi, *op. cit.*, 130; B. Zöchling-Jud, *Das neue*, cit., 126; Id., *Beweislast*, cit., 204.
[96] Il problema è segnalato anche da A. De Franceschi, *op. cit.*, 130.
[97] B. Zöchling-Jud, *Das neue*, cit., 126; Id., *Beweislast*, cit., 205.

annuale di durata della presunzione; ma tale ragionamento appare assai difficilmente sostenibile, in quanto eccessivamente distante dal dettato letterale della norma [98]. In alternativa, si potrebbe pensare di estendere in via analogica alle ipotesi in esame la disciplina dell'art. 135, comma 2, cod. cons.: se è vero, infatti, che la nuova normativa delle vendite al consumo distingue gli aggiornamenti da un lato e la fornitura continuativa di contenuti o servizi digitali dall'altro, trattare allo stesso modo le due ipotesi sotto il profilo dell'onere della prova non sarebbe una soluzione irragionevole, posto che anche la fornitura degli aggiornamenti costituisce un'obbligazione di durata finalizzata al mantenimento della funzionalità e della conformità del bene con elementi digitali [99].

6. – Come già anticipato, il nostro legislatore ha deciso di non riprodurre nella nuova normativa delle vendite consumeristiche l'onere per il consumatore di denunciare il difetto di conformità al venditore entro due mesi dalla scoperta, previsto a pena di decadenza dal previgente art. 132, comma 2, cod. cons.; come la precedente direttiva del 1999, l'art. 12 dir. 2019/771/UE attribuisce infatti agli Stati membri la mera facoltà – e non l'obbligo – di prevedere tale meccanismo.

Dai lavori preparatori [100] emerge che tale scelta è stata fondamentalmente ispirata dal 46° *considerando* del provvedimento, il quale evidenzia come la mancata previsione dell'onere di denuncia consenta agli Stati di offrire al consumatore un livello di tutela più elevato, nonché dall'intenzione del legislatore italiano di muoversi «in ossequio a quanto accade nella maggior parte degli Stati membri» [101]; quest'ultima considerazione è, però, del tutto fallace, perché in sede di attuazione della dir. 1999/44/CE la grande maggioranza degli Stati europei aveva invece deciso di prevedere l'onere di cui si discute [102]. Né sembra cogliere nel segno l'opinione che attribuisce alla scelta di non riprodurre l'onere di denuncia del difetto il merito di «impedire che si ripropongano i gravi problemi interpretativi e applicativi suscitati dall'onere di denuncia contemplato dall'art. 1495, comma 1, cod. civ.» [103], perché sulla grandissima parte delle questioni sollevate dal vecchio testo dell'art. 132, comma 2, cod. cons. si erano in realtà formati indirizzi ermeneutici – sui quali si tornerà più avanti – sufficientemente univoci e consolidati.

Ad un'attenta analisi sembra doversi quindi riconoscere che, al di là dell'indubbio effetto positivo costituito dal rafforzamento della tutela offerta al consumatore, la mancata previsione dell'onere di denunciare il difetto al venditore presenta solamente l'ulteriore vantaggio di contribuire al ridimensionamento dell'annoso

---

[98] C. WENDEHORST, *op. cit.*, 128 s.

[99] C. WENDEHORST, *op. cit.*, 129. Sull'obbligo di fornire gli aggiornamenti quale obbligazione di durata, v. pure *supra*, alla nota 28.

[100] In particolare, dalla Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. n. 270/2021 predisposto dal Governo e trasmesso al Parlamento. Un invito a valutare l'opportunità di ripristinare l'onere di denuncia del difetto di conformità era stato peraltro formulato tanto dalla 10a Commissione permanente (Attività produttive, commercio, turismo) quanto dalla 14a Commissione permanente (Politiche dell'Unione europea) della Camera nel rendere i loro pareri, rispettivamente datati 22 settembre e 6 ottobre 2021, sullo schema di cui sopra; analogo auspicio era stato, inoltre, formulato dalla 10a Commissione permanente del Senato (Industria, commercio, turismo) nel suo parere sullo schema in parola del 5 ottobre 2021, accompagnato dall'invito a riflettere sulla possibilità di ampliare a tre mesi il termine entro cui il difetto dev'essere denunciato.

[101] A 6 del documento di Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.) allegato allo schema di d.lgs. n. 270/2021 predisposto dal Governo e trasmesso al Parlamento si soggiunge che la scelta di non mantenere l'onere di denuncia del difetto è stata dettata anche dall'intento di rendere la disciplina di attuazione della dir. 2019/771/UE omogenea alla normativa di recepimento della dir. 2019/770/UE (sulla quale v. *infra*, nota 12), la quale non prevede la facoltà degli Stati membri di prevedere l'onere in discorso.

[102] Per una panoramica sul punto, v. E. FERRANTE, *op. cit*., 55; T.M.J. MÖLLERS, *op. cit.*, 1184.

[103] G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 239 s.

e controverso problema, lasciato irrisolto tanto dalla dir. 2019/771/UE quanto dalla nostra normativa interna di recepimento [104], relativo all'inquadramento dell'*aliud pro alio* nelle vendite consumeristiche [105].

A quanto appena considerato si contrappongono diverse e non trascurabili ragioni che avrebbero, invece, potuto consigliare il mantenimento dell'onere di denuncia.

La mancata previsione dello stesso può infatti agevolare comportamenti abusivi e opportunistici da parte del consumatore, in quanto gli consente di continuare ad utilizzare il bene, nonostante la consapevolezza del difetto, per poi avvalersi della garanzia soltanto all'avvicinarsi dello scadere del periodo di durata della responsabilità del venditore [106]. Di contro, la presenza dell'onere di denuncia, oltre ad allinearsi con la tradizione del codice civile, favorisce una più rapida e sicura soluzione di eventuali controversie precostituendo una prova del momento di comparsa del difetto, ed inoltre rappresenta un bilanciamento, per il venditore, dei vantaggi attribuiti al consumatore con l'allungamento dei termini di durata della garanzia rispetto alla disciplina di diritto comune e con la facilitazione dell'onere probatorio a suo carico introdotta dalla presunzione circa la manifestazione del difetto di conformità [107]. Nella dinamica delle relazioni commerciali, inoltre, la denuncia serve a rendere edotto il venditore dell'esistenza di vizi a lui sconosciuti in modo che egli possa non solo verificare la fondatezza delle lamentele del compratore, ma anche rivolgersi ai propri fornitori per esercitare eventuali rivalse nonché interrompere, se del caso, catene distributive allacciate con soggetti inaffidabili e potenzialmente foriere di ulteriori pregiudizi per gli acquirenti finali [108].

A fronte di quanto appena rilevato, l'onere della denuncia del difetto di conformità non sembra poi costituire un peso eccessivamente gravoso per l'acquirente [109], specie alla luce dell'interpretazione fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza alla disciplina previgente: il termine per procedere alla denuncia decorre dalla scoperta del difetto e non dalla consegna, sicché il compratore non è costretto ad affrettarsi ad esaminare il bene subito dopo averne preso possesso; per la sua decorrenza era richiesta l'effettiva e completa conoscenza del difetto di conformità da parte del consumatore, considerandosi insufficienti tanto l'oggettiva conoscibilità alla stregua dell'ordinaria diligenza quanto l'insorgere di un semplice sospetto circa la sua esistenza [110]; per evitare la decadenza si è sempre ritenuto sufficiente che la denuncia venisse inviata entro due mesi dalla scoperta del difetto, irrilevante essendo che giungesse al professionista in un momento successivo [111]; la denuncia stessa, infine, non si considerava sottoposta a particolari formalità né si reputava necessario che avesse un contenuto specifico e dettagliato circa la natura e l'entità del difetto riscontrato, bastando che il professionista venisse reso edotto della sua insorgenza [112].

---

[104] Aveva espresso l'auspicio di un chiarimento del nostro legislatore sul punto G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 222.

[105] V., sul punto, E. FERRANTE, *op. cit.*, 57, il quale rileva che «la nascita ed il prosperare dell'*aliud* sono dipesi essenzialmente dalla propensione giurisprudenziale a *"*salvare*"* compratori inavvertiti o inavveduti dall'inesorabile decadenza di legge; ed ognuno sa che, all'uopo, non sono bastati stratagemmi più blandi come il continuo spostamento in avanti del *dies a quo*, la fatidica scoperta del vizio, o la dilatazione di ciò che tanto per il codice generale quanto per quello del consumo è il riconoscimento o l'occultamento del vizio stesso. Tecniche praticate sì, ma spesso doppiate e rese secondarie dall'espediente dell'*aliud*».

[106] T.M.J. MÖLLERS, *op. cit.*, 1185.

[107] Cfr. T.M.J. MÖLLERS, *op. cit.*, 1184 s.; A. LUMINOSO, *Appunti*, cit., 126.

[108] T.M.J. MÖLLERS, *op. cit.*, 1185.

[109] Lo sottolinea anche T.M.J. MÖLLERS, *op. cit.*, 1183 s., il quale inoltre evidenzia come non ci si debba nemmeno preoccupare del rischio che i consumatori lo ignorino: come si diceva nel testo, l'onere di denuncia del difetto infatti già appartiene all'ordinamento della maggior parte degli Stati membri e, in ogni caso, l'art. 20 dir. 2019/771/UE impegna questi ultimi a garantire che i consumatori siano informati dei diritti attribuiti loro dal nuovo provvedimento.

[110] V., fra gli altri, L. GAROFALO, *op. cit.*, 526; M. COGNOLATO, *op. cit.*, 980; C. CHESSA, *op. cit.*, 494; F. BOCCHINI, *op. cit.*, 308.

[111] V., fra gli altri, M. COGNOLATO, *op. cit.*, 979; F. BOCCHINI, *op. cit.*, 311; A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 122.

[112] In dottrina v., per tutti, F. BOCCHINI, *op. cit.*, 310 ss. In questo senso si è alla fine orientata anche la nostra giurisprudenza (CdS 17 novembre 2015, n. 5250, in *Foro amm.*, 2015, 2800; Giud. Pace Bari 6 maggio 2009, in *DeJure*; Giud. Pace Padova 15 no-

Alla luce di tutte queste considerazioni, quindi, il legislatore avrebbe anche potuto mantenere l'onere di denuncia del difetto previsto dal vecchio art. 132, comma 2, cod. cons., continuando altresì ad accompagnarlo con la previsione che dispensava il consumatore dall'onere in discorso in caso di riconoscimento o occultamento del difetto da parte del venditore. Nel regolare questo profilo sarebbe stato inoltre opportuno risolvere in via normativa la questione, di rilevante importanza pratica e rimasta controversa nel vigore della disciplina previgente, dell'onere della prova applicabile in materia [113]: anche al fine di raggiungere un compromesso tra gli interessi delle parti si sarebbe, in particolare, potuto addossare sul venditore l'onere di dimostrare, in caso di contestazione, la mancanza o la tardività della denuncia medesima, in modo da non gravare il consumatore dell'onere della prova dell'eseguita denuncia e della sua tempestività [114].

7. – Alla luce delle riflessioni finora svolte è possibile formulare alcune osservazioni conclusive circa l'operato del legislatore europeo e nazionale.

L'ampio margine di libertà lasciato dalla dir. 2019/771/UE agli Stati membri in sede di recepimento è stato da più parti criticato rilevando come l'obiettivo dell'armonizzazione massima richiamato dall'art. 4 della medesima ne esca talmente ridimensionato da assumere i contorni di una mera declamazione di principio priva di effettiva portata pratica [115]. Ad attenuare la rigidità di questo giudizio si potrebbe, peraltro, osservare che le aperture verso la discrezionalità dei legislatori nazionali di cui la direttiva è disseminata costituiscono un compromesso resosi necessario perché si arrivasse all'approvazione del provvedimento da parte delle istituzioni europee [116], così sospinte a realizzare «una armonizzazione massima selettiva, limitata a quegli aspetti che sono stati ritenuti di primaria importanza per il corretto funzionamento del mercato interno, vale a dire difetto di conformità e relativi rimedi, ma pronta, per il resto, a cedere nuovamente il passo ad un'armonizzazione, nella sostanza, minima» [117].

---

vembre 2007, cit.), nonostante le prime pronunce in materia avessero richiesto la necessità di una denuncia «scritta, precisa e puntuale» (Giud. Pace Bari 8 marzo 2006 e Giud. Pace Bari 16 maggio 2006, in *Obbl. contr*., 2007, 511). Per affermazioni analoghe v., inoltre, Corte Giust. UE 4 giugno 2015, causa C-497/13, *Faber*, cit.

[113] Ferma l'irrilevabilità d'ufficio della mancanza o della tardività della denuncia, sulla questione si fronteggiavano due orientamenti: taluni ritenevano incombere sul consumatore l'onere della prova dell'eseguita denuncia e della sua tempestività, osservando che la denuncia tempestiva costituirebbe un onere (o una condizione) cui risulta subordinato l'esercizio dei rimedi previsti in suo favore e che la relativa prova implica la dimostrazione di un dato, il momento della scoperta effettiva del difetto, che assai difficilmente potrebbe essere fornito dal professionista (così, fra gli altri, M. COGNOLATO, *op. cit*., 982; F. BOCCHINI, *op. cit*., 311; Trib. Torre Annunziata 19 giugno 2009, in *La resp. civ*., 2010, 753); secondo un altro orientamento, facente leva anche sulle finalità di protezione del consumatore sottese alla normativa in esame, doveva invece essere il venditore a dimostrare la mancanza o la tardività della denuncia del difetto, in quanto la regola della «decadenza» espressa dalla vecchia formulazione del comma 2 dell'art. 132 cod. cons. sembrava presupporre che i «diritti» menzionati dalla norma fossero già sorti in capo all'acquirente e che, pertanto, le circostanze in esame integrassero fatti estintivi della pretesa del consumatore ai sensi dell'art. 2697, comma 2, cod. civ. (v., fra gli altri, F. NADDEO, *op. cit*., 560; L. GAROFALO, *op. cit*., 526).

[114] Così raccogliendo la proposta a suo tempo formulata da A. LUMINOSO, *Appunti*, cit., 127. Questa soluzione parrebbe anche porsi in maggiore sintonia (cfr. F.P. PATTI, *op. cit*., 14) con la pronuncia di Corte Giust. 4 giugno 2015, causa C-497/13, *Faber*, cit., la quale ha affermato che ove il diritto nazionale subordini la possibilità di usufruire dei rimedi stabiliti dalla dir. 1999/44/CE alla denuncia del difetto di conformità, la denuncia non deve essere assoggettata a regole relative alla prova che rendano impossibile o eccessivamente difficile per il consumatore esercitare i propri diritti.

[115] Seppure con varietà di accenti v., tra gli altri, B. ZÖCHLING-JUD, *Das neue*, cit., 117; T.M.J. MÖLLERS, *op. cit.*, 1169; I. BACH, *op. cit.*, 1711; B. GSELL, *op. cit*., 118; B. GSELL, R. ARALDI, *op. cit*., 495; A. Barenghi, *op. cit*., 808; G. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contr. impr*., 2019, 829.

[116] D. STAUDENMAYER, *Die Richtlinie zu den digitalen Verträgen*, in *ZEuP*, 2019, 666.

[117] F. ADDIS, *op. cit*., 7. In termini non dissimili, parla di una «*targeted harmonisation*» K. TONNER, *op. cit*., 367.

Al di là di queste valutazioni, quel che è certo è che tale margine di discrezionalità costituiva una preziosa opportunità, in quanto forniva l'occasione sia per rimeditare sulla bontà delle scelte di fondo operate in sede di attuazione dell'art. 5 dir. 1999/44/CE sia per risolvere, sotto il piano più squisitamente tecnico, le numerose questioni interpretative sollevate dalle norme a quello scopo introdotte nel nostro ordinamento. Come è emerso nelle pagine precedenti, con riguardo alla materia considerata nel presente lavoro niente di tutto questo è però stato fatto dal legislatore italiano, il quale ha acriticamente e semplicisticamente adottato la scelta di discostarsi nella misura minore possibile dalla disciplina contenuta nei previgenti artt. 128 ss. cod. cons. e di lasciare quest'ultima financo immutata laddove non si rendesse – a suo giudizio – necessaria alcuna modifica del testo normativo [118]. Nemmeno si è riflettuto, inoltre, intorno ad alcuni passaggi della dir. 2019/771/UE che lasciano aperti dubbi interpretativi di non poco momento e il recepimento dei quali avrebbe invece richiesto un'approfondita ponderazione.

Tutto questo non potrà, evidentemente, che ingenerare oscillazioni ermeneutiche e controversie applicative in tema di vendite di beni ai consumatori, a tutto discapito dell'obiettivo di garantire ed accrescere la certezza giuridica in questa materia che pure viene insistentemente menzionato nei *considerando* della dir. 2019/771/UE [119].

[118] E l'adozione di questi parametri come criteri di carattere generale induce a ritenere che il nostro giudizio circa l'operato del legislatore, formulato dopo avere analizzato gli artt. 133 e 135 cod. cons., possa con ogni probabilità estendersi all'intera nuova disciplina contenuta negli artt. 128-135 *septies* cod. cons.

[119] V., per esempio, il 3°, il 5°, il 37° e il 41° *considerando* del provvedimento.

JUS CIVILE

BRUNO INZITARI

Professore ordinario di Diritto civile – Università Bocconi Milano

LA SENTENZA DEL *LANDGERICHT BERLIN* DI INAMMISSIBILITÀ DEGLI INTERESSI NEGATIVI ED I PRESUPPOSTI PER LA PRODUZIONE DEGLI INTERESSI SUI DEBITI PECUNIARI

1. – Il tema dei presupposti e dei limiti per la produzione degli interessi è stato di recente riproposto in relazione alla pretesa manifestatasi da parte di diverse banche dell'Unione Europea di traslare sulla clientela gli oneri conseguenti alla politica di contenimento del tasso degli interessi adottata dalla BCE.

Il carattere del tutto nuovo ed insolito della questione potrebbe indurre a richiamare ironicamente la celebre frase *ein Gespenst geht um in Europa* e lo spettro in questo caso si è annunciato con la tentazione di applicare interessi negativi sui depositi della clientela bancaria.

La produzione degli interessi sulle somme depositate sui conti dalla clientela è stata, infatti, di recente rivendicata a proprio vantaggio da alcune banche che hanno ritenuto di addebitare interessi negativi calcolati in misura proporzionale alle somme giacenti sul conto sulle somme depositate dalla clientela sui conti bancari aperti presso la banca.

L'obbligazione assunta dalla banca di detenere o custodire le somme raccolte dalla clientela comporterebbe per quest'ultima una onerosità che consisterebbe nella produzione di interessi negativi per la clientela stessa e positivi per la banca stessa [1].

Tale onerosità verrebbe giustificata con riferimento alla tendenza delle banche centrali e della BCE a contenere i tassi di interesse a livelli anche negativi secondo una prassi volta a stimolare l'economia minacciata dalle tendenze recessive diffusamente manifestatasi in molti paesi.

La BCE nelle operazioni di deposito delle eccedenze di liquidità effettuate dalle banche commerciali presso la banca centrale (*deposit facility*) ha fissato per la prima volta nel giugno del 2014 un *deposit rate* negativo dello 0,1 % successivamente confermato e leggermente aumentato.

Di qui il manifestarsi della tentazione secondo cui un analogo *deposit rate* negativo possa essere applicato anche a carico della clientela sulla liquidità raccolta e giacente sui conti e sui depositi.

A tal fine talune banche hanno apportato modifiche alle condizioni contrattuali che regolano i rapporti di conto corrente. Sono state così inserite clausole che prevedono a carico del cliente l'applicazione sulla parte di giacenza attiva eccedente un certo ammontare, la maturazione di un interesse positivo per la banca e negativo per il cliente. Questi si trova quindi onerato in proporzione dell'ammontare della liquidità di cui quale depositante è creditore verso la banca.

---

[1] Cfr. Quaderni giuridici della CONSOB n. 14, 2017, *Effetti dei tassi di interesse negativi su mutui e obbligazioni a tasso variabile Un'analisi dei profili giuridici e finanziari,* a cura di S. ALVARO, A. GENTILI, C. MOTTURA; CAMPAGNA, *Il credito strutturato rischio e autonomia nei contratti di credito,* Giuffrè, 2020 pag. 273 ss.

La prima significativa risposta viene dalla Germania e precisamente dal *Landgericht Berlin* (*LG Berlin, Urteil vom* 2.09.2021 – 16 O 43/21) con una recentissima pronuncia emessa a seguito di una specifica azione di classe promossa da una organizzata associazione di consumatori.

La decisione è significativa non solo per la tematica che è stata oggetto della decisione ma si segnala anche per l'efficienza, linearità e rapidità del percorso, attraverso il quale sono stati esaminati e decisi interessi diffusi, quali quelli che fanno capo all'amplissima platea della clientela bancaria in relazione ad una fattispecie del tutto nuova e per molti versi problematica, quale quella degli interessi negativi.

A seguito della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali effettuata nel settembre 2020 dalla banca berlinese Sparda-Bank attraverso l'inserimento di clausole di addebito degli interessi negativi sui conti che presentino giacenze superiori ad un determinato limite, l'associazione dei consumatori *Bundesverband der Verbraucherzentralen* (VZBV), ha nel novembre dello stesso anno intimato e quindi citato in giudizio la banca attraverso un'azione di classe nell'interesse indistintamente di tutta la clientela interessata avanti al Tribunale di Berlino per l'eliminazione delle clausole che la banca aveva appena allora introdotte.

A pochissimi mesi di distanza con la sentenza in parola, la decisione del Tribunale di Berlino.

Prima ancora di ogni altra considerazione sui termini e sul contenuto della decisione dei giudici della capitale tedesca, va rilevato che le modalità ed i tempi che hanno contrassegnato il sorgere, la trattazione e quindi la soluzione dell'intera vicenda che ha visto contrapposti le iniziative della banca con gli interessi della clientela risultano particolarmente significativi.

Il merito di questi risultato risiede sicuramente nell'adeguato sistema di *class action* che ha consentito l'immediata rilevazione da parte della associazione dei consumatori della modifica delle condizioni contrattuali potenzialmente lesiva di interessi della clientela bancaria. Di qui l'immediata valutazione della loro rilevanza e quindi, se del caso, la pronta applicazione dei rimedi, quali come in questo caso la dichiarazione di inefficacia delle clausole ritenute illegittime nell'interesse di tutta la clientela della banca.

Con le modifiche dei contratti apportate dalla banca ai contratti con la clientela, veniva previsto a carico del cliente l'addebito a titolo di compenso per la custodia dello 0,5% sulle giacenze attive superiori a euro 25.000 nei conti correnti e nei conti di deposito su giacenze superiori a euro 50.000.

Tali iniziative venivano giustificate adducendo la circostanza che i tassi di interesse negli ultimi anni risultano molto bassi, e che, per effetto della politica monetaria, la stessa Banca Centrale Europea applica un tasso di interesse negativo sulla liquidità ricevuta in deposito dalle banche nazionali.

L'applicazione dell'addebito a titolo di compenso per la custodia della liquidità giacente sul conto veniva quindi giustificata quale conseguenza, sostanzialmente speculare, dell'assunzione da parte delle banche dell'onere richiesto per le somme depositate presso la BCE.

Questo argomento viene contrastato dalle associazioni di consumatori sulla base della considerazione che solo una frazione della raccolta ricevuta viene dalle banche depositata presso la BCE e solo su una parte di essa vien poi concretamente applicato l'addebito da parte della BCE. Secondo le associazioni dei consumatori, infatti dai bilanci delle stesse banche risulterebbe che il volume dei prelievi effettuati a tale titolo sui conti della clientela sono nettamente superiori agli oneri che le banche hanno dovuto riconoscere alla BCE.

Il Tribunale di Berlino ha dichiarato l'illegittimità degli addebiti degli interessi negativi, genericamente denominati spese di custodia, *Verwahrentgelte*, dalle banche, condannando queste ultime alla restituzione di quanto addebitato a tutta la clientela della banca convenuta. Va segnalato che contemporaneamente la associazione dei consumatori VZBV, al fine di ottenere un orientamento uniforme in tutta la nazione, ha proposto la medesima azione presso diversi Tribunali della Germania, convenendo in giudizio le banche che nelle diverse regioni hanno modificato le condizioni contrattuali e addebitato alla clientela interessi negativi.

2. – Le argomentazioni delle parti, come pure le motivazioni della sentenza muovono dall'inquadramento del contratto di conto corrente bancario *Girovertrag,* con il quale la banca assume la funzione di realizzare i servizi di pagamento e svolge tutte le connesse prestazioni di incasso e di trasferimento del danaro per conto del cliente.

Conformemente al modello del codice tedesco che non contiene una specifica disciplina dei contratti bancari, a differenza del successivo e più analitico codice italiano del 42, la sentenza richiama le norme, talora modificate ed aggiornate che nel BGB stabiliscono i principi cardine della prestazione di servizi.

L'invalidità delle clausole inserite nei contratti dalla banca deriva secondo l'associazione dei consumatori dai principi relativi al controllo di contenuto, *Inhaltskontrolle*, di cui al § 307 BGB sulle AGB, condizioni generali di contratto[2]. I giudici berlinesi ritengono che tali clausole non trovino valida giustificazione in quanto non possono essere ricomprese in alcuna effettiva prestazione causalmente tipica del contratto, *nicht uberprufbare Hauptleistungspflicht*. Allo stesso modo, secondo la sentenza, la pretesa pecuniaria introdotta dalla banca a carico della clientela non trova giustificazione in alcuna effettiva e reale controprestazione da parte della banca.

Questi argomenti sono sorretti nella motivazione della sentenza da altre rilevanti considerazioni sui caratteri tipici del contratto e sulle connesse funzioni causali.

Il riferimento è rivolto al contratto di servizi § 675 *Entgeltliche Geschäftsbesorgung*, ed in particolare al collegato e successivamente introdotto § 675 f ABS 5,[3] che ha specificato la disciplina nel contratto dei ser-

---

[2] § 307 Inhaltskontrolle

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder

2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

[3] § 675f Zahlungsdienstevertrag

(1) Durch einen Einzelzahlungsvertrag wird der Zahlungsdienstleister verpflichtet, für die Person, die einen Zahlungsdienst als Zahler, Zahlungsempfänger oder in beiden Eigenschaften in Anspruch nimmt (Zahlungsdienstnutzer), einen Zahlungsvorgang auszuführen.

(2) Durch einen Zahlungsdiensterahmenvertrag wird der Zahlungsdienstleister verpflichtet, für den Zahlungsdienstnutzer einzelne und aufeinander folgende Zahlungsvorgänge auszuführen sowie gegebenenfalls für den Zahlungsdienstnutzer ein auf dessen Namen oder die Namen mehrerer Zahlungsdienstnutzer lautendes Zahlungskonto zu führen. Ein Zahlungsdiensterahmenvertrag kann auch Bestandteil eines sonstigen Vertrags sein oder mit einem anderen Vertrag zusammenhängen.

(3) Der Zahlungsdienstnutzer ist berechtigt, einen Zahlungsauslösedienst oder einen Kontoinformationsdienst zu nutzen, es sei denn, das Zahlungskonto des Zahlungsdienstnutzers ist für diesen nicht online zugänglich. Der kontoführende Zahlungsdienstleister darf die Nutzung dieser Dienste durch den Zahlungsdienstnutzer nicht davon abhängig machen, dass der Zahlungsauslösedienstleister oder der Kontoinformationsdienstleister zu diesem Zweck einen Vertrag mit dem kontoführenden Zahlungsdienstleister abschließt.

(4) Zahlungsvorgang ist jede Bereitstellung, Übermittlung oder Abhebung eines Geldbetrags, unabhängig von der zugrunde liegenden Rechtsbeziehung zwischen Zahler und Zahlungsempfänger. Zahlungsauftrag ist jeder Auftrag, den ein Zahler seinem Zahlungsdienstleister zur Ausführung eines Zahlungsvorgangs entweder unmittelbar oder mittelbar über einen Zahlungsauslösedienstleister oder den Zahlungsempfänger erteilt.

(5) Der Zahlungsdienstnutzer ist verpflichtet, dem Zahlungsdienstleister das für die Erbringung eines Zahlungsdienstes vereinbarte Entgelt zu entrichten. Für die Erfüllung von Nebenpflichten nach diesem Untertitel hat der Zahlungsdienstleister nur dann einen Anspruch auf ein Entgelt, sofern dies zugelassen und zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart worden ist; dieses Entgelt muss angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein.

vizi di pagamento, *Zahlungsdienstevertrag*, stabilendo peraltro il principio della proporzionalità e della corrispondenza del corrispettivo ai reali costi del servizio stesso.

Il *Landgericht* rileva che l'introduzione dell'addebito dello 0,5 % sui conti della clientela, la cui giacenza superi per i *Girokonten* la somma di euro 25.000 e per i conti di deposito la somma di euro 50,000, confligge con i fondamentali principi del controllo di contenuto delle condizioni generali di contratto AGB, § 307 BGB [4], realizzati principalmente attraverso i principi della buona fede, *Treue und Glauben* secondo le diverse proiezione contenute nella disciplina delle AGB.

Ne consegue l'invalidità ed inefficacia delle clausole che comportano oneri per l'aderente come pure delle clausole che non siano facilmente comprensibili o che la loro portata risulta non adeguatamente avvertita dall'aderente stesso.

Questa conclusione è confermata dalla stessa disciplina del contratto di deposito irregolare relativa al deposito di cose generiche da restituire nella stessa specie e quantità. Vengono i richiamati i principi del deposito irregolare di cose generiche o di danaro di cui al § 700, *Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag* BGB [5] (nel nostro sistema art. 1782 cod. civ.), che nel caso di deposito di cose generiche con facoltà del depositario di utilizzarle e di servirsene, prevede se l'oggetto del deposito è il danaro, l'applicazione della disciplina del mutuo, § 488 *Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag* [6].

È sulla base di questi principi che la sentenza opportunamente amplia l'analisi alla funzione che svolge della liquidità raccolta dalla banca e giacente sui diversi conti della clientela. Questa, rileva la sentenza, è utilizzata e costituisce lo strumento per lo svolgimento della stessa attività caratteristica della banca consistente nella erogazione del credito. Il deposito da parte della clientela di somme di danaro sui conti bancari da luogo, secondo i giudici berlinesi, a rapporti tra banca e clientela depositante, che debbono essere necessariamente ricondotti alla disciplina del mutuo.

Di qui la conferma della inefficacia ed invalidità di clausole che comportino l'addebito di oneri proporzionati all'entità della giacenza nel deposito bancario. Queste, infatti, risultano contrarie ai doveri che tipicamente e causalmente regolano e contraddistinguono le prestazioni delle parti del contratto di mutuo, *Ver-*

---

(6) In einem Zahlungsdiensterahmenvertrag zwischen dem Zahlungsempfänger und seinem Zahlungsdienstleister darf das Recht des Zahlungsempfängers, dem Zahler für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments eine Ermäßigung oder einen anderweitigen Anreiz anzubieten, nicht ausgeschlossen werden.

[4] V. *supra* nota 2.

[5] § 700 Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag

(1) Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, dass das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden bei Geld die Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden bei Geld die Vorschriften über den Darlehensvertrag, bei anderen Sachen die Vorschriften über den Sachdarlehensvertrag von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag.

(2) Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist eine Vereinbarung der im Absatz 1 bezeichneten Art nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird.

[6] § 488 Vertragstypische Pflichten beim Darlehensvertrag

(1) Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen.

(2) Die vereinbarten Zinsen sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablauf je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuzahlen ist, bei der Rückzahlung zu entrichten.

(3) Ist für die Rückzahlung des Darlehens eine Zeit nicht bestimmt, so hängt die Fälligkeit davon ab, dass der Darlehensgeber oder der Darlehensnehmer kündigt. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate. Sind Zinsen nicht geschuldet, so ist der Darlehensnehmer auch ohne Kündigung zur Rückzahlung berechtigt.

tragstypische Pflichten. Tali doveri prevedono infatti l'obbligo del pagamento degli interessi a carico del mutuatario, e la banca si trova a rivestire nel rapporto con la clientela questo ruolo e questa posizione. Al contrario risulta impossibile ricondurre il cliente della banca che presso la banca ha depositato somme di danaro nel ruolo di mutuatario mentre ad esso piuttosto spetta il ruolo di mutuante di somme di danaro alla banca che effettua la raccolta di liquidità pecuniaria.

Secondo la sentenza berlinese, le clausole di addebito di oneri percentuali alla giacenza sul conto introdotte unilateralmente non possono essere ricondotte, come sostenuto dalla banca, ad una prestazione di custodia della stessa liquidità che la banca raccoglie dalla clientela. Nel contratto di conto corrente, infatti, la prestazione di custodia costituisce il principale tratto tipico e funzionale del contratto: *die Verwahrfunction ist dem Girovertrag immanent*. La prestazione di custodia non può essere in nessun modo considerata quale possibile prestazione ulteriore rispetto a quelle tipicamente e causalmente previste nel contratto, né al cliente potrebbe mai essere riconosciuta la facoltà di rinunciare o meno ad una tale prestazione da parte della banca, in quanto verrebbe meno una delle componenti causali necessarie alla funzionalità dell'intero contratto.

Di qui la dichiarazione di inefficacia delle clausole introdotte dalla banca, la condanna della medesima alla restituzione alla clientela delle somme ingiustificatamente incassate, prevedendo a tal fine la connessa condanna della banca a comunicare i nominativi dei clienti interessati alla restituzione al fine di consentire l'esecuzione della sentenza.

3. – La decisione del *Landgericht Berlin* è particolarmente significativa e va oltre i confini del contenzioso sorto in Germania anche in considerazione della circostanza che il fenomeno dell'inserimento nei contratti bancari di clausole volte a consentire alla banca l'addebito di interessi negativi si è contemporaneamente affacciata nei diversi contesti europei.

Si tratta inoltre di una delle tematiche che si possono definire d'elezione per la comparazione, considerato il carattere pressoché universale in ogni sistema giuridico ed economico sia della obbligazione degli interessi, sia degli istituti che ne regolano la fonte, come pure dei soggetti investiti dalla questione, tutti riconducibili ad una platea uniforme e ricorrente consistente nella clientela bancaria.

Posizioni non lontane da quelle dalla sentenza sono state espresse dalla dottrina tedesca che maggiormente ha approfondito il tema del progressivo contenimento del tasso di interessi, sino all'annullamento ed alla negativizzazione del tasso stesso. Anche di recente è stato rilevato che nell'intero diritto civile il sorgere di un obbligo al pagamento degli interessi può essere previsto soltanto a carico del soggetto *accipiens* della somma di danaro e non certo a carico di colui che tale somma fornisce. Questo si collega del resto con la definizione degli interessi come frutti civili e come controprestazione dovuta da colui che si avvantaggia della disponibilità del danaro altrui per un certo lasso di tempo [7].

In conclusione, i c.d. interessi negativi non sono interessi, né sono riconducibili agli interessi. Le banche (come nel caso della banca tedesca di cui alla sentenza), probabilmente nella consapevolezza della non riconducibilità degli oneri addebitati alla clientela per giacenze oltre un certo limite agli interessi in senso giuridico, hanno tentato di costruire una definizione meno impegnativa, quale il diritto di custodia o simili. Ma anche questa via non risulta invero percorribile. Infatti una tale attività di custodia è già ricompresa nella prestazione cui è tenuta la banca in ogni tipo di contratto che preveda il deposito di somme di danaro presso di

[7] OMLOR, *Negativzinsen,* Bankrechtstag, 2017, 45 ss.

essa. La custodia costituisce una prestazione tipica necessariamente dovuta dalla banca in ogni momento del contratto di deposito, considerato che, come ha osservato la sentenza del Tribunale di Berlino, la prestazione della custodia è immanente, deve essere svolta dalla banca in ogni caso ed anche se tale rapporto avesse una durata limitatissima di giorni o di ore [8].

4. – Le modificazioni anche rilevanti che si possono verificare nel mercato dei capitali influiscono sulla misura del vantaggio che può essere tratto dalla disponibilità di un capitale monetario sino ad arrivare in determinati casi ad escludere la stessa possibilità di un vantaggio, rendendo al limite possibile anche l'ipotesi che il tasso degli interessi non superi lo 0% [9].

La raccolta effettuata dalla banca potrebbe in determinate situazioni incontrare forti limiti nel livello della remunerazione ma in ogni caso resterebbe del tutto priva di giustificazione la pretesa della banca di pretendere un corrispettivo, sia che esso sia definito quale interesse negativo o quale commissione di custodia della liquidità.

Deve essere inoltre considerato che l'insieme dei depositi effettuati dalla clientela costituisce la raccolta che nella misura consentita dalla disciplina di settore, costituisce lo strumento con il quale la banca svolge l'attività di erogazione del credito. Questa è la principale e caratteristica attività riservata alla banca ed appare contraddittorio e ingiustificato gravare di ulteriori oneri la clientela che tale raccolta ha fornito. L'erogazione del credito consente inoltre alla banca di realizzare a proprio vantaggio un flusso di interessi positivi corrisposti da parte dei soggetti finanziati. Pertanto la pretesa di onerare la clientela di interessi negativi appare contraddittoria e priva di giustificazione. La circostanza che i depositi effettuati dalla banca presso la BCE possano in taluni casi risultare onerosi per la banca non costituisce una ragione per "trasferire" impropriamente una siffatta onerosità alla clientela. Essa è piuttosto parte del complessivo coacervo di costi ed oneri che di volta in volta possono accompagnarsi all'attività di gestione dell'attività bancaria ed in particolare possono caratterizzare l'accesso ai diversi strumenti di sostegno alla liquidità offerti dalla BCE.

L'introduzione nei contratti di deposito e conto corrente di clausole di addebito degli interessi negativi sulla raccolta darebbe luogo inoltre ad un inammissibile sistema di onerosità ingiustificato ed incompatibile con la natura e la funzione causale dei contratti di deposito bancario ma verrebbe in modo del tutto arbitrario a contraddire la necessaria correlazione che il regime degli interessi deve necessariamente avere con l'andamento del tasso di inflazione ed il rendimento dei titoli pubblici.

Basta considerare le recenti modificazioni del tasso legale degli interessi in Italia. Il decreto 13 dicembre 20 del Ministero dell'economia dal 1° gennaio 2021 ha portato il tasso degli interessi legali dal 0,01% al 1,25% con un aumento del precedente tasso di ben 125 volte.

La misura del tasso degli interessi legali dopo essere stata fissata nel testo originario del codice civile al 5% e poi portata dal 1990 al 10% e poi dal 1997 di nuovo al 5% sino al 1997, dalla fine del secolo scorso viene fissata annualmente tenendo conto del rendimento medio dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi e del tasso di inflazione registrato nell'anno.

Considerata la funzione generale di determinazione del costo del danaro secondo il tasso di interesse lega-

[8] OMLOR, *Lückenfüllung bei unwirksamen Zinsanpassungsklauseln, ZBB* 2020, 355; OMLOR, LIMBACH, DE STASIO, *Luckenschlissung bei unwirksamen Zinsanpassungklauseln im anglo-amerikaniscen,romanischen und deutschen rechtskreis, ZBB- Report, Zbb/JBB* 4/21.

le che viene determinato di anno in anno, risulterebbe del tutto contraddittorio ed ingiustificato che la liquidità monetaria raccolta dalla banca oltre a consentire alla banca di realizzare sulle somme della raccolta destinate ai finanziamenti interessi corrispettivi per le erogazioni di credito effettuate, potesse nello stesso tempo fornire ulteriori proventi nella forma di interessi negativi addebitati alla clientela.

5. – L'obbligazione degli interessi dunque continua a richiamare l'attenzione degli interpreti non soltanto in relazione agli innumerevoli profili applicativi, quale da ultimo quello degli interessi negativi, ma anche in relazione della individuazione dei presupposti del sorgere della stessa obbligazione degli interessi [10]. Da questo l'emergere di una variegata serie di fattispecie di cui gli interessi negativi sono l'ultimo esempio, che richiedono una valutazione di ammissibilità della pretesa degli interessi in diversi e anche inaspettati ambiti.

L'820 cod. civ. collegando gli interessi alla teoria dei beni, stabilisce che il denaro può essere "fruttuoso" (così come con "linguaggio datato" afferma il codice civile nel Libro terzo della proprietà) solo ed in quanto sia detenuto da altri – *corrispettivo del godimento che altri abbia* –, così recita il terzo comma dell'art. 820 cod. civ., e quindi giustifica la produzione degli interessi quale corrispettivo per il vantaggio tratto dal godimento di un capitale dovuto dal debitore pecuniario.

La mera esistenza dell'obbligazione pecuniaria non è sufficiente per il sorgere dell'obbligazione accessoria per interessi (legali o corrispettivi) calcolati sulla somma capitale dovuta.

Perché sorga dell'obbligazione degli interessi, debbono ricorrere specifici presupposti, quali principalmente l'esigibilità del credito pecuniario. Questa può sussistere solamente se il debitore pecuniario si trova nella posizione di poter legittimamente eseguire la prestazione pecuniaria o comunque se è effettivamente attuale l'obbligo di eseguire il pagamento, in quanto fintanto questo non sia esigibile ed attuale, l'obbligazione accessoria degli interessi non può sorgere.

L'ordinamento prevede infatti significativi esempi di crediti pecuniari in cui è esclusa la produzione degli interessi legali o corrispettivi per motivi direttamente o indirettamente collegati alla mancanza di esigibilità del credito.

Sono questi i casi degli artt. 2033 e 2036, nonché degli artt. 1207, comma 1, e 1714 cod. civ. oltre ad altre analoghe fattispecie.

Nell'indebito oggettivo di cui all'art. 2033 cod. civ., maturano interessi sul debito restitutorio solo se, nel ricevere la prestazione non dovuta, l'*accipiens* risultava in mala fede. Per l'*accipiens* infatti, solo da quel momento l'obbligo di pagamento restitutorio sarà attuale ed essendo l'*accipiens* stesso consapevole del carattere indebito di quanto ricevuto, il credito pecuniario sarà esigibile e, quindi, produttivo di interessi *ex* art. 1282 cod. civ.

Al contrario, la maturazione di interessi sul debito pecuniario restitutorio è esclusa allorquando l'*accipiens* era in buona fede nel ricevere e ritenere l'indebita prestazione. L'onere degli interessi può gravare sul debitore pecuniario, infatti, solo se questi è in grado di potersi liberare pagando il debito pecuniario, ma se, al contrario, l'ignoranza dell'esistenza del debito di restituzione gli impedisce di fare questa scelta liberatoria, il debito pecuniario restitutorio non può essere considerato esigibile nei confronti del debitore pecuniario *accipiens* e, conseguentemente, non può essere produttivo di interessi ai sensi dell'art. 1282 cod. civ.

Allo stesso modo e per le stesse ragioni, in caso di indebito soggettivo, *ex* art. 2036 cod. civ., non decorrono interessi sul debito pecuniario restitutorio sull'*accipiens* in buona fede.

[10] Cfr. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, *sub* art. 1282 cod. civ., in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna, 2011, 265 ss.

Ed ancora, la mora del creditore pecuniario *ex* art. 1207 cod. civ. comporta la cessazione della maturazione degli interessi a carico del debitore pecuniario, in quanto lo stesso verificarsi della mora del creditore fa venir meno l'esigibilità del credito e, dunque, fa venir anche l'idoneità richiesta dall'art. 1282 cod. civ. perché il debito pecuniario possa produrre interessi.

Infine, significativo è quanto previsto nel mandato dall'art. 1714 cod. civ. Il debito pecuniario del mandatario connesso al pagamento delle somme riscosse per conto del mandante produce interessi dal giorno in cui il mandatario avrebbe dovuto fargliene la consegna. Questo perché il denaro riscosso e detenuto comporta certamente un obbligo di restituzione del danaro ma tale debito pecuniario non produce interessi e li può produrre solo dal giorno in cui è stata prevista la consegna delle somme, ossia è scattata, per accordi negoziali o per la natura dell'affare, l'esigibilità delle somme, con conseguente produzione solo da quel momento degli interessi in conformità all'art. 1282 cod. civ.

Quelle esemplificativamente descritte sono tutte fattispecie nelle quali, pur essendo sorto un debito pecuniario liquido e perfetto, se per un qualsivoglia motivo si verifica l'esclusione dell'esigibilità, nello stesso tempo e necessariamente non si verifica o cessa la maturazione degli interessi, siano essi legali o convenzionali.

L'art. 1499 cod. civ. conferma, inoltre, che non decorrono interessi sul debito pecuniario relativo al prezzo, quando questo non è ancora esigibile, ma lo stesso articolo aggiunge che, in quel caso, per giustificare la decorrenza degli interessi è necessaria una ulteriore circostanza, vale a dire il godimento da parte dell'acquirente della cosa compravenduta prima che abbia effettuato il pagamento del prezzo.

Quanto invece al mutuo di cui all'art. 1815, comma 1, cod. civ. ma anche l'art. 1825 cod. civ. in materia di conto corrente, la decorrenza degli interessi compensa il vantaggio conseguito dal mutuatario dall'avvenuta detenzione della somma di denaro mutuata e conferma, anche in questo caso, che il presupposto per la decorrenza degli interessi risiede in un vantaggio conseguente al godimento di un capitale.

Risulta quindi confermato che il credito pecuniario produce interessi soltanto se è effettivamente esigibile. Mancando l'esigibilità il credito pecuniario non è affatto idoneo a produrre interessi corrispettivi o legali o di qualsiasi altro tipo [11].

6. – Una recente, peraltro, del tutto isolata pronuncia della Cassazione [12] ha a mio parere erroneamente riconosciuto la decorrenza degli interessi a carico del fallito esigibili dopo il ritorno in *bonis* dello stesso fallito. In senso contrario va rilevato che la maturazione degli interessi nel corso del fallimento è esclusa da quanto disposto dall'art. 55 l. fall. e dall'art. 120 l. fall. che rispettivamente prevedono la sospensione degli interessi nel corso della procedura e l'esigibilità del credito per gli interessi *pre-fallimentari* ammessi al passivo ma rimasti insoddisfatti nel fallimento [13].

Alla maturazione degli interessi a carico del fallito nel corso della procedura concorsuali si oppongono inoltre ulteriori ragioni connesse alla natura ed alla causa giustificatrice del sorgere della obbligazione per

[11] Cfr. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, cit., 2011, 268.

[12] Cass. 19 giugno 2020, n. 11983; Cass. 9 luglio 2020, n. 14527 in *Riv. banca e mercati finanziari*, 2020, II, 689, con nota critica di ANELLINO, *Il decorso e la prescrizione degli interessi in pendenza di procedure concorsuali*.

[13] Cfr. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori* in *Commentario Scialoja-Branca, sub* art. 55, 135. Una domanda di insinuazione tardiva volta alla liquidazione degli interessi che si assumeva si fossero prodotti a carico della società debitrice nel corso della procedura di amministrazione straordinaria, che presentava in questo caso un attivo prospetticamente superiore al fabbisogno concorsuale, è stata rigettata da Trib. Milano 10 maggio 2012 in *Il fallimentarista*, con nota di INZITARI, *Interessi endofallimentari: inammissibilità della domanda di insinuazione, vanno azionati dopo la chiusura della procedura*.

interessi. Sono ragioni di natura civilistica, le quali si confrontano con la disciplina fallimentare in relazione alla situazione in cui versa il debitore fallito nella procedura concorsuale.

Va considerato a questo riguardo il profilo della esigibilità del credito, richiesto dall'art. 1282 cod. civ., quale presupposto per il sorgere dell'obbligazione degli interessi e, nello stesso tempo, la circostanza della non esigibilità del credito nei confronti del debitore fallito durante la procedura concorsuale. Da questo discende l'esclusione della stessa configurabilità della fattispecie degli interessi *post-fallimentari* a carico del debitore fallito.

Gli interessi di cui si ipotizza la maturazione nel corso del fallimento costituirebbero un'obbligazione accessoria verso il debitore fallito del credito *pre-fallimentare* sorto nei suoi confronti prima del fallimento. Ma tale credito per capitale sorto prima della dichiarazione di fallimento non è in alcun modo esigibile nel corso del fallimento nei confronti del debitore fallito. Esso è del tutto privo della qualità di *esigibilità,* in quanto una volta aperta la procedura di fallimento, né il creditore può richiedere al debitore il pagamento, né il debitore, quand'anche volesse, potrebbe eseguire il pagamento.

Al debitore, una volta aperta la procedura concorsuale, è tassativamente preclusa la possibilità di adempiere alle obbligazioni sorte prima della dichiarazione di fallimento, alla cui soddisfazione provvede, nelle forme del concorso tra i creditori, la procedura. Con l'apertura del fallimento il credito diviene tassativamente inesigibile nei confronti del debitore e le condizioni di esigibilità mai si verificano nel corso della procedura. Al debitore fallito è precluso, anzi è fatto divieto, di pagare crediti sorti prima della dichiarazione di fallimento, al punto che il compimento di un tale atto configurerebbe il reato di cui all'art. 216, comma 3, l. fall. e, in ogni caso, il pagamento eseguito dopo la dichiarazione di fallimento sarebbe comunque inefficace ai sensi dell'art. 44 l. fall.

Non appare quindi possibile configurare l'esistenza di un credito esigibile da parte di tutti i creditori che partecipano al fallimento, in quanto nessuno di essi potrebbe pretendere dal debitore il pagamento, né tantomeno agire esecutivamente verso il debitore, considerato l'intervenuto divieto di azioni esecutive individuali di cui all'art. 51 l. fall.

La possibilità della maturazione degli interessi durante il fallimento a carico del debitore fallito è esclusa perché la fattispecie produttiva degli interessi richiede che il soggetto che si assume essere obbligato al pagamento degli interessi, si trovi nella condizione giuridica di poter effettuare il pagamento del debito per capitale, in quanto è dal mancato colpevole adempimento di questa obbligazione per capitale che sorge l'obbligazione accessoria agli interessi [14].

In conclusione perché sia possibile la produzione degli interessi è necessario che sussista una effettiva esigibilità del credito da parte del creditore, presupposti che non ricorrono peri depositi effettuati dalla clientela presso la banca, per il debito fallimentare cui è tenuto il fallito come pure nelle accennate diverse ipotesi.

[14] V. per una completa trattazione INZITARI, *Presupposti e limiti della maturazione degli interessi nell'obbligazione pecuniaria: inammissibilità fallimentare e civilistica dei cc.dd. interessi post-fallimentare,* in *Banca, borsa, tit. di cred.,* 202, I, 1.

FRANCESCA MOLLO

Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Bologna

IL TRATTAMENTO DEI DATI GENETICI TRA LIBERA CIRCOLAZIONE E TUTELA DELLA PERSONA

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. I dati genetici nel quadro di tutela multilivello della persona. – 3. I dati genetici quale categoria particolare di dati personali nel sistema di protezione del GDPR. – 4. Il dialogo tra le Corti in tema di privacy genetica. – 5. La condivisione dei dati genetici nel bilanciamento tra tutela della persona e interesse della collettività. – 6. Conclusioni.*

1. – L'odierna società dell'informazione si atteggia sempre più spesso come società della sorveglianza [1] e del controllo, da un lato, e società del rischio [2] dall'altro; la sorveglianza non conosce più spazio e tempo, ma anzi «non vuole conoscere più confini, né ostacoli alla utilizzazione di qualsiasi tecnica. Si impadronisce dello spazio, fisico e virtuale, si appropria dei corpi, attribuendo un ruolo sempre più centrale alle tecniche biomediche» [3].

Il trattamento massivo di dati, incardinato su una struttura circolare del trasferimento di informazioni e sul principio «*make data by data*», pone le basi per una vera e propria «sorveglianza liquida» [4], orientata in senso predittivo [5], il che vale soprattutto con riferimento ad alcune categorie di dati, tra cui proprio quelli genetici, come si vedrà.

---

[1] Cfr. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004, 174-175, in cui si legge che non si può che vivere e convivere con la Società della sorveglianza, oramai divenuta un carattere della postmodernità, in cui intorno alla persona è costruita una gabbia elettronica, invece di quella d'acciaio di weberiana memoria. Secondo l'a. occorre evitare che la società della sorveglianza «si risolva nel controllo autoritario, nella discriminazione, in vecchie e nuove stratificazioni sociali produttive di esclusione, nel dominio pieno di una logica di mercato che cerca una ulteriore legittimazione proprio nella tecnologia. Questo esige processi sociali, soluzioni istituzionali capaci di tener fermo il quadro della democrazia e dei diritti di libertà. È vano confidare nella sola autodifesa dei singoli: le speranze non possono essere affidate alle "strategie da bracconiere" che ciascuno di noi può cercare di praticare».

[2] BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2004, 63 ss.

[3] Cfr. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 177.

[4] BAUMAN, LYON, *La sorveglianza nella modernità liquida*, Bari, 2015: «L'espressione "sorveglianza liquida", più che una definizione esauriente della sorveglianza, è soprattutto un orientamento, un modo di contestualizzarne gli sviluppi nella modernità fluida e inquietante di oggi. La sorveglianza tende a farsi liquida soprattutto nella sfera dei consumi. Nel momento in cui frammenti di dati personali estratti per un determinato scopo divengono facilmente utilizzabili per altri scopi, gli antichi punti di riferimento vengono meno. La sorveglianza si diffonde in modi fino ad ora impensabili, reagendo alla liquidità e contribuendo al tempo stesso a riprodurla».

[5] Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento del 24 novembre 2016 n. 488, doc. *web* n.5796783 (consultabile al sito istituzionale *www.garanteprivacy.it*), che ha bloccato un progetto di banca dati privata per la misura del «*rating* reputazionale» tramite incrocio di dati immessi volontariamente sulla piattaforma e dati recuperati dalla rete mediante operazioni di *webcrawling*. Il Garante ha rilevato che il sistema comporta rilevanti problematiche per la *privacy* a causa della delicatezza delle informazioni,

I dati costituiscono una traccia della persona, frammenti della stessa che ne rivelano caratteristiche e peculiarità, anche attinenti alla vita privata, e che nella loro complessità e capacità di combinazione/ricombinazione consentono di ricostruire il sistema di relazioni, di vita, di abitudini e di interessi che la caratterizzano; ecco perché nella c.d. «dittatura dell'algoritmo»[6], conoscere la logica del trattamento dei propri dati consente di esercitare un controllo – seppur in realtà non diffusivo – sugli stessi di fronte al processo di «spoliazione tecnologica» che reca con sé tutti i rischi, sempre più concreti e preoccupanti, di una spersonalizzazione dell'uomo. Una vera e propria eclissi dell'identità nella «comunità informazionale e della comunicazione»[7].

É in questo contesto che si collocano l'approccio globale alla protezione dei dati personali dell'Unione europea inaugurato nell'ultimo decennio[8] e la strategia europea per lo sviluppo di una economia dei dati, da cui è scaturita la genesi del reg. UE n. 679[9] del 2016 (GDPR).

---

del pervasivo impatto sugli interessati e delle modalità di trattamento, presupponendo il progetto una massiva raccolta, anche online, di informazioni suscettibili di incidere significativamente sulla rappresentazione economica e sociale di migliaia di cittadini. L'Autorità ha espresso dubbi anche in merito all'asserita oggettività delle valutazioni, sottolineando che la società non è stata in grado di dimostrare l'efficacia dell'algoritmo che regolerebbe la determinazione dei «*rating*» al quale dovrebbe essere rimessa, senza possibilità di contestazione, la valutazione dei soggetti censiti, manifestando altresì perplessità sull'opportunità di rimettere ad un sistema automatizzato ogni decisione su aspetti così delicati e complessi come quelli connessi alla reputazione. Anche le misure di sicurezza del sistema, basate, prevalentemente, su sistemi di autenticazione «debole» (*user*, *id* e *password*) e su meccanismi di cifratura dei soli dati giudiziari, sono state definite «davvero inadeguate» dall'Autorità. Ulteriori criticità, infine, sono state ravvisate nei tempi di conservazione dei dati e nell'informativa da rendere agli interessati. Il Garante ha pertanto disposto il divieto di qualunque operazione di trattamento presente e futura per il progetto di rating reputazionale. Interessanti le considerazioni sul punto nell'intervento del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, Antonello Soro, in occasione della Giornata europea della protezione dei dati personali 2019, rinvenibile nel sito istituzionale del garante, *www.garanteprivacy.it*. Da ultimo, si veda Cass. n. 14381/2021 in tema di «consenso algoritmico».

[6] RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, Roma-Bari, 2014, 37.

[7] PUNZI, *La persona nei dati. Ragioni e modelli di una regolamentazione*, in *Il codice del trattamento dei dati personali*, a cura di CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO, 2007, 763, che richiama sul punto HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996.

[8] Comunicazione della Commissione [COM(2010) 609 final], un approccio globale alla protezione dei dati personali nell'Unione europea.

[9] Tra i commenti alla nuova normativa si segnalano, in particolare, ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019; CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; Finocchiaro, *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101,* Bologna, 2019; CALIFANO, COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2018; nonché il volume collettaneo curato da FINOCCHIARO, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; CUFFARO, DI CIOMMO, D'ORAZIO, MANTELERO, GAMBINI, *Trattamento dei dati personali e Regolamento UE n. 2016/679*, *e.book* speciale di *Corr. giur.*; BERNARDI, MESSINA, *Privacy e Regolamento Europeo*, Milano, 2017; DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017; BISTOLFI, BOLOGNINI, PELINO, *Il Regolamento Privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016; AA.VV., *La nuova disciplina europea della privacy*, a cura di SICA, D'ANTONIO, RICCIO, Milano, 2016; PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, tomo I (*Dalla dir. 95/46 al nuovo regolamento europeo*) e tomo II (*Il regolamento europeo 2016/679*), Torino, 2016; BUSIA, LIGUORI, POLLICINO (a cura di), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali: bilanci e prospettive*, Roma, 2016; Tra i contributi, THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 513 ss., STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1249 ss.; SPINA, *Alla ricerca di un modello di regolazione per l'economia dei dati. Commento al regolamento (Ue) 2016/679*, in *Riv. regolaz. merc.*, 2016, 143 ss..; PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati ed i diritti dell'interessato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 369 ss.; GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1, 106 ss.; RESTA, ZENO ZENCHOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 411 ss.; CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2018, 3, 1098 ss.; BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. e impr.*, 2019, 1, 34 ss.

Nel medesimo viene estesa anche la nozione stessa di dati personali, in relazione alle informazioni che identificano o rendono identificabile la persona: nuovi sono, infatti, gli esempi di identificativi quali nome, numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, identificativo online ovvero specifici elementi relativi all'identità genetica della persona – ereditari o acquisiti – suscettibili di fornire informazioni univoche sulla sua fisiologia o sulla sua salute e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico; i «dati relativi alla salute», fisica o mentale, di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria; nonché i «dati biometrici», 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.

In generale, la definizione contenuta all'art. 4 del regolamento [10] – che include appunto «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato"); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale» – alluderebbe ad altrettanti diritti fondamentali o costituzionalmente garantiti, la cui protezione si associa a quella della protezione della persona riguardo al trattamento dei dati, come il diritto al nome e allo pseudonimo *ex* art. 22 Cost.), nonché all'immagine (*ex* art. 2 Cost.) e agli altri aspetti della identità [11], suscettibili di costruire l'identità digitale del soggetto quale modo di svolgimento della sua personalità [12].

Ma una particolare attenzione viene riservata a categorie speciali di dati, che si declina in una disciplina specifica loro riservata, agli artt. 9 e 10 del regolamento, che, in estrema sintesi, prevede il divieto di trattamento dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose fi-

---

[10] Cfr. anche *considerando* 26, in cui si enuncia che per determinare se una persona sia identificabile è opportuno valutare «tutti i mezzi, come l'individuazione, di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona direttamente o indirettamente», specificandosi, altresì, che gli individui potrebbero essere associati con identificativi online forniti dai loro dispositivi, come indirizzi IP, marcatori temporanei (i cc.dd. *cookies*) ovvero *tag* di identificazione a radiofrequenza (RFID tags). Sul punto, si veda anche il parere del Gruppo di Lavoro *ex* Articolo 29 n. 4/2007 (consultabile all'URL *ec.europa.eu/justice/dataprotection/article29documentation/opinionrecommendation/files/2007/wp136_en.pdf*), la nozione di dati personali accolta dalla dir. 95/46/CE ha generato differenti interpretazioni negli ordinamenti europei. Una delle questioni, ad esempio, era quella della natura di dati personali degli indirizzi IP, sul quale Corte UE, caso *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*, causa C-582/14. Si tenga invece presente che non è mutata, invece, la definizione di archivio di dati personali, che continua a riferirsi a qualsiasi insieme strutturato di dati personali accessibile secondo criteri determinati, indipendentemente dal fatto che tale insieme sia centralizzato, decentralizzato o ripartito in modo funzionale o geografico.

[11] Cfr. ALPA, *La "proprietà" dei dati personali*, in ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019, 11 ss.

[12] Sul punto, si tenga in considerazione la sentenza della Corte UE del 19 ottobre 2016, *Breyer c. Germania*, causa C-582, con la quale è stato ricondotto al novero dei dati personali anche l'indirizzo IP dinamico qualora il gestore del sito *web* visitato disponga di mezzi tecnici e giuridici per l'identificazione dei visitatori. Sul punto deve considerarsi che, mentre gli IP statici sono stati sempre pacificamente considerati dati personali, si ponevano alcuni dubbi con riferimento agli IP dinamici, che non consentono l'identificazione se non combinando il dato con ulteriori dati in possesso di soggetti terzi, quali i fornitori del servizio di connessione. Con la sentenza citata, resa sulla richiesta di un cittadino tedesco di inibire, in assenza di consenso, la raccolta e conservazione degli indirizzi IP da parte della Repubblica Federale (che agisce come privato in relazione ad alcuni siti relativi a servizi federali), i giudici europei hanno sottolineato che l'indirizzo IP dinamico non può essere considerato in se stesso un dato personale, in quanto non permette (autonomamente) l'identificazione dell'interessato; tuttavia il medesimo indirizzo IP deve considerarsi dato personale in presenza della possibilità, per il gestore del sito, di «incrociare» il dato con quelli in possesso del fornitore del servizio di connessione, potendo così giungere alla identificazione del visitatore del sito. Cfr. MERLA, *L'indirizzo IP dinamico quale dato personale*, in *Dir. inform.*, 2017, 360 ss.

losofiche, l'appartenenza sindacale, e nel trattamento di 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. Accanto alla regola vengono poi individuate analiticamente le relative eccezioni, fra cui figura il caso in cui il trattamento sia necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi in situazioni di incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso, nonché il caso in cui il trattamento sia effettuato da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegua finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali, e riguardi unicamente le persone collegate all'ente, e i dati personali non siano comunicati all'esterno senza il consenso dell'interessato.

Il Regolamento costituisce una nuova tappa nell'approccio stesso alla gestione del dato, denotando un passaggio da una formale centralità dei diritti dell'interessato a quella dei doveri del responsabile, che andrebbero teleologicamente letti però in un'ottica di protezione del diritto alla protezione dei dati personali [13], sulla base dell'assunto della nozione dinamica e relazionale della sicurezza, secondo un approccio al rischio improntato al principio di *accountability* [14], quale paradigma dell'attuale sistema di tutela dei dati personali. La disciplina accoglie infatti un'impostazione fondata piuttosto su una tutela preventiva, che utilizza gli strumenti della valutazione di impatto sulla protezione dei dati personali, della *privacy by design* e della *privacy by default*, anticipando quindi la tutela del dato a un momento anteriore al trattamento stesso e presupponendo una prova dell'attività dei titolari in tal senso.

All'interno dello stesso regolamento emergono due diritti fondamentali, significativamente definiti «le due anime che costituiscono esplicazione della tutela apprestata dal medesimo» [15], ovvero da un lato il diritto dell'interessato alla protezione dei dati personali che lo riguardano, dall'altro il diritto alla circolazione dei dati personali e il diritto del titolare al trattamento [16], riconducibili alla libertà di iniziativa economica del titolare. Questa dualità, rinvenibile già nei *considerando* del regolamento, viene posta significativamente in apertura dell'articolato, all'articolo 1 GDPR, par. 1 laddove si legge che «il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati» a cui fa eco l'articolo 51, laddove prevede che e autorità di controllo all'interno degli Stati membri siano incaricati di sorvegliare l'applicazione della normativa, da un lato al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento, dall'altro di agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione.

In questo quadro, una categoria particolarmente delicata di dati è costituita dai dati genetici, che presenta

---

[13] In tema F. MOLLO, *Gli obblighi previsti in funzione di protezione dei dati personali,* in ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019, 255 ss.

[14] Il parere 3/2010 del gruppo di lavoro *ex* art. 29 precisa infatti che «l'architettura giuridica dei meccanismi di responsabilità prevederebbe due livelli: il primo livello sarebbe costituito da un obbligo di base vincolante per tutti responsabili (cioè il titolare) del trattamento. Tale obbligo comprenderebbe due elementi: l'attuazione di misure e procedure e la conservazione delle relative prove. Questo primo livello potrebbe essere integrato da disposizioni specifiche. Il secondo livello includerebbe sistemi di responsabilità di natura volontaria eccedenti le norme di legge minima, in relazione ai principi fondamentali di protezione dei dati (tali da fornire garanzie più elevate di quelle prescritte dalla normativa vigente) e/o intermedi modalità di attuazione di garanzia dell'efficacia delle misure (norme di attuazione) e consistente nell'obbligo di conformarsi». Il termine si rinviene, tra le prime occasioni, nel corso della Conferenza Internazionale sui Garanti della *Privacy* e la Protezione dei Dati, tenutasi a Gerusalemme nel 2010, durante la quale *The Centre for Information Policy Leadership* ha presentato il documento «*Demonstrating and Measuring Accountability, Accountability Phase* II – *The Paris Project*», risultato della deliberazione del gruppo di lavoro internazionale che si è riunito in Irlanda nel 2009 e a Parigi nel 2010.

[15] La suggestiva espressione si rinviene in ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019, 35 ss.

[16] Sul punto, BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018.

profili di problematicità, a più riprese sottolineati e rimarcati dal Garante per la protezione dei dati personali [17] in relazione ai *test* genetici [18].

2. – I dati genetici, siccome connotati da ricca e univoca capacità informativa nonché caratterizzati da un valore costitutivo della sfera privata ben più forte di ogni altra categoria di informazioni personali [19], sono «i più sensibili e, quindi, debbano essere tutelati più di ogni altro» [20], dal momento che si atteggiano quali dati affatto peculiari sotto diversi profili. Ciò che viene qui in rilievo è la dimensione informazionale dei dati genetici, in cui il rapporto con i dati genetici, precipua espressione della personalità e dell'identità dell'individuo, risulta connotato da una corrispondenza, di tipo univoco, tra i medesimi ed il titolare del campione genetico trattato, cui esso appartiene [21].

In primo luogo, i dati genetici si caratterizzano per una particolare stabilità, data dalla loro immodificabilità ed inalterabilità in tutto l'arco della vita di un individuo, finanche immortalità [22], sopravvivendo addirittura allo stesso, a differenza delle altre informazioni e degli altri caratteri biologici, che, appartenendo sostanzialmente alla linea somatica della persona, sono destinati a morire con essa. Tale caratteristica deriva dalla loro attitudine informativa riferibile non solo al soggetto interessato, ma a tutti gli appartenenti allo stesso gruppo biologico, per cui i dati genetici rappresentano il tramite biologico tra le generazioni, collocando il soggetto, nella sua unicità, in una relazione inequivoca con altri soggetti, con cui sussistono legami parentali di ascendenza e di discendenza, evidenziando la linea di continuità delle generazioni e delle stesse etnie [23].

Da ultimo, ai dati genetici sono ricollegabili peculiari attitudini predittive, come pure ha avuto modo di sottolineare la Corte di Cassazione [24], intese a definire l'evoluzione della vita della persona, la diagnosi ed

---

[17] Si segnala che preoccupazioni in relazione alla già allora presente spinta al ricorso ai test genetici anche nell'ambito di ordinari rapporti contrattuali, come quelli di lavoro od assicurativi erano già rinvenibili nella «Relazione annuale per il 2002» del Garante per la protezione dei dati personali, intitolata: Nuovi diritti, riservatezza, dignità della persona: a sei anni dalla l. 675, accessibile in *www.garanteprivacy.it*. I rischi di discriminazione sociale insiti nell'uso senza regole dei test genetici erano già stati portati all'attenzione del Garante all'inizio del nuovo millennio, tanto da costituire oggetto di un convegno sul tema «i nostri dati genetici» a Roma il 21 luglio 2000 dal Garante, dal Comitato nazionale per la bioetica e Legambiente.

[18] In tema, DAGNA BRICARELLI, *I test genetici*, in *Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà, Zatti, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI, I, Milano, 2011, 371 ss.; CASONATO, PICIOCCHI, VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2009. I dati genetici nel biodiritto*, Padova, 2011.

[19] Sulla attitudine dei dati genetici a condizionare potenzialmente momenti importanti della vita privata e familiare dell'individuo, si veda FERRANDO, *Profili giuridici dei test genetici e decisioni riproduttive*, relazione alla Conferenza internazionale di Roma (21-22 marzo 2002) su *Implicazioni giuridiche e psicosociali della genetica umana*, nonché RODOTÀ, *La vita e le regole*, Milano, 2006, in part. 164 ss.

[20] RODOTÀ, *Se la società impone la schedatura genetica*, su *La Repubblica* del 13 gennaio 2005.

[21] In tema, sotto lo specifico profilo del governo del corpo, si veda ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2007, II, 1 ss.; ID., *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti "dell'uomo"*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, II, Milano, 2008, 121 ss.

[22] Si segnala, più in generale, che il tema della tutela post-mortale dei dati e il regime dei dati personali nella fase successiva alla morte del soggetto costituisce uno degli argomenti oggi maggiormente dibattuti, soprattutto nel quadro del diritto dell'economia digitale. Cfr. RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2019, I, 85 ss.

[23] Sui dati genetici quali informazioni che non riguardano solo l'individuo, ma anche ascendenti e discendenti, in quanto informazioni personali che ciascuno di noi condivide strutturalmente con altri, nonché sul loro utilizzo nella medicina predittiva RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 584.

[24] Cass. 13 settembre 2013, n. 21014, che sottolinea come "In tema di trattamento dei dati personali, i "dati genetici" vanno distinti dai "dati sensibili", di cui all'art. 4 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in quanto la loro peculiarità consiste nel rivelare il corredo identificativo unico ed esclusivo di ciascuna persona umana, dall'interrogazione del quale può essere estrapolata un'ampia varietà d'informazioni, non tutte da includersi in quelle di natura sanitaria, e tale potenzialità predittiva ne determina l'ontologica diversità (...)".

anche previsione di malattie destinate a manifestarsi in futuro, suscettibili di incidere sulla costruzione della personalità individuale ed indurre determinate strategie di comportamento, sia dell'interessato, che di terzi, specialmente nell'ambito di attività connotate da carattere economico, come si vedrà.

Le declinazioni della tutela della persona che vengono in rilievo nel trattamento dei dati genetici impongono la ponderazione di interessi, talora confliggenti fra loro, e valori riconosciuti in Costituzione, tra cui, oltre agli artt. 2 e 3, anche il diritto alla salute di cui all'art. 32 nella sua dimensione individuale e collettiva, la promozione dello sviluppo della ricerca scientifica di cui all'art. 9 e la libertà della scienza sancita dall'art. 33.

Sul versante europeo, vengono in gioco diversi diritti, cristallizzati nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea [25], che pone la persona al centro di ogni azione comunitaria [26], e che all'art. 3 considera inalienabile il diritto all'integrità della persona e lo tutela, prescrivendo la necessità di un «consenso libero e informato» al trattamento, il divieto di pratiche eugenetiche e di clonazione riproduttiva degli esseri umani, nonché il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti una fonte di lucro; agli artt. 7 e 8 riconosce il rispetto della vita privata e la protezione dei dati personali; all'art. 13 garantisce la libertà della ricerca scientifica, condotta nel rispetto della dignità umana, e all'art. 35 assicura il rispetto di un elevato livello di protezione del diritto alla salute.

Sono qui richiamabili poi per assonanza, seppur in un'ottica di tutela differente, anche la direttiva 98/44/CE del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche [27]; la direttiva

---

[25] La bibliografia sul punto è alquanto ampia. *Ex multis*, GIANNITI, (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, *Commentario Scialoja– Branca-Galgano*, Bologna, 2013; BIFULCO, CARTABIA CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; FERRARI, BRAVO, DI MAIO, RIZZO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2001; FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001; ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Milano, 2002; ID. (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione, Verso una nuova architettura dell'Unione Europea, Milano*, 2004; PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione Europea. Luci ed ombre*, Roma, 2003; SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa*, Padova, 2008; BISOGNI, BRONZINI, PICCONE, *La Carta dei diritti dell'Unione Europea. Casi e materiali*, Taranto, 2008; MANZELLA, MELOGRANI, PACIOTTI, RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2002; BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; DI MAJO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*: *aspetti giuridici e politici*, in *Eur. dir. priv.*, 2001; VETTORI, *Carta Europea e diritti dei privati*, in *Riv. dir. civ.*; CARTABIA, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti: un problema del futuro o una realtà del presente? Cronache costituzionali dell'Unione europea, in Quad. cost.*, 2001, 423 ss.; TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013.

[26] Cfr. VETTORI, *Carta europea dei diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 5, 10669 ss., in cui l'a. sottolinea anche che «la Carta si propone di riaffermare e di rendere visibili i diritti fondamentali con un intento ricognitivo che ha conseguenze significative, sotto vari profili. (…) è evidente anche la forza innovativa del documento, (…) il rilievo del corpo in ogni sua dimensione, anche elettronica, alle libertà civili e religiose, dalla disciplina dei beni dell'impresa alla tutela giurisdizionale di ogni interesse».

[27] In tema, RESTA, *La ricerca su materiali biologici di origine umana: le ragioni di una riflessione interdisciplinare*, in Gambino, PETRINI, RESTA (a cura di), *La ricerca su materiali biologici di origine umana: giuristi e scienziati a confronto*, Roma, 2018, 7 ss.

Si tenga anche presente che i Paesi Bassi ha impugnato, la direttiva 98/44/CE di fronte alla Corte di Giustizia (con intervento adesivo di Italia e Norvegia), chiedendone l'annullamento per violazione dei diritti fondamentali degli individui e della libertà di autodeterminazione; violazione esclusa dalla Corte «in quanto il richiamo a tali diritti è ininfluente nei confronti di una direttiva che riguarda soltanto la concessione dei brevetti e la cui sfera di applicazione non si estende (…) alle operazioni anteriori o posteriori al detto rilascio». Corte Giust. CE, 9 ottobre 2001, causa C-377/98, Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea, in *Foro it*., 2002, IV, 25, con nota di PALMIERI, *In tema di direttiva sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, e con nota di BELLANTUONO, *La direttiva 6 luglio 1998 n. 98/44/CE: biotecnologie, biosicurezza e agricoltura*, in *Foro it.*, IV, 161 ss.; GOBBATO, *Direttiva sulle invenzioni biotecnologiche ed obblighi internazionali degli Stati membri nella sentenza della Corte di giustizia 9 ottobre 2001, Paesi bassi c. Parlamento e Consiglio,* in *Dir. unione europea*, 2002, 519 ss.

2004/23/CE sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani, nonché la direttiva 2006/17/CE.

Non può qui non ricordarsi la Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, che all'art. 11 vieta ogni discriminazione basata sul patrimonio genetico di una persona, dopo aver specificato all'art. 10 il diritto rispetto della propria vita privata (cristallizzato all'art. 8 CEDU) nella peculiare declinazione relativa alle informazioni relative alla propria salute; in particolare, per cui il soggetto ha il diritto di conoscere ogni informazione raccolta in tale ambito, così come il diritto di non conoscere e non esserne informato. Si impone poi la necessità di un previo consenso libero ed informato del paziente; nonché completezza della relativa informativa, che deve riguardare scopo, natura e conseguenze dell'intervento, eventuali rischi, facoltà di ritirare liberamente il consenso in ogni momento; è fatto poi divieto all'art. 21 di trarre profitto dal corpo o dalle sue parti. [28]

A livello internazionale poi, la Dichiarazione Universale sul genoma umano e i diritti umani adottata dall'Unesco l'11 novembre 1997, precisa che «il genoma umano sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana, come pure il riconoscimento della loro intrinseca dignità e della loro diversità. In senso simbolico, esso è patrimonio dell'umanità». Affermazione che viene poi bilanciata con la libertà della ricerca in questo settore, intesa dall'art. 12 come «necessaria al progresso della conoscenza, deriva dalla libertà di pensiero», sottolineando come «Le applicazioni della ricerca, soprattutto quelle in biologia, genetica e medicina, concernenti il genoma umano, devono tendere ad alleviare la sofferenza ed a migliorare la salute dell'individuo e di tutta l'umanità».

Importanti principi, intesi ad assicurare il rispetto della dignità umana, la protezione dei dati personali e delle libertà fondamentali nella raccolta e trattamento dei dati genetici umani e dei campioni biologici, nonché il principio del consenso, quale espressione del diritto di autodeterminazione, sono poi contenuti nella Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani dell'Unesco del 2003 [29] e dalla Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani del 2005 [30]. Alcuni importanti principi in materia si desumono poi da altre fonti, tra cui la Dichiarazione di Helsinki dell'Associazione medica mondiale del giugno 1964 e successive modificazioni; il codice di condotta dell'Organizzazione internazionale del lavoro sulla protezione dei dati personali dei lavoratori (novembre 1996), in materia di *screening* genetici sui lavoratori; il Protocollo addiziona-

---

[28] Si veda RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, cit., 582, in cui l'A. sottolinea che la Convenzione è «l'unico documento internazionale che può produrre effetti giuridicamente vincolanti» nei confronti di tutti gli Stati firmatari, dopo la legge di ratifica. Per tale ragione l'a. prevede e auspica che i principi presenti nella Convenzione comuni a diversi Stati influenzino l'evoluzione delle regole giuridiche sulla tutela dei dati genetici «secondo la stessa logica che ha favorito la progressiva penetrazione della Convenzione europea sui diritti dell'uomo in un numero crescente di paesi, contribuendo a costituire quel common core di principi ai quali far riferimento in sede interna e internazionale».

[29] Nel cui preambolo pure si legge: «i dati genetici hanno uno status speciale a causa della loro natura sensibile poiché possono indicare predisposizioni genetiche degli individui e che questa capacità predittiva può essere maggiore di quella che si può immaginare al momento della raccolta; che essi possono avere ricadute importanti che persistono per generazioni sugli altri membri della famiglia, inclusa la discendenza e, in alcuni casi, per tutto il gruppo».

[30] In punto al quadro internazionale in materia, si veda MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*; nonché CAMPIGLIO, *L'internazionalizzazione delle fonti*, in *Trattato di biodiritto*, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di RODOTÀ, TALLACCHINI, Milano, 2010, 609 ss. Si tenga altresì presente che Linee guida dell'OCSE «*Best Practice Guidelines on Biosecurity for BRCs*» (Biological Resource Centres), del 2007 forniscono regole operative per l'attività di raccolta e di conservazione dei materiali biologici, fissando i parametri qualitativi, a cui devono attenersi le strutture di raccolta; mentre quelle adottate nel 2009 mirano a facilitare l'accesso ai dati per i progressi biomedici, garantendo il rispetto della dignità umana e delle libertà fondamentali nella ricerca in tale ambito.

le alla Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina relativo alla ricerca biomedica del 25 gennaio 2005 (art. 15), e il Protocollo addizionale alla Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina relativo ai test genetici per fini medici del 27 novembre 2008 (artt. 10 ss.).

3. – Il GDPR all'art. 4, par. 1 definisce i «dati genetici» come «i dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica», ricomprendendo sostanzialmente i dati biologici e i campioni biologici, a mente del *considerando* 35, tra i «dati relativi alla salute», intesi come «i dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute» [31], in linea peraltro con la disciplina europea che introduce norme per la protezione dei dati raccolti per lo svolgimento di attività comprendenti l'impiego di tessuti e cellule umane [32].

Il regolamento per questi dati (così come per i dati biometrici, che pure consentono o confermano l'identificazione univoca dell'individuo) crea una sotto-categoria all'interno della più ampia categoria dei dati particolari disciplinati dall'art. 9, per i quali la liceità del trattamento è ancorata al requisito alternativo del consenso esplicito oppure della necessità, consentendo agli Stati membri di introdurre garanzie supplementari (art. 9, par. 4). Il consenso è quindi alternativo ad altre condizioni – indicate dallo stesso art. 9 reg. UE 2016/679, tra cui l'ipotesi in cui il trattamento sia necessario per motivi di interesse pubblico o per ragioni correlate alla 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; ovvero il trattamento sia necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici; o ancora sia necessario in relazione all'esercizio del diritto di difesa o per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro, della sicurezza sociale e protezione sociale.

In ambito nazionale, l'art. 2-*septies* del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 attua l'art. 9, par. 4 del regolamento, prevedendo che il trattamento dei dati biometrici, genetici e relativi alla salute sia subordinato all'osservanza di misure di garanzia, stabilite dal Garante con provvedimento adottato con cadenza almeno biennale, a seguito di consultazione pubblica, tenendo in particolare considerazione, oltre alle linee guida, raccomandazioni e migliori prassi pubblicate dal Comitato europeo per la protezione dei dati, anche l'evoluzione tecnologica e scientifica del settore a cui tali misure sono rivolte, nonché l'interesse alla libera circolazione dei dati nel territorio europeo. Le misure di garanzia sono adottate tenendo in considerazione le specifiche finalità di trattamento in relazione a ciascuna delle categorie di dati e in ogni caso nel rispetto delle condizioni di legittimi-

[31] La riconducibilità delle informazioni tratte dal DNA dell'individuo alla categoria dei dati personali, nel rispetto dei principi di finalità, proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, era stata peraltro già dichiarata dal Gruppo di lavoro per la protezione dei dati – Art. 29 in occasione del parere 6/2000 sul problema del Genoma, approvato il 13 luglio 2000 (5062/00/IT/Definitivo – WP 34), nella parte in cui veniva sottolineata «l'importanza della riservatezza in quanto diritto fondamentale, e la conseguente necessità di applicare le nuove tecnologie genetiche con salvaguardie adeguate alla protezione di tale diritto.

[32] Dir. 2004/23/CE, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani. In particolare, l'art. 14, n. 1 (Protezione dei dati e riservatezza) demanda agli Stati l'adozione delle «misure necessarie per assicurare che tutti i dati, comprese le informazioni genetiche, raccolti nell'ambito della Direttiva e a cui abbiano accesso terzi, siano resi anonimi in modo tale che né il donatore né il ricevente siano identificabili», facendo però «salva la legislazione in vigore negli Stati membri sulle condizioni di divulgazione, in particolare nel caso della donazione di gameti».

tà del trattamento, previste dall'art. 9, par. 2 del regolamento; in particolare, le misure di garanzia individuano le misure di sicurezza, ivi comprese quelle tecniche di cifratura e di pseudonomizzazione, le misure di minimizzazione. Limitatamente ai dati genetici, le misure di garanzia possono individuare, in caso di particolare ed elevato livello di rischio, il consenso come ulteriore misura di protezione dei diritti dell'interessato, a norma dell'art. 9, par. 4 reg., o altre cautele specifiche, fermo restando in ogni caso il divieto di diffusione di tali dati.

Nel quadro degli obblighi generali incombenti sul titolare del trattamento *ex* art. 24, e delle misure di sicurezza adottabili *ex* art. 32 del GDPR — letti in un'ottica di responsabilizzazione (o *accountability*) dello stesso — il livello di misure dovrà essere in questo caso molto elevato, trattandosi di trattamento che riguarda dati personali "particolarmente sensibili sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali, dal momento che il contesto del loro trattamento potrebbe creare rischi significativi per i diritti e le libertà fondamentali" [33].

Posto che nell'odierna società dell'informazione basata sui *Big Data* emerge una sostanziale difficoltà nell'individuare l'*an*, il *quando* e il *quomodo* (inteso in termini di finalità) dei singoli concreti trattamenti cui i dati vengono sottoposti, il legislatore europeo della *privacy* mostra ampia consapevolezza delle proporzioni massive che il fenomeno circolatorio dei dati è venuto assumendo negli ultimi decenni, avendo ben presente che «la portata della condivisione e della raccolta di dati personali è aumentata in modo significativo», e ha reso «disponibili al pubblico su scala mondiale informazioni personali» (*considerando* 6 GDPR), che consentono di effettuare «trattamenti su larga scala, che mirano al trattamento di una notevole quantità di dati personali a livello regionale, nazionale o sovranazionale e che potrebbero incidere su un vasto numero di interessati e che potenzialmente presentano un rischio elevato (…) per i diritti e le libertà degli interessati, specialmente qualora tali trattamenti rendano più difficoltoso, per gli interessati, l'esercizio dei propri diritti». (*considerando* 91 GDPR), con particolare riferimento al monitoraggio del comportamento dell'interessato attraverso tecniche di trattamento che ne consentano l'analisi, anche in termini predittivi, sotto il profilo delle preferenze, usi comportamentali o posizioni personali (*considerando* 24 e 71 GDPR).

In tale contesto, assumono centrale rilevanza e maggiore complessità, in particolare, i profili di tutela dei diritti e delle libertà degli interessati sotto il profilo del trattamento di dati su larga scala di categorie di dati personali, tra cui i dati genetici. Ad essi si riferisce la previsione che rende obbligatoria la valutazione d'impatto [34] sulla protezione dei dati contenuta nella lett. *b*) dell'art. 35 del GDPR, con formulazione peraltro speculare rispetto a quella adottata dalla dir. UE 2016/680 [35], e ulteriormente specificata dal provvedimento adottato dal Garante per la protezione dei dati nell'ottobre 2018 [36]. In particolare, per i profili che qui rilevano, le categorie più problematiche di trattamento previste dal provvedimento del Garante, oggetto peraltro di

[33] Cfr. *considerando* 51 reg. UE 2016/679.

[34] Sulla valutazione di impatto si veda TORINO, *La valutazione d'impatto*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di CUFFARO, D'ORAZIO, RICCIUTO, Torino, 2019, 855 ss.

[35] Cfr. art. 27 della dir. UE 2016/680 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati, laddove prevede che sia necessaria una valutazione d'impatto sulla vita privata «quando il trattamento può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche».

[36] Cfr. Garante della protezione dei dati personali, doc. *web* n. 9058979 dell'11 ottobre 2018, contenente l'elenco delle tipologie di trattamenti soggetti al requisito di una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati ai sensi dell'art. 35, comma 4, del reg UE n. 2016/679, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* Serie Generale n. 269 del 19 novembre 2018. Si vedano anche le osservazioni rese in proposito: *European Data Protection Board, Opinion 12/2018 on the draft list of the competent supervisory authority of Italy regarding the processing operations subject to the requirement of a data protection impact assessment (Article 35.4 GDPR)*, adottata il 25 settembre 2018 e notificato il 2 ottobre 2018, disponibile al sito *web https://edpb.europa.eu/*.

puntuali osservazioni da parte dell'*European Data Protection Board*, erano proprio quelle relative al trattamento effettuato attraverso l'uso di tecnologie innovative, al trattamento dei dati biometrici nonché dei dati genetici, in relazione ai quali nella versione originaria dell'elenco il Garante italiano aveva mostrato di considerare suscettibili *ex se* di presentare rischi elevati per i diritti e le libertà degli interessati, in considerazione della tipologia di trattamento nel primo caso e della peculiarità dei dati oggetto di trattamento negli altri due, mostrando una certa sensibilità e preoccupazione rispetto al tema del trattamento dei dati genetici.

In altre parole, nell'ottica di tutela abbracciata dal GDPR si adotta una logica preventiva, che demandi la gestione dei rischi potenzialmente sussistenti per i diritti degli interessati a monte in capo al titolare del trattamento, in ossequio al principio di precauzione [37].

Vale la pena qui sottolineare che la dir. 95/46/CE non conteneva riferimenti ai dati genetici, ma prendeva in considerazione all'art. 2, lett. *a*) la più ampia categoria dei dati personali, entro cui rientrava «qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile», mentre in precedenza, la materia era stata disciplinata da fonti non vincolanti come la Raccomandazione N.R (97) 5 del 13 febbraio 1997 [38], relativa alla protezione dei dati sanitari, che all'art. 1 precisava che con l'espressione dati sanitari dovevano ricomprendersi «tutti i dati a carattere personale relativi alla salute di una persona», nonché «egualmente i dati aventi un collegamento stretto e manifesto con la salute così come i dati genetici», intendendosi «tutti i dati, di qualunque tipo, che riguardano i caratteri ereditari di un individuo o che sono in rapporto con quei caratteri che formano il patrimonio di un gruppo di individui affini». Sul versante nazionale poi, il Codice della *Privacy* trattava dei dati genetici e biometrici nell'ambito degli articoli, oggi abrogati, relativi alla disciplina della notificazione al Garante di cui all'art. 37, nonché imponendo una specifica autorizzazione al trattamento da parte del Garante di cui all'art. 90 [39]; dei dati biometrici nella disciplina del trattamento per ragioni di giustizia (art. 47), mentre i dati relativi alla salute erano oggetto di una apposita disciplina nella Parte II e rappresentavano una categoria specifica dei dati sensibili.

Sul punto, è stata intensa anche l'attività provvedimentale dell'Autorità di controllo nazionale [40], fino al più recente provvedimento del 2019 [41] recante prescrizioni relative al trattamento delle categorie particolari di dati di cui all'art. 9 del reg., che al punto 4 detta prescrizioni specifiche a tutela dei dati genetici.

---

[37] Il principio di precauzione, espressamente previsto con riferimento alla materia ambientale dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea all'art. 191, ha assunto portata generale a partire dalla comunicazione della commissione COM (2000), 1, del 2 febbraio 2000 sul principio di precauzione, in cui la Commissione Europea ha dichiarato applicabile detto principio «a qualunque misura di gestione dei rischi». Cfr. sul punto, BUSNELLI, *Il principio di precauzione e l'impiego di biotecnologie in agricoltura*, in *Regole dell'agricoltura e regole del cibo*, a cura di GOLDONI, SIRSI, Pisa, 2005, 115 ss.; ARBOUR, *A proposito della nebulosa. Principio di precauzione – responsabilità civile*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, *Il diritto civile tra principi e regole*, Milano 2008, I, 13; nonché PARDOLESI, *Il principio di precauzione a confronto con lo strumento dell'analisi economica del diritto*, in *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, a cura di COMANDÈ, Milano, 2006, 13.

[38] Cfr. anche Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. R(2006) 4 sulla ricerca su materiale biologico di origine umana (principio n. 16) in particolare in tema di trasferimento all'estero del materiale biologico.

[39] In particolare, l'art. 90 (contenuto nel Titolo V, Capo V) disciplinava il «trattamento dei dati giuridici e donatori di midollo osseo». Analoga attenzione a questa tipologia di dati era stata riservata dalla legislazione francese (*Article* 25, I, 2°, *Loi* n° 78-17 *du 6 janvier* 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifié par Loi* n° 2016-1321 *du 7 octobre* 2016 – art. 34) e da quella spagnola (art. 8, *Ley Orgánica* 15/1999 *de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal*, nonché art. 4.5, *Ley* 14/2007, *de 3 de julio, de Investigación biomédica*).

[40] Si vedano, in particolare, Autorizzazione al trattamento dei dati genetici, 22 febbraio 2007 (doc. *web* n. 1389918) i cui effetti sono stati rinnovati con successivi provvedimenti del 19 dicembre 2008, n. 75 (doc. *web* n. 1582871), 22 dicembre 2009 (doc. *web* n. 1683067), 27 aprile 2010 (doc. *web* n. 1717025), nonché Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici del 15 dicembre 2016 (doc. *web* n. 5803688).

[41] Provvedimento recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101, del 5 giugno 2019 (doc. *web* n. 9124510).

Tra queste, il ricorso a tecniche di cifratura e pseudonomizzazione, nonché il trattamento disgiunto dei dati genetici e sanitari dagli altri dati personali che consentano di identificare direttamente gli interessati (4.2 lett. *e*), prescrivendo obblighi informativi specifici e precise modalità di raccolta e revoca del consenso. Ancora, allo scopo di limitare l'accesso a un numero determinato di persone, il provvedimento prescrive che l'accesso ai locali adibiti per il trattamento e la conservazione sia consentita soltanto a personale specificamente autorizzato, sulla base di una documentata procedura prestabilita dal titolare del trattamento, che preveda l'identificazione delle persone.

D'altra parte, si regolano i test presintomatici, nonché il trattamento dei dati genetici per lo svolgimento di investigazioni difensive, per finalità di ricongiungimento familiare e di ricerca scientifica e statistica, prevedendo pure casi specifici di conservazione a fini di ricerca e ulteriore trattamento che si pongono sostanzialmente oltre il consenso dell'interessato (punto 4.11.3) [42].

In questa sede, preme sottolineare alcuni profili di criticità ulteriori. In primo luogo, i dati genetici sono suscettibili di essere combinati con alcuni tipi di *Big Data*, come i dati fenotipici, quali stile di vita, abitudini, contatti personali, carta di credito o dati sanitari in senso ampio o altri dati relativi a circostanze di spazio/tempo, ovvero, più in generale, attinenti lo stato socio-economico. Da tale incrocio è possibile derivare profili precisissimi degli individui, e per di più ad alto potenziale predittivo.

In tale prospettiva, pur mantenendo i dati anonimi [43] facendo ricorso a tecniche di anonimizzazione [44] e di criptazione (come previsto pure dal sopracitato provvedimento del Garante), suscitano perplessità, nell'ottica di sussistenza di un rischio elevato per i diritti e delle libertà delle persone fisiche, i casi di *screening* genetici

---

[42] Si prevede infatti, che «In assenza del consenso degli interessati, i campioni biologici prelevati e i dati genetici raccolti per scopi di tutela della salute possono essere conservati e utilizzati per finalità di ricerca scientifica o statistica» nei casi di indagini statistiche o ricerche scientifiche previste dal diritto dell'Unione europea, dalla legge o, nei casi previsti dalla legge, da regolamento, ovvero limitatamente al perseguimento di ulteriori scopi scientifici e statistici direttamente collegati con quelli per i quali è stato originariamente acquisito il consenso informato degli interessati. Si prevede altresì che «Quando a causa di particolari ragioni non è possibile informare gli interessati malgrado sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo per raggiungerli, la conservazione e l'ulteriore utilizzo di campioni biologici e di dati genetici raccolti per la realizzazione di progetti di ricerca e indagini statistiche, diversi da quelli originari, sono consentiti se una ricerca di analoga finalità non può essere realizzata mediante il trattamento di dati riferiti a persone dalle quali può essere o è stato acquisito il consenso informato e: *aa*) il programma di ricerca comporta l'utilizzo di campioni biologici e di dati genetici che in origine non consentono di identificare gli interessati, ovvero che, a seguito di trattamento, non consentono di identificare i medesimi interessati e non risulta che questi ultimi abbiano in precedenza fornito indicazioni contrarie; *bb*) ovvero il programma di ricerca, preventivamente oggetto di motivato parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale, è sottoposto a preventiva consultazione del Garante ai sensi dell'art. 36 del reg. (UE) 2016/679».

[43] Si tenga presente però che anonimizzazione e pseudonomizzazione scontano non solo un elevato costo di messa in opera, ma soprattutto rischiano di far venir meno l'interesse stesso della ricerca a causa del minor valore dell'informazione risultante dal processo stesso, rischiando di vanificarne parzialmente l'utilità, specialmente negli studi longitudinali ed epidemiologici. Cfr. BERNES, *La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, I, 175 ss.

[44] Secondo l'orientamento dei garanti europei un efficace processo di anonimizzazione scongiura l'evenienza di un impatto sulla persona se è in grado di impedire a chiunque impieghi un insieme di dati anonimizzato, in combinazione con i mezzi ragionevolmente utilizzabili di cui può disporre, in primo luogo di isolare una persona in un gruppo, in secondo luogo di collegare un dato anonimizzato o a dati riferibili ad una persona presente in un distinto insieme di dati, e da ultimo di dedurre da un dato anonimizzato nuove informazioni riferibile a una persona. Sul piano operativo le tecniche di anonimizzazione sono distinguibili in due categorie: la distorsione (o randomizzazione), che modifica la veridicità dei dati al fine di resecare il legame esistente tra il dato puntuale e la persona, e la generalizzazione, che consiste nel diluire gli attributi, modificandone la scala ordine di grandezza, in modo da rendere via via meno probabile l'attribuzione dei dati alla persona. Il processo di anonimizzazione che si basi su tali tecniche riconosciute dalla comunità scientifica internazionale che tenga conto degli aspetti contestuali idonei a valutare la ragionevolezza dei mezzi costituisce strumento di tutela integrato nel trattamento, come richiesto dal principio di *privacy by design*. Cfr. D'ACQUISTO, NALDI, *Big Data e privacy by design,* Torino, 2017, 37.

di massa, effettuati per ragioni di ricerca, per i potenziali effetti di discriminazione di un'intera comunità che dovesse evidenziare una predisposizione per talune particolari patologie [45].

Per questa via, la mappatura genomica e la decodificazione del codice genetico umano sarebbe infatti suscettibile di configurare una delle tappe verso la società della sorveglianza; proprio quella degenerazione della società dell'eguaglianza e della partecipazione guardata con sospetto e preoccupazione a più riprese dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e di Lussemburgo, su cui *infra.*

Il provvedimento prevede poi all'art. 4 comma 3 che l'interessato debba essere edotto delle notizie inattese che possono essere conosciute per effetto del trattamento di tali dati, della facoltà di limitare l'ambito di comunicazione dei dati genetici e il trasferimento dei campioni biologici, nonché l'utilizzo di tali dati per ulteriori scopi. Tale prescrizione si rivela tanto opportuna quanto problematica nel concreto, laddove si consideri che il più delle volte i campioni biologici vengono raccolti non in funzione di un unico progetto di ricerca, ma in vista di un numero indeterminato di ricerche future, spesso non prevedibili o pianificate solo in momenti successivi, come si verifica di regola nell'ambito delle biobanche di popolazione, che si propongono quale piattaforma di ricerca per il futuro, non mirando a sviluppare una cura specifica o a testare un farmaco [46].

Laddove l'interessato revochi il consenso, i dati oggetto di trattamento dovranno poi essere cancellati o resi anonimi, finanche attraverso la distruzione del campione biologico. È pure previsto un caso in cui sia possibile comunicare, senza previo consenso, gli esiti di test e *screening* genetici agli appartenenti alla stessa linea genetica dell'interessato, qualora tali risultati si rivelino indispensabili per evitare un pregiudizio per la loro salute, ivi compreso il rischio riproduttivo.

Un tema che riveste una certa importanza è poi quello del tempo di conservazione di tali dati, che costituisce un nodo problematico centrale nel bilanciamento degli interessi in gioco e che in linea di principio deve essere proporzionato alle finalità di raccolta degli stessi. Sul punto, non può non farsi un riferimento storico alla Convenzione n. 108 del 1981, che conteneva previsioni specifiche, in ottica di limitazione della conservazione dei dati a tutela dei diritti e delle libertà dell'interessato, volte a contenerne la durata ad un tempo non superiore a quello necessario per il conseguimento delle finalità del trattamento, rivelando ancora una volta come il principio di conservazione dei dati personali sia sottoposto a limiti che dipendono strettamente dalle finalità per cui essi sono stati raccolti e trattati, per cui il principio di conservazione dei dati è avvinto da uno stretto nesso strutturale con la finalità del trattamento, in relazione al quale va valutato in termini di proporzionalità [47].

Anche sotto il profilo informativo, l'art. 13 GDPR prevede, in tema di informazioni da fornire qualora i dati personali siano raccolti presso l'interessato, che il titolare del trattamento fornisca all'interessato specifi-

---

[45] Cfr. SANTUOSSO, COLUSSI, *Diritto e genetica delle popolazioni*, in *Il governo del corpo*, I, *Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti, cit., 357 ss., con riferimento in particolare all'autorizzazione concessa nel 1998 dal Parlamento islandese con legge per l'avvio, da parte di una compagnia privata (*deCODE Genetics*), di uno screening genetico sulla intera popolazione di questa isola, motivata dalla scarsa consistenza di fenomeni immigratori provenienti da altri continenti, che non aveva alterato nel corso dei secoli l'omogeneità del patrimonio genetico posseduto dalla comunità insediata in questo territorio insulare, in rapporto all'insorgenza di talune gravi patologie. Analoghi screening di massa, secondo una ricerca compiuta dal CNR, hanno interessato, anche in Italia, le popolazioni dell'Ogliastra sarda e del Cilento campano (Progetto multidisciplinare per lo studio di popolazioni isolate nel Parco Nazionale del Cilento e Vallo di Diano, in *www.cnr.it*).

[46] Cfr. PACIA, *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche*, in questa *Rivista*, 2014, 3, 65 ss.

[47] Sul punto, cfr. anche Art. 29 WP, *Opinion* 1/2014 *on the application of necessity and proportionality concepts and data protection within the law enforcement sector*, 536/14/EN, WP 211, 27 febbraio 2014.

che informazioni relative al «periodo di conservazione dei dati personali oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo», esplicitamente qualificate siccome necessarie per garantire un trattamento corretto e trasparente.

Con specifico riferimento alla materia che qui ci occupa, può farsi qui riferimento, seppur in diverso contesto, alla disciplina contenuta nel dP.R. 7 aprile 2016, n. 87, recante disposizioni di attuazione della l. 30 giugno 2009, n. 85, concernente l'adesione dell'Italia al Trattato di Prüm, che prevede tra l'altro l'istituzione di una banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA, introducendo regole piuttosto rigide per disciplinare gli accessi alle informazioni in essi contenute e il loro successivo trattamento. In particolare, all'art. 25 è espressamente previsto un periodo di conservazione del materiale biologico non superiore a trenta anni dalla data dell'ultima registrazione, prorogabile a quaranta in casi particolari.

4. – La questione della durata del trattamento è stata pure declinata in funzione di tutela della persona sia dalla Corte di Giustizia, sia dalla Corte EDU, che si è occupata specificamente del tema della *privacy* genetica [48].

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema [49], da leggersi secondo i criteri della *case law* inglese [50], più in generale la protezione dei dati personali riveste un ruolo quasi del tutto strumentale alla tutela del diritto al rispetto della vita privata [51], giocando un ruolo fondamentale [52] per l'esercizio del diritto stesso, atteso che, a differenza rispetto alla Carta di Nizza, non esiste nella CEDU un riferimento esplicito alla protezione dei dati personali.

In tema di trattamento di dati genetici, riveste un rilievo significativo nella giurisprudenza della Corte EDU in materia la sentenza *Marper c. Regno* unito del 2008 ed avente ad oggetto la c.d. *privacy* genetica, nella creazione di banche dati genetiche e del DNA a fini di giustizia. La Corte, in questo caso, afferma che la conservazione delle impronte digitali e dei campioni biologici di DNA, a prescindere dall'effettivo utilizzo degli stessi da parte delle autorità, rappresenta un'ingerenza nella vita privata dei soggetti, attesa la sicura qualificazione delle impronte e dei campioni di DNA alla stregua di dati sensibili nella nozione contenuta dalla Convenzione del 1981 [53]. Proprio in questa pronuncia è contenuta l'enunciazione chiara e forte da parte

[48] Si ricordi qui in tema di tempo della conservazione dei dati, per cui nella conservazione dei dati raccolti e trattati in un'ottica di tutela dei diritti della persona la questione della durata e dell'attualità sono state evidenziate in più occasioni dalla Corte EDU. Cfr. ad esempio, Corte EDU, *M.K. c. Francia*, 18 aprile 2013, ric. 19522/09, in part. par. 27, menzionato dalla sentenza *Digital Rights*.

[49] In tema si veda BLASI, *La protezione dei dati personali nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1992, 543.

[50] ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo. Fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *L'essenza della democrazia. I diritti umani e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di Alpa, Roma, 2010, 205 ss.

[51] Cfr. MASTROIANNI *et al*., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 137.

[52] Cfr. Corte EDU, sentenza 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ric. n. 30562/04 e 30566/04, part. par. 103, in cui «La protezione dei dati personali è di fondamentale importanza ai fini dell'esercizio individuale del diritto al rispetto della vita privata e familiare come consacrato nell'art. 8 della Convenzione». Cfr. anche, nello stesso senso, *Z. c. Finlandia*.

[53] Sul punto la Corte assimila tali dati alle fotografie e alla registrazione dei campioni vocali. Infatti, essa, al par. 84 della sentenza *Marper*, ritiene che l'approccio adottato relativamente alla questione delle fotografie e dei campioni vocali possa senz'altro ricevere applicazione anche alle impronte digitali e richiama sul punto il già citato caso *Friedl c. Austria* (19 maggio 1994), in cui aveva stabilito che la conservazione di fotografie scattate nel corso di una manifestazione politica non costituisse un'ingerenza nella vita privata, attribuendo un peso particolare al fatto che le fotografie non erano state inserite in alcun sistema di trattamento automatico dei dati e che le autorità non avevano adottato alcuna misura per identificare i soggetti fotografati attraverso il trattamento di detti

della Corte EDU che la protezione dei dati «è fondamentale per il rispetto della vita privata» (par. 103 già richiamato). E proprio su queste premesse la Corte poi sottolinea come la giustificazione prevista dall'art. 8 comma 2 della CEDU debba essere ancorata, per porsi in termini di necessarietà della misura per una società democratica, a regole chiare, dettagliate, oltre che a garanzie minime, che nel caso concreto il Regno Unito non assicurava affatto, dal momento che non venivano previste regole minime e neppure criteri di cancellazione o distruzione dei dati genetici. La Corte, anzi, in uno dei passaggi più interessanti della sentenza [54] – che peraltro compie una ricostruzione completa del quadro di riferimento in materia di protezione dei dati personali, facendo ampio richiamo a tutta la normativa di carattere nazionale e comunitario coinvolta – si dice addirittura «sorpresa» dal carattere generale e indifferenziato con cui in Inghilterra opera il meccanismo di conservazione di tali dati, laddove invece uno Stato che intendesse porsi in un'ottica pionieristica dal punto di vista dell'evoluzione tecnologica nel campo, dovrebbe prendersi anche in carico la responsabilità di compiere dei bilanciamenti [55], che nel caso concreto non sono stati compiuti affatto, con tutti i conseguenti rischi, anche in termini di stigmatizzazione sociale riconnessi al trattamento dei dati per i soggetti, tra l'altro minori all'epoca dei fatti [56].

L'ottica nella quale si pone la Corte pare la stessa anche quando si tratta di dati relativi allo stato di salute: la Corte nel tempo si è occupata in più casi, soprattutto quanto all'aspetto della divulgazione dei dati. Nel caso *Z c. Finlandia* del 1997, la divulgazione dell'identità e dei dati attinenti alla sieropositività del soggetto da parte della Corte d'appello di Helsinki nel contesto di un processo per omicidio per contagio da HIV pendente a carico dell'ex marito della stessa, costituisce, nel ragionamento della Corte, una violazione dell'art. 8 CEDU, laddove tale violazione non viene riscontrata invece nel sequestro delle cartelle mediche o nell'obbligo di testimoniare imposto ai suoi sanitari nel contesto del medesimo procedimento, a fini di accertamento e perseguimento dei reati. Anche in questo caso, la Corte ribadisce il ruolo fondamentale della protezione dei dati rispetto alla tutela della vita privata, già affermato nella sentenza *Marper*, in relazione al diritto alla confidenzialità con riguardo alle informazioni a carattere sanitario, istituendo anche in questa occasione un solido collegamento tra l'art. 8 della Convenzione e gli articoli della Convenzione del 1981 che «*mutatis mutandis*, perseguono i medesimi interessi di tutela» [57].

La sentenza *Marper* risulta richiamata anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, nel dialogo instaurato tra le Corti nel sistema multilivello di tutela dei diritti, in particolare [58] nella famosa sentenza *Digital*

---

dati. Invece nel caso *PG e JH c. Regno Unito* n. 44787 del 1998, la Corte aveva affermato che la registrazione dei dati e il carattere permanente o sistematico della registrazione sollevasse una questione relativa al rispetto della vita privata anche nel caso in cui dati fossero di dominio pubblico o disponibili in qualsiasi altra maniera; la Corte ha altresì osservato che la registrazione della voce di un individuo su un supporto fonetico permanente di fatto facilita, se combinato con altri dati personali, l'identificazione dell'individuo, concludendo pertanto che la registrazione delle voci costituisca di per sé un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata.

[54] Par. 119 della sentenza.

[55] Par. 112 della sentenza.

[56] Medesimi problemi ha poi avuto modo di affrontare, in più occasioni la Corte anche con riferimento alle banche dati dei casellari giudiziari. In tema, si vedano *B.B. c. Francia*, n. 5335/06, 17 dicembre 2009 *M.M. c. Regno Unito*, n. 24029/07, 13 novembre 2012.

[57] La Corte di Strasburgo ha altresì censurato la divulgazione, in un procedimento penale per falso, di dati raccolti in occasione della perquisizione del domicilio professionale dell'imputato, relativi alle cure psichiatriche intraprese da quest'ultimo, nella misura in cui tali informazioni non erano rilevanti per il procedimento in corso. Cfr Corte EDU 29 giugno 2006 *Panteleyenko c. Ucraina*. In altri casi, invece la Corte ha ritenuto che il diritto alla confidenzialità dei dati fosse comprimibile al fine di salvaguardare altri interessi meritevoli di tutela secondo il par. 2 dell'art. 8 CEDU, come nel caso della comunicazione di dati relativi allo stato di salute di una paziente da una struttura sanitaria all'istituto previdenziale nazionale, giustificata dall'esigenza di tutela del benessere economico del paese (Corte EDU *MS c. Svezia* del 27 agosto 1997).

[58] Par. 47 della sentenza.

Rights Ireland[59], in cui il fattore tempo[60] risulta rilevante con riferimento alla conservazione dei dati, per risolvere una questione pregiudiziale vertente sulla validità[61] della dir. 2006/24/CE, riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione, esaminando la questione della validità alla luce degli artt. 7, 8[62], nonché 11[63] della Carta.

Al di là dei tanti aspetti toccati dall'importante pronuncia, che qui può solo essere richiamata, ciò che si intende sottolineare è che il profilo della durata della conservazione appariva particolarmente problematico agli occhi della Corte, dal momento che la direttiva prevedeva un obbligo di conservazione per un periodo almeno semestrale senza far riferimento ad ulteriori criteri discretivi e obiettivi cui ancorare tale durata[64].

---

[59] Per alcuni commenti, TRUCCO, *Data retention*: *la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 2014, 8-9, 1850 ss.; FLOR, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. «data retention» contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?,* in *Riv. Trim. di Diritto penale contemporaneo*, 2014, 2, 178 ss.; NINO, *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia UE*: *prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di data retention, in Il Dir. UE*, 2014, 4, 803 ss.; FABBRINI, *The European Court of justice Ruling in the Data Retention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance in the U.S.*, in *Harvard Human Rights J.*, 2015, 28, 65; SCAGLIARINI, *La Corte di Giustizia bilancia il diritto alla vita privata e lotta alla criminalità: alcuni "pro" e alcuni "contra",* in *Dir. inform.*, 2014, 873 ss.; CASCIONE, *I diritti fondamentali prevalgono sull'interesse alla sicurezza: la decisione "data retention" della Corte di giustizia e gli echi del "Datagate",* in *Nuova giur. civ.*, 2014, 1, 1044 ss.; ROSSI, *Il diritto alla "privacy" nel quadro giuridico europeo ed internazionale alla luce delle recenti vicende sulla sorveglianza di massa,* in *Dir. com. scambi internaz.*, 2014, 331 ss.

[60] Sul fattore tempo la Corte di Strasburgo ha adottato un orientamento maggiormente restrittivo rispetto al trattamento di dati risalenti anche nel caso *Haralambire c. Romania* del 27 ottobre 2009, in cui ha constatato il diritto dei singoli all'accesso ai dossier formati dei servizi segreti all'epoca della dominazione sovietica, al fine di contestarli e rettificarne il contenuto. Allo stesso modo Corte EDU *Turek c. Slovacchia*, 16 febbraio 2006.

[61] In realtà la Direttiva stessa era già sfuggita in precedenza alla scure della Corte di Giustizia, nel contesto di un rinvio pregiudiziale in cui il giudice a quo aveva eccepito, invano, l'inidoneità della base giuridica dedotta a fondamento della direttiva in materia di data retention. provvedimento considerato «figlio anche di un'epoca travagliata, caratterizzata da un diffuso sentimento di ricerca di sicurezza emerso anche in Europa dopo gli attentati dell'11 settembre, e di nuovo tornato a radicarsi in modo assai forte in tempi recenti, pur con esiti diversi». Cfr. POLLICINO, BASSINI, *Commento art. 8 CDFUE*, in MASTROIANNI *et al*. (a cura di), *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., 152.

[62] In particolare, la Corte di Giustizia ha affrontato analiticamente in modo separato i profili attinenti all'art. 7 e all'art. 8 della Carta dei diritti, in qualche modo volendo valorizzare l'autonomia del secondo rispetto al primo. Tale differenziazione affiora in germe in realtà anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale, laddove lo stesso aveva tracciato una differenza tra «dati personali», intesi come le informazioni aventi esclusivamente la funzione di individuare interessato, e dati «più che personali», intesi come le sole informazioni che sotto un profilo qualitativo sarebbero in grado di attingere la riservatezza della sfera privata e intima di un soggetto; invocando nel primo caso, siccome sufficienti, le garanzie previste dall'art. 8, nel secondo caso ritenendo opportuno approntare tutte le ulteriori attinenti al profilo del rispetto della vita privata e familiare in genere. Secondo l'Avvocato generale, per altro verso, «posizionando» in modo corretto i due diritti fondamentali, la questione della validità della direttiva sarebbe dovuta «essere valutata principalmente sotto il profilo dell'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata», con il conseguente assorbimento del diritto di cui all'art. 8 nel più ampio diritto al rispetto della vita privata; invece la Corte ha voluto dare una interpretazione forte del fatto che «la tutela dei diritti fondamentali dei dati personali, risultante dall'obbligo esplicito previsto dall'art. 8, par.1, riveste un'importanza particolare per il diritto al rispetto della vita privata, sancito dall'art. 7 della stessa». Si vedano in particolare i punti 39 e 40 della sentenza stessa. Cfr, sul punto, TRUCCO, *Data retention: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it*., 2014, 1852, nonché ID., *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Torino, 2013, 119; POLLICINO, BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Dir. Inf. e inform*., 2015, IV-V, 97.

[63] In realtà poi il profilo di compatibilità con l'art.11 della Carta non è stato neppure esaminato dalla Corte di Giustizia, ritenendo sia assorbito nella soluzione dei quesiti precedenti (par. 70).

[64] Si tenga presente che il fattore tempo gioca un ruolo fondamentale nella conservazione dei dati dalla Corte EDU in vari settori, come nel caso *M.K., c. Francia*, 18 aprile 2013, ric. 19522/09, in particolare par. 27, menzionato dalla sentenza Digital Rights, su cui si veda SCARCELLA, *Diritto al rispetto della vita privata e conservazione di dati personali*, in *Cass. pen*., 2013, 2848 ss., nonché Id., *Conservazione delle impronte digitali degli assolti e violazione dell'art. 8 CEDU*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 812 ss.

Ma dall'analisi della giurisprudenza, poi confluita [65] nel GDPR, emerge un dato comune e ricorrente, consistente nell'affermazione del carattere non assoluto del diritto alla protezione dei dati personali, e del conseguente necessario e costante bilanciamento delle suddette ragioni con le posizioni che di volta in volta risultino con esse confliggenti [66], tenuto delle circostanze del caso concreto.

La prospettiva appare quindi quella del bilanciamento in concreto, alla ricerca di quel *fair balance* tra ragioni confliggenti, ricercato via via dalla Corte di giustizia nei richiamati orientamenti, ma anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che in più occasioni ha sottolineato come essa non abbia il compito di controllare in astratto la pretesa violazione nella situazione in contestazione, quanto di esaminare le questioni sollevate dal caso concreto di cui si trova, di volta in volta, investita [67].

5. – I dati genetici costituiscono indubbiamente informazioni la cui condivisione può rivestire un'utilità di carattere generale, per cui si impone in qualche modo un bilanciamento tra interessi confliggenti. L'ambito più rilevante di impiego degli stessi, in prima battuta, è quello della ricerca, in funzione di tutela della salute, quale fondamentale diritto dell'individuo, da un lato, e interesse della collettività, dall'altro *ex* art. 32 Cost.

La raccolta di campioni biologici che recano informazioni genetiche, associati ai dati clinici dei pazienti, rappresenta infatti un supporto scientifico fondamentale per la c.d. medicina personalizzata [68], o medicina di

---

[65] Per un approfondimento sul ruolo e influenza della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contenuti del nuovo regolamento, cfr. MANTELERO, *Il futuro regolamento EU sui dati personali e la valenza "politica" del caso Google: ricordare e dimenticare nella digital economy*, in *Dir. inform.*, 2014, 681 – 701, nonché FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in *Dir. inform*, 2015, 4-5, 779 ss.; nonché POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in *Dir. inform.*, 2014, 7 ss.

[66] Esplicitato anche dal considerando 4 del Regolamento in cui si legge che «Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità», precisando altresì che «il Regolamento rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, e enumera i diritti fra i quali può generarsi un potenziale conflitto: in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d'informazione, la libertà d'impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica». Cfr. RICCI, *Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2, 2017, 586-612. Così come nel nostro ordinamento interno, anche la Suprema Corte di Cassazione nel 2015 ha avuto modo di rilevare che «la protezione dei dati personali non è un totem al quale possono sacrificarsi altri diritti altrettanto rilevanti sul piano costituzionale, per cui la materia va coordinata e bilanciata da un lato con le norme che tutelano altre prevalenti diritti (tra questi, l'interesse pubblico alla celerità, trasparenza ed efficacia dell'attività amministrativa); dall'altro, con le norme civilistiche in tema di negozi giuridici». Cfr. Cass. 20 maggio 2015, n. 10280, in *Foro it*., Rep. 2015, voce *Persona fisica*, n. 91.

[67] Cfr. sentenza *Marper* già richiamata, laddove al par. 106 si afferma che la Corte «(…) ha l'obbligo di delimitare la portata del suo esame. A ben vedere la questione non è quella di determinare se la conservazione di impronte digitali di campioni di cellule e di profili di DNA sia in generale legittima ai sensi della Convenzione». Nello stesso senso anche la *dissenting opinion* del Giudice Sajò nella causa *Godelli c. Italia* del 2012 davanti alla Corte di Strasburgo in materia di accesso ai dati relativi alle proprie origini, fondata sulla valorizzazione dell'anonimato quale strumento di protezione del diritto alla vita, considerato «la diretta emanazione del più alto fra i valori difesi dalla Convenzione», per cui «a dispetto dell'idea generalmente applicabile secondo la quale tutti diritti sanciti dalla Convenzione sono in astratto uguali, il diritto alla vita va riconosciuto come un diritto supremo. Certo, il diritto alla vita portato soltanto in maniera indiretta dall'anonimato. Tuttavia, questa sera supremazia è secondo me determinante nel bilanciamento, che non può limitarsi al conflitto tra due persone titolari di diritti rispetto all'articolo 8».

[68] Cfr. VERGALLO MONTANARI, *Campioni biologici da vivente e capace e biobanche di ricerca: raccolta utilizzo e circolazione*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021, I, 182, che richiama sul punto LIU, POLLARD, *Biobanking for personalized medicine*, in F. KARIMI BUSHERI (a cura di), *Biobanking in the 21st century, Springer International Publishing,* 2015, 55-68.

precisione, che propone misure diagnostiche, preventive e terapeutiche commisurate al singolo paziente alla luce delle informazioni sul suo corredo biologico, al fine di una maggior efficacia del trattamento e della riduzione degli effetti collaterali. D'altra parte, come pure riconosciuto dal preambolo alla raccomandazione del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2016 in materia di ricerca su materiale biologico di origine umana, le collezioni di materiale biologico presentano un notevole potenziale di miglioramento dell'assistenza e della qualità di vita delle persone attraverso il loro uso nella ricerca biomedica.

Il trattamento dei dati genetici [69] per finalità di ricerca scientifica è consentito a condizione che sia volto alla tutela della salute dell'interessato, di terzi o della collettività. Il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 5 giugno 2019 [70], adottato sulla base del d.lgs. 101/2018 detta delle disposizioni specifiche relative al trattamento dei dati genetici per finalità di ricerca scientifica e statistica [71], laddove fino al 31 dicembre 2014 l'utilizzo dei campioni biologici e il relativo trattamento dei dati genetici sono stati regolati dall'Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici del 12 dicembre 2013, al tempo rilasciata «agli enti o agli istituti di ricerca, alle associazioni e agli altri organismi pubblici e privati aventi finalità di ricerca, limitatamente ai dati e alle operazioni indispensabili per esclusivi scopi di ricerca scientifica, anche statistica, finalizzata alla tutela della salute dell'interessato, di terzi o della collettività in campo medico, biomedico ed epidemiologico, nell'ambito delle attività di pertinenza della genetica medica nonché per scopi di ricerca scientifica volti a sviluppare le tecniche di analisi genetica» [72], anche in relazione alla sperimentazione clinica di farmaci.

Nel provvedimento attuale si consente all'interessato di dichiarare se intenda conoscere i risultati della ricerca, comprese eventuali notizie inattese [73], qualora queste ultime rappresentino un beneficio concreto e diretto in termini di terapia o di prevenzione ovvero di consapevolezza delle scelte riproduttive.

Nel caso di incapacità dell'interessato (il consenso verrà in tal caso prestato dal legale rappresentante o altro soggetto abilitato), il trattamento potrà effettuarsi qualora la ricerca sia finalizzata al miglioramento della salute di altre persone che si trovino nelle stesse condizioni, sempre che il programma di ricerca abbia raccolto motivato parere favorevole del competente comitato etico, che una ricerca di analoga finalità

---

[69] Cfr. C. Ricci, P. Ricci, *Le biobanche di ricerca: questioni e disciplina*, in *Riv. it. med leg. dir san.*, 2018, 1, 95, ove si osserva che «mentre il trattamento dei dati genetici è inevitabile nelle ricerche di genetica molecolare, ossia all'interno di quelle ricerche dove si studia il DNA contenuto nelle cellule normali del corpo umano (come quelle circolanti nel sangue), esso è tendenzialmente da escludere nelle ricerche di patologia molecolare, ossia all'interno di quelle ricerche dove si studiano le cellule malate o alterate rispetto a quelle normali, in quanto in molti casi, come per esempio nelle cellule dei tumori, esse sono poco adatte a dare informazioni di tipo genetico, di modo che in una gran parte delle ricerche strettamente mediche effettuate ricorrendo allo strumento delle biobanche si analizzano solo dati sensibili (e non anche genetici)».

[70] Provvedimento recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, doc. web n. 9124510, in GU numero 176 del 29 luglio 2019, rinvenibile nel sito istituzionale dell'Autorità.

[71] Sugli aspetti sanzionatori connessi, si veda Provolo, *Il sistema sanzionatorio del novellato codice della privacy e la tutela penale patchwork dei dati genetici e dei dati biometrici*, in *Riv. trim. dir. pen. dell'economia*, 2019, 242.

[72] Si tenga presente anche che «In molti casi non è possibile individuare pienamente la finalità del trattamento dei dati personali a fini di ricerca scientifica al momento della raccolta dei dati. Pertanto, dovrebbe essere consentito agli interessati di prestare il proprio consenso a taluni settori della ricerca scientifica laddove vi sia rispetto delle norme deontologiche riconosciute per la ricerca scientifica. Gli interessati dovrebbero avere la possibilità di prestare il proprio consenso soltanto a determinati settori di ricerca o parti di progetti di ricerca nella misura consentita dalla finalità prevista.». G. Comandé, *Ricerca in sanità e data protection un puzzle … risolvibile*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2019, 189.

[73] Quanto alle eventuali scoperte inattese che emergono a carico dell'interessato nel corso di ricerche mediche, biomediche o epidemiologiche, si veda l'art. 8 delle *Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica* del 19 dicembre 2018, nonché il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'articolo 21, comma 1, del d.lgs. 10 agosto 2018, n.101.

non possa essere realizzata mediante il trattamento di dati riferiti a persone che possono prestare il proprio consenso, e che la ricerca non comporti rischi significativi per la dignità, i diritti e le libertà fondamentali degli interessati.

Dal consenso può poi prescindersi nel caso di dati genetici raccolti per scopi di tutela della salute della persona interessata, conservati e utilizzati per finalità di ricerca scientifica, laddove le indagini statistiche o ricerche scientifiche abbiano una base normativa ovvero limitatamente al perseguimento di ulteriori scopi scientifici e statistici direttamente collegati con quelli per i quali è stato acquisito il consenso.

I dati genetici raccolti per scopi di ricerca scientifica possono poi essere comunicati a enti e istituti di ricerca, nonché ad associazioni e agli altri organismi pubblici e privati aventi finalità di ricerca, purché le informazioni genetiche vengano comunicate prive di dati identificativi, e che essi vengano trattati esclusivamente per finalità di ricerca e in alcun modo comunicati a terzi.

Appare qui interessante istituire un confronto con le previsioni precedenti, che restituisca un quadro delle differenze e continuità rispetto alle stesse nell'approccio di tutela.

Nell'autorizzazione precedente assumeva infatti assoluta centralità, da un lato, l'informativa in tema di finalità perseguite, risultati perseguibili, diritto di opporsi al trattamento dei dati per motivi legittimi, facoltà di limitare l'utilizzo di dati e campioni, revocabilità del consenso e modalità di accesso alle informazioni contenute nel progetto di ricerca (punto 5); dall'altro la predisposizione di apposite misure di sicurezza (punto 4.3), che si collocavano in sostanza nella prospettiva di tutela *ex post* (di tipo sostanzialmente riparatorio o rimediale), tipica del sistema precedente di tutela della *privacy.*

In linea con l'ottica di tutela attuale, incentrata piuttosto su un approccio *ex ante* di tutela, venivano però già allora affermati e rimarcati il principio di economicità, in forza del quale è ammissibile il trattamento di dati genetici solo quando le finalità di ricerca non possono essere conseguite con dati e campioni biologici anonimi (punto 3.1) sulla base di un progetto di ricerca previamente redatto; nonché del principio di finalità, cui si ispiravano molte regole, tra cui quella relativa alla pertinenza dei dati personali e campioni biologici rispetto alla ricerca (punto 8) o [74] al perseguimento di scopi scientifici/statistici direttamente collegati a quelli per i quali era stato originariamente acquisito il consenso (punto 8.1).

Una questione che sovente si pone è quella del riutilizzo, o *secondary use* [75], dei dati raccolti per una certa finalità, in relazione al quale in generale il GDPR ha riconosciuto l'importanza della ricerca, fissando una presunzione di compatibilità dei propositi di attività scientifica all'art. 5, par. 1, lett. *b*) in maniera non dissimile da quanto già prevedeva la Convenzione 108 del Consiglio d'Europa, che fissava delle presunzioni di non incompatibilità. In ossequio al principio di finalità e di liceità (per cui una base giuridica per le nuove

[74] Anche l'utilizzo di dati genetici per progetti di ricerca diversi, quando non sia possibile informare gli interessati "malgrado ogni ragionevole sforzo per raggiungerli", era consentito, secondo quanto previsto dal punto 8.1., solo se analoga ricerca non potesse essere realizzata con dati riferiti a persone che avessero prestato il consenso e se i dati già in possesso non consentissero di identificare gli interessati (né questi avevano in precedenza fornito indicazioni contrarie) oppure, in caso di autorizzazione espressa del Garante, con parere favorevole del Comitato etico territoriale. Si tenga qui presente il ribaltamento anche del ruolo delle autorità di controllo, che prima si collocava sostanzialmente *ex ante*, operato dal regolamento. Correlativamente al nuovo approccio di tipo preventivo adottato, anche il ruolo delle Autorità di controllo muta i propri connotati, ponendosi quale attività *ex post* e a carattere dinamico, non più solo e tanto come un compito di vigilanza e controllo sulle attività dei titolari e i trattamenti già posti in essere. Il ruolo delle autorità di controllo, infatti, si traduce prevalentemente in attività *ex post* piuttosto che *ex ante.* Si veda parere *Working Group ex* art. 29, n. 3/2010, punto 63, in cui si legge che «Si può concludere che il ruolo delle autorità di protezione dei dati si traduce prevalentemente in attività *ex post* piuttosto che *ex ante.* Poiché la responsabilità pone l'accento su determinati risultati da raggiungere in termini di buona governance della protezione dei dati, si dice che è orientata ai risultati ed è incentrata sull'aspetto *ex post* (cioè, successivo all'inizio del trattamento dei dati)».

[75] Sul punto, BERNES, *La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca*, cit., 175 ss.

ricerche deve comunque sussistere, potendosi identificare con quella originaria o con altra diversa), un ulteriore utilizzo a fini scientifici dei dati raccolti è considerato compatibile, ai sensi dell'art. 89 par.1 sempreché vengano rispettate tutte le condizioni per un trattamento legittimo e siano adottate le opportune misure tecniche ed organizzative, in particolar modo la minimizzazione dei dati [76].

Un certo *favor*, in questo senso, per la circolazione dei dati collegati ai campioni biologici emerge dal *considerando* 53 laddove afferma che «Gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre ulteriori condizioni, fra cui limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute, senza tuttavia ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione quando tali condizioni si applicano al trattamento transfrontaliero degli stessi».

D'altra parte, lo stesso *considerando* 53 del GDPR chiarisce che «le categorie particolari di dati personali che meritano una maggiore protezione dovrebbero essere trattate soltanto per finalità connesse alla salute, ove necessario per conseguire tali finalità a beneficio delle persone e dell'intera società, in particolare nel contesto della gestione dei servizi e sistemi di assistenza sanitaria o sociale, (…) a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in base al diritto dell'Unione o nazionale che deve perseguire un obiettivo di interesse pubblico, nonché per studi svolti nel pubblico interesse nell'ambito della sanità pubblica».

Ed è proprio sulla base della necessarietà per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica – di cui alle lettere g) e i) dell'art. 9 GDPR, che poggia il d.l. 10 maggio, n. 30, convertito con modifiche in l. 2 luglio 2020, n. 72, recante «Misure urgenti in materia di studi epidemiologici e statistiche sul SARS-COV-2 (COVID-19)» [77], che ha autorizzato il trattamento dei dati personali, anche genetici e relativi alla salute, per fini statistici e di studi scientifici svolti nell'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica.

Del resto, come non ha mancato di sottolineare di recente il Garante per la protezione dei dati personali [78], la pandemia ha mostrato «quanto stretto sia il legame tra salute, privacy e digitale», dimostrando altresì «quanto sia determinante per la democrazia l'equilibrio tra esigenze di sanità pubblica e la limitazione dei diritti individuali», atteso che i dati sanitari, così come i dati genetici, esprimono l'essenza della privatezza del corpo, delle sue patologie in atto e potenziali delle sue vulnerabilità e carenze e pertanto sono suscettibili di esporre i singoli a discriminazioni e classificazioni. Ecco perché, nell'ottica dell'Autorità garante, «sulla sinergia tra salute, innovazione e privacy si gioca una sfida determinante nel segno della centralità della persona».

In definitiva, il sistema disegnato dal GDPR ammette delle eccezioni ai diritti dell'interessato, subordinandole alla rigorosa predisposizione di misure tecniche ed organizzative opportune, in relazione al caso

---

[76] Cfr. GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel regolamento UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1,165.

[77] Motivato dalla «necessità di disporre con urgenza di studi epidemiologici e statistiche affidabili e complete sullo stato immunitario della popolazione, indispensabili per garantire la protezione dall'emergenza sanitaria in atto», il decreto legge 10 maggio 2020 n. 30, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 luglio 2020, n. 72, recante «Misure urgenti in materia di studi epidemiologici e statistiche sul SARS-COV-2 (COVID-19)», ha infatti «autorizzato il trattamento dei dati personali, anche genetici e relativi alla salute, per fini statistici e di studi scientifici svolti nell'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, nell'ambito di un'indagine di sieroprevalenza condotta congiuntamente dai competenti uffici del Ministero della salute e dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), in qualità di titolari del trattamento e ognuno per i profili di propria competenza». Il legislatore ha in particolare disposto che «Il trattamento dei campioni e dei relativi dati è effettuato per esclusive finalità di ricerca scientifica sul SARS-COV-2 individuate dal protocollo di cui al comma 1, nel rispetto delle prescrizioni del Garante per la protezione dei dati personali individuate nel provvedimento del 5 giugno 2019».

[78] Intervista al Presidente del Garante per la protezione dei dati personali Pasquale Stanzione dell'8 ottobre 2020 sul ruolo dei dati e privacy nella sanità, rinvenibile sul sito istituzionale dell'Autorità garante.

concreto, da parte del titolare del trattamento, in un 'ottica di *accountability*, che si configurino quali strumenti concreti ed efficaci, al fine di ridurre a quanto davvero indispensabile lo sfruttamento delle informazioni riconducibili alle persone fisiche, conformemente ai principi di necessità e di proporzionalità. Si ripropone qui la logica del bilanciamento, intesa a ricercare un *fair balance* tra diverse istanze di tutela che lungi dal risolversi in una soluzione aprioristicamente resa soltanto a favore della scienza o dell'individuo, tenda ad una ponderazione degli interessi in gioco. Nello stesso Regolamento si sottolinea peraltro in più punti la rilevanza sociale della ricerca scientifica [79], in particolare al *considerando* 113, seppure in tema di trasferimento dei dati personali verso Paesi extra-UE, laddove si sottolinea di «(…) tener conto delle legittime aspettative della società nei confronti di un miglioramento delle conoscenze», nonché al *considerando* 159 laddove include espressamente nella ricerca scientifica «gli studi svolti nell'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica».

A livello europeo [80] pare essersi raggiunta però ampia consapevolezza del fatto che la linea di demarcazione tra la ricerca pura, servente un "bene comune", e quella strumentale ad interessi commerciali [81] assume oggi contorni alquanto sfumati, quantomeno sulla base della considerazione che la ricerca, di per sé, non è espressione di un interesse pubblico [82], ben potendo essere votata a logiche economiche e solo in un secondo momento ovvero di riflesso portatrice di benefici a vantaggio della società intera. Senza contare che sussistono rischi concreti che massicci *data lakes* utili per le ricerche scientifiche rimangano presso grandi compagnie private, più per mancanza di incentivi economici a diffonderli piuttosto che per logiche correlate alla protezione dei dati personali [83] o, ancora, che un'impresa privata subentri all'originario titolare nel trattamento dei dati genetici [84].

I termini della questione mutano, infatti, se il bilanciamento debba operarsi tra tutela della persona e libertà di impresa, nel caso di trattamento di dati genetici effettuati nel contesto di attività economiche, come ad esempio nel settore delle assicurazioni. Il tema della genetica declinato in ambito assicurativo [85], infatti, de-

---

[79] Cfr. NIGRO, *Lo Stato italiano e la ricerca scientifica (profili organizzativi)*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1972, 753, laddove sottolinea che libertà della scienza non è negazione, bensì attuazione della socialità.

[80] Cfr. *European Data Protection Supervisor* (EDPS), *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, 2020, 5.

[81] Sulla dialettica scienza-mercato si veda LATTANZI, *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI, t. 1, Milano, 2011, 321, nonché RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso «Myriad Genetics»*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2011, 281 ss.

[82] Si veda però la nozione più restrittiva fornita da EDPS, *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, cit., 12, che esclude la nozione di "ricerca scientifica laddove si intenda perseguire primariamente uno o più interessi privati.

[83] EDPS, *A Preliminary Opinion on data protection and scientific research*, cit., 9.

[84] Cfr. Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali di blocco del trattamento dei dati personali contenuti in una biobanca 6 ottobre 2016, rinvenibile nel sito istituzionale dell'Autorità, nel caso *SharDNA/Tiziana Life Science PLC*, in ordine alla necessità di un nuovo consenso in caso di subentro di un'impresa privata, che persegua i medesimi fini di ricerca, nella gestione di una biobanca contenente anche dati genetici, a seguito del fallimento. In sede di impugnazione, però, Trib. Cagliari 18 maggio 2017, in *Leggi d'Italia*, ha valutato gli scopi perseguiti dalla società subentrante nella titolarità compatibili con i propositi originari.

[85] Cfr. CASONATO, TOMASI, *Regolamentazione dei dati genetici nelle assicurazioni e nel lavoro: la modalità controcorrente italiana*, in *Annuario di dir. comparato e di studi legislativi*, 2018, 441 ss. La posizione degli assicuratori è espressa invece da BARBAROTTO, *Come adattare l'attività assicurativa alla legge sul trattamento dei dati*, in *Ass.*, 1997, 1, 198 ss. Si vedano anche RICCI C., RICCI P., *Le biobanche di ricerca: questioni e disciplina. Research biobanks: question and regulation*, in *Riv. it. di med. Legale*, 2018, 1, 93 ss; CASONATO, PICIOCCHI, VERONESI, *Forum Biodiritto 2009: i dati genetici nel Biodiritto*, Padova, 2011; CIRILLO, *La progressiva conoscenza del genoma umano: tutela della persona e problemi giuridici connessi con la protezione dei dati genetici*, in *Dir. civ*., 2002, 3, 399 – 419; Loreti e Marini, *Brevi considerazioni sulla protezione giuridica delle informazioni genetiche nel diritto internazionale e comunitario*, in *Riv. intern. dei diritti dell'uomo*, 1998, 12 ss.; Barison, *Assicurazioni sanitarie e test genetici in Italia e negli Stati Uniti: affinità materiali e differenze giuridiche fondamentali*, in *Dir. civ.*, 2000, I, 143 ss.; NELKIN, *Informazione ge-*

terminando l'incontro tra diritti fondamentali e logiche economiche, ripropone con massima urgenza la tormentata questione dei rapporti tra persona e mercato [86].

In particolare, l'utilizzo dei dati genetici nel contesto di attività di carattere economico sarebbe suscettibile di condurre ad un c.d. paradosso genetico [87], per cui alle potenzialità benefiche derivanti dalla mappatura genetica e conoscenza di predisposizione a particolari patologie seguirebbero necessariamente i rischi di un trattamento inteso allo sfruttamento di tali informazioni, esponendo a sicuro «rischio elevato» i diritti e le libertà fondamentali del soggetto interessato [88], tanto sotto il profilo della dignità della persona quanto sotto quello degli effetti potenzialmente discriminatori [89], di cui si occupa espressamente peraltro la Carta di Nizza all'art. 21, che vieta qualsiasi forma di discriminazione [90] fondata, in particolare, sulle caratteristiche genetiche [91].

Da tutto quanto precede, emerge con evidenza come il trattamento dei dati genetici, specialmente nel contesto di attività fortemente connotate dal punto di vista economico quale quella assicurativa, sia in massimo

---

netica: bioetica e legge, in *Riv. crit. dir. priv*., 1994, 491 ss.; SICA, *Privacy e contratti assicurativi*, in *Il trattamento dei dati personali*, a cura di CUFFARO e RICCIUTO, Torino, 1999, 76 ss., nonché la decisione del Garante per la protezione dei dati personali del 24 maggio 1999, con nt. di CATALLOZZI, *Dati sanitari e dati genetici: una frontiera aperta?*, in *Nuova giur. civ*., 1999, 829.

[86] La dialettica tra persona e mercato è latente nello stesso processo di integrazione europea, in cui si è passati da concezioni comunitarie che privilegiavano i valori mercantili, legati in sostanza alla creazione del mercato unico, a una concezione comunitaria che privilegia i diritti della persona, tanto da far osservare quel passaggio «dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti». Cfr. ALPA e ANDENAS, *L'Europa dei diritti e i diritti fondamentali*, in ALPA e ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, 53 ss. Sul rapporto tra persona e mercato, con particolare riferimento all'ordinamento italiano anche in relazione al processo di integrazione europea, cfr., Mengoni, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e mercato. Lezioni*, a cura di Vettori, Padova, 1996, 34 ss., che sottolinea in particolare il mutamento di prospettiva a partire dagli anni Ottanta, portando al «riconoscimento del mercato come centrale dell'ordinamento dell'economia e la riqualificazione dell'intervento pubblico diretto principalmente a dettare regole», nonché il riconoscimento al mercato stesso del «compito di determinare, sia pure con margini di flessibilità, i limiti di compatibilità economica entro i quali l'azione politica deve contenere, selezionandoli, il soddisfacimento dei bisogni e delle domande espresse dalla società civile», richiamato anche da Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, cit., 906. Si veda altresì Lipari, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 766, secondo cui la sensibilità dei giuristi ha a lungo collocato il terreno dei diritti fondamentali e quello dello scambio mercantile su piani del tutto paralleli. Più in generale, sempre attuale Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1998, 67, secondo cui il mercato è un luogo, anche solo figurativamente inteso, in cui si realizzano scambi organizzati: è dunque un *locus artificialis* che non potrebbe esistere senza un nucleo di regole che in qualche modo lo conformino. Il mercato sarebbe *locus artificialis* e non *naturalis* perché «fatto con l'arte del legiferare».

[87] Agnino, *Nozione di dati genetici ed il decalogo di legittimità al loro trattamento*, in *Danno e resp*., 2014, 1, 43 ss.

[88] Sulle possibili ricadute di un uso indiscriminato delle informazioni genetiche sui diritti fondamentali degli individui, si veda Anneca, *Test genetici e diritti della persona*, in *Il governo del corpo*, I, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da Zatti e Rodotà, Milano, 2011, 389 ss.

[89] Cfr. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 172, in cui l'a. sottolinea come assumono così specifico rilievo quelle definizioni della *privacy* che mettono appunto l'accento sulla "tutela delle scelte di vita contro ogni forma di controllo pubblico e di stigmatizzazione sociale", in un quadro caratterizzato dalla "libertà delle scelte esistenziali".

[90] Sulle possibili discriminazioni in campo contrattuale connesse con le informazioni genetiche, cfr. Cirillo, *La progressiva conoscenza del genoma umano: tutela della persona e problemi giuridici connessi con la protezione dei dati genetici*, in *Riv. dir. civ*., 2002, 414; nonché Beghè Loreti-Marini, *Brevi considerazioni sulla protezione giuridica delle informazioni genetiche nel diritto internazionale e comunitario*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1998, 14, sull'esigenza di assicurare la riservatezza delle informazioni genetiche anche per evitare finalità discriminatorie che le tecnologie informatiche rendono perseguibili. Invece, sugli strumenti internazionali ed europei specificamente destinati al divieto di discriminazione genetica, BEQIRAJ, *Prohibition of genetic discrimination: applicative perspectives under the lens of human rights protection*, in *Comunità internazionale*, 2011, 91 ss.

[91] Cfr. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, cit., 571-604. Nel diritto statunitense, si veda legge federale *Genetic Nondiscrimination Information Act* (GINA), che vieta la discriminazione genetica nei settori assicurativo e del lavoro, a far data, rispettivamente, dal 21 maggio e dal 1° novembre 2009. Sull'influenza dell'informazione genetica nel ragionamento giuridico nei tribunali statunitensi e sull'incidenza dell'influenza genetica, quale informazione predittiva, sulla discriminazione di determinate categorie di persone, NELKIN, *Informazione genetica: bioetica e legge*, cit., 491.

grado suscettibile di comportare un elevato rischio per i diritti e le libertà degli individui, atteso anche che la genetica porta a conseguenze radicali la tendenza di «far nascere libertà e scelta dove prima era soggezione e immodificabili leggi di natura» [92].

Possibili conseguenze discriminatorie, sono senz'altro correlate all'impiego dei dati genetici per la stipula di contratti assicurativi [93].

Attesa la sostanziale debolezza contrattuale dell'assicurato nei confronti dell'impresa di assicurazione, si può operare un raccordo con la disciplina codicistica della facoltà dell'assicuratore di ottenere informazioni finalizzate alla costruzione del sinallagma contrattuale, di qualunque natura e che egli reputi necessarie alla determinazione del rischio assicurato; con le sanzioni sul versante contrattuale per l'omissione, anche incolpevole, da parte del contraente previste dagli artt. 1892 e 1893 cod. civ.. Sono qui individuabili, nell'ottica dei diritti fondamentali, profili di inesigibilità della prestazione informativa, alla luce pure del principio di buona fede, per cui la mancata comunicazione delle informazioni genetiche all'assicuratore dovrebbe considerarsi priva di conseguenze, inerendo dati che rimandano a diritti inviolabili dell'assicurato (o assicurando) [94].

Non può sottacersi però che sull'impiego dei dati genetici in ambito assicurativo sono annoverabili, nel tempo, parziali aperture in altri Paesi [95]. La legge federale svizzera dell'8 ottobre 2004 all'art. 28 consente, ad esempio, che l'istituto di assicurazione, mediante il medico incaricato, possa «esigere dal proponente la rivelazione di precedenti esami genetici presintomatici solo se: *a*) i risultati dell'esame sono attendibili sul piano tecnico e della prassi medica; *b*) è provato il valore scientifico dell'esame per il calcolo dei premi». Ricorrendo le suddette condizioni, sarà onere del medico incaricato comunicare «all'istituto di assicurazione unicamente se il proponente deve essere classificato in un particolare gruppo a rischio». Analoga disciplina è stata introdotta dalla Legge olandese sugli esami medici negli ambiti assicurativi e del lavoro, mentre in Gran Bretagna il Ministero della salute potrà consentire alle imprese assicuratrici, in presenza di capitali assicurati «superiori ad un certo importo», di impiegare «i test dell'*Huntington desease*», con la previsione però a favore dell'interessato, in caso di evidenza di una malattia genetica, «di finanziamenti pubblici per compensare ed integrare i premi assicurativi» [96]. Oltreoceano, si rinvengono già parecchi i casi di denegato rinnovo di

---

[92] RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 165.

[93] Il Garante della *privacy* ha sostanzialmente e ripetutamente escluso (Autorizzazione n. 2/1997, doc. *web* n. 1146933; Autorizzazione n. 8/2016, doc. *web* n. 5803688) la liceità della comunicazione e del successivo trattamento dei dati genetici da parte delle imprese di assicurazione. Cfr. anche autorizzazione n. 5 del 31 gennaio 2002, relativa al trattamento dei dati sensibili da parte di diverse categorie di titolari, nell'ambito in specie delle attività bancarie, creditizie, assicurative, di gestione di fondi, del settore turistico, del trasporto.

[94] Oltreoceano, nell'ottica che sia necessaria la piena *disclosure* delle informazioni personali, perché «data *privacy* primarly allows individuals to carry out dishonest manipulations (...)» si veda POSNER, *The Right of Privacy*, in *Georgia Law Rev.*, 1978, 12, 392 ss., citato da Schwarz, *Privacy and the economics of personal health care information*, in *76 Texas L. Rev.*, 1997, 4.

[95] Cfr. STEFANINI, *La circolazione dei dati genetici tra vecchi diritti e nuove sfide*, in *Forum biodiritto 2009, I dati genetici nel biodiritto*, a cura di CASONATO, PICIOCCHI e VERONESI, Padova, 2011, 111.

[96] Per una comparazione con gli Stati Uniti, si veda BARISON, *Assicurazioni "sanitarie" e test genetici in Italia e negli Stati Uniti: affinità materiali e differenze giuridiche fondamentali*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 1, 10143. Ivi la distinzione tra le *job-related* dalle *commercial insurances* e le assicurazioni contro le malattie da quelle sulla vita, nonché la sottolineatura del concentrarsi delle preoccupazioni sui possibili abusi delle conoscenze genetiche esclusivamente nel primo settore, mentre nel secondo la selezione dei rischi è accettata fino alle sue estreme implicazioni (rifiuto di contrarre o considerevole innalzamento dei premi). In relazione alle *life insurances* la discriminazione a carico dei c.d. cattivi rischi, ancorché nei limiti dell'*equitable treatment* e della a*ctuarial fairness*, sarebbe ritenuta lecita. Cfr. anche il bilanciamento tra istanze economiche e diritti fondamentali operato dalle Corti statunitensi, come nel caso *Norman-Bloodsaw vs. Lawrence Berkeley Laboratory*, del 1998; sull'uso giurisprudenziale della *privacy* in relazione ai possibili impieghi della genetica, cfr. COOPER DREYFUSS e NELKIN, *The jurisprudence of genetics*, in *Vanderbilt Law Rev.*, 1992, 313-348.

contratti di assicurazione RCA giustificati dalla presa di conoscenza, da parte delle assicurazioni, di una predisposizione genetica di un loro cliente a malattia di tipo neuromuscolare, anche in assenza di qualsivoglia sintomo della patologia ed in presenza di impeccabile trascorso come automobilista; e analogo discorso potrebbe farsi con riferimento alle assicurazioni sanitarie [97].

In definitiva, l'ambito assicurativo costituisce un settore piuttosto pericoloso relativamente al trattamento dei dati genetici, come dimostrava già anche la previsione contenuta nell'Autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici 12 dicembre 2013, laddove individuando il proprio ambito di applicazione e le finalità del trattamento, non solo non contemplava tale ipotesi, ma anzi precisava, nel preambolo, che "ulteriori trattamenti di dati genetici non ricompresi nella presente autorizzazione non risultano allo stato leciti, anche in riferimento all'attività dei datori di lavoro volta a determinare l'attitudine professionale di lavoratori o di candidati all'instaurazione di un rapporto di lavoro, anche se basata sul consenso dell'interessato, nonché alle attività delle imprese di assicurazione".

L'utilizzo di dati genetici con finalità diverse dalla tutela della salute, dalla ricerca scientifica e dall'accertamento dei vincoli di consanguineità in ambito familiare [98], postula ed esige un più attento bilanciamento di interessi, in un'ottica di tutela della persona e dei diritti fondamentali ad essa riferiti.

6. – Si è dunque visto come la mappatura genomica, la decodificazione del codice genetico umano e il trattamento dei dati genetici siano suscettibili di configurare una delle tappe verso la società della sorveglianza, proprio quella degenerazione della società dell'eguaglianza e della partecipazione guardata con sospetto sia dalla Corte Edu che dalla Corte di Giustizia. Un approccio *data driven* appare dunque il più appropriato, non solo in funzione del miglioramento di diagnosi e cura nel quadro dell'impiego di dati genetici in ambito

[97] Il diffondersi di notizie genetiche presso le compagnie di assicurazione potrebbe di certo ridurre i costi delle medesime, consentendo di avere maggiori indici per l'elaborazione dei calcoli attuariali, "ma può porre tuttavia quei contraenti, cui sia riscontrato una mera predisposizione a contrarre determinate malattie, davanti al netto rifiuto della copertura assicurativa ovvero alla secca alternativa di pagare premi esorbitanti". Cfr. NELKIN, *Informazione genetica: bioetica e legge*, cit., 503, che sottolinea pure che «Le persone in cui si riscontra una predisposizione genetica verso una malattia costosa possono vedersi rifiutare la copertura assicurativa o possono venire costretti a pagare premi esorbitanti. Alcune assicurazioni sulla salute hanno già provato a rifiutare la copertura assicurativa a bambini nati con difetti nel caso in cui le madri, pur avvertite dal test prenatale, hanno rifiutato di abortire».

[98] Un altro ambito, infatti, in cui l'analisi genetica assume rilevanza è quello della famiglia e della filiazione. Più in generale, sul trattamento dei dati genetici in ambito familiare e sulle tecniche di tutela e, in particolare, sulla possibilità del consanguineo di agire contro la diffusione di informazioni genetiche di un familiare, adducendo il possibile pregiudizio che gli deriverebbe dalla conoscenza da parte di terzi di una informazione condivisa, si interroga RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, cit., 597. In tema di disconoscimento di paternità, invece, ROMA, *Disconoscimento di paternità e prove genetiche dopo la sentenza C. cost. 6 luglio 2006, n. 266: le questioni ancora aperte*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 166 ss.; in giurisprudenza, Cass. civ., 13 settembre 2013, n. 21014, in *Danno e resp.*, 2014, 43, con nota di AGNINO, *Nozione di dati genetici ed il decalogo di legittimità al loro trattamento*; nonché Cass. 5 agosto 2008, n. 21128, in *Fam. e dir*., 2010, 1124, con nota di BUSACCA, *Analisi genetiche su "parti staccate" del corpo umano ed accertamento della paternità naturale post mortem*, in relazione ad un'ipotesi di analisi dei reperti biologici prelevati in vita, nel corso di intervento chirurgico, dal corpo del "presunto" padre poi defunto. Sulla sussistenza di un obbligo di comunicazione dei propri dati genetici anche fra coniugi o partners, giustificato dall'interesse a scelte procreative, PETRONI, *Trattamento dei dati genetici e tutela della persona*, in *Fam. e dir.*, 2007, 856 ss. Cfr. anche il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, 22 maggio 1999, n. 38997, rinvenibile sul sito istituzionale dell'Autorità, con riferimento al diritto di conoscere, prima del concepimento o durante la gravidanza, il rischio probabilistico di insorgenza di patologie del nascituro, correlato a informazioni genetiche, che nel quadro di una piena tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo *ex* art. 32 Cost. riconosce alla (futura) madre l'accesso ad alcuni dati genetici del padre quale presupposto essenziale per la valutazione del rischio procreativo. Sul punto, ANNECCA, *Il trattamento dei dati genetici, in Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di Panetta, I, in *Trattati*, a cura di CENDON, Milano, 2006, 1140 ss.

sanitario, ma proprio come approccio di processo che restituisca centralità alla persona, la cui identità genetica viene in gioco.

Ed è proprio qui che trova spazio il bilanciamento [99] tra principi confliggenti, da sempre criterio «che preserva da precipitosa realizzazione di un valore a scapito di altri e dispone al controllo critico di razionalità mediante il *test* di universalizzabilitá» di fronte alla pericolosa «rivendicazione come diritto di qualunque pretesa soggettiva, cioè di qualunque desiderio, espressione di una concezione dell'esistenza individualistica (ciò che esiste solo il singolo con le proprie aspirazioni) e relativistica (non esiste nessun criterio oggettivo di giudizio esterno al soggetto)» e all'estensione dei cosiddetti «diritti desiderio» [100], bilanciamento che deve essere effettuato secondo ragione [101], avendo sempre come punto di riferimento la dignità della persona umana [102].

La questione della *privacy* e della protezione dei dati costituiscono in questo senso materie d'elezione per l'utilizzo, da parte dell'interprete, della tecnica della ponderazione, particolarmente assumendo come *tertium comparationis* il valore della dignità [103]. E ciò in linea con la piena realizzazione di quel processo di costituzionalizzazione della persona [104], identificatosi nel passaggio da una logica di mercato ad una logica dei dirit-

---

[99] Si vedano le sempre attuali riflessioni sulla prudenza nel bilanciamento di ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 1992, 200, in cui "quello che può apparire come l'arbitrio degli interpreti e l'incertezza del diritto non dipendono affatto, fondamentalmente, da una o da un'altra concezione dell'interpretazione del diritto ma da molto più profonde condizioni nelle quali il diritto è chiamato ad operare. (…) Se ciò comporta conseguenze negative sulla certezza del diritto, occorre avere chiaro che esse non sono lo stravolgimento, ma la conseguenza dei sistemi giuridici attuali. (…) La fissità, che è un aspetto della certezza, non è dunque più un elemento portante degli attuali sistemi giuridici e al deficit di certezza che ne deriva non si potrebbe porre rimedio con una più adeguata teoria dell'interpretazione (...)".

[100] GIANNITI, *Problematiche connesse alla tendenza espansiva dei diritti fondamentali*, in *I diritti fondamentali nell'unione europea. La carta di Nizza dopo il trattato di Lisbona*, a cura di GIANNITI, Bologna, 2013, 218 ss. che richiama sul punto EPIDENDIO e PIFFER, *Rapporti tra diritti fondamentali, giudici e politici* (quotidiano *online ilsussidiario.net*, 24-21 marzo, nonché 7 aprile 2011, giungendo alla conclusione di una necessità di «recuperare una visione globale del reale e, in particolare, la dimensione relazionale dei diritti individuali, il che significa che, rispetto ad ogni nuovo diritto fondamentale, occorre cercare di comprendere se l'interesse che sottende assume una rilevanza tale da giustificare una sua attrazione nella sfera della giuridicità, cioè nella dimensione relativa alla ripartizione proporzionata di beni esteriori all'interno di un gruppo socialmente organizzato».

[101] Cfr. GIANNITI, *ult. op. cit*., 223, in cui cita in proposito GALGANO, *Democrazia politica e legge della ragione*, in *Contr. e impr.*, 2007, 393 ss., laddove afferma che «si postula, con la proclamazione dei diritti dell'uomo, l'esistenza di un ordine giuridico che, come ha praticato la scuola del diritto naturale, riprende la propria fonte dalla natura stessa dell'uomo. Le Corti costituzionali proseguiranno l'opera: dalla ragione, che è madre del diritto ricaveranno il criterio di ragionevolezza, quale criterio di valutazione della legittimità della legge ordinaria», nonché ID., *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, 177 ss., in cui si legge che «si è cominciato con il sindacato alla stregua del criterio della ragionevolezza le deroghe al principio costituzionale di eguaglianza, giudicate come ammissibili solo se ragionevoli; si è proseguito con il giudicare illegittimo il trattamento legislativo uniforme di situazioni tra loro diverse quando la ragionevolezza avrebbe richiesto un trattamento differenziato; infine, la ragionevolezza è stata assunta come autonomo criterio di valutazione delle leggi, a prescindere dal principio di uguaglianza».

[102] Nel senso che la protezione dei diritti inviolabili deve essere assunta come criterio principale atto ad orientare l'interprete nell'esegesi del sistema normativo e nell'opera di bilanciamento stesso tra diritti fondamentali, nell'ottica di tutelare in pieno rispetto della dignità della persona umana, cfr. anche, ad esempio, PARDOLESI, in nt. a Trib. Milano 28 settembre 2016, in *Foro it.*, 2016, I, 3594, che sottolinea come tale impostazione sia l'unica compatibile con il principio personalistico e con la visione della persona umana quale valore etico in sé, per cui è vietata ogni strumentalizzazione della medesima «per alcun altro fine eteronomo ed assorbente», compreso, quindi l'interesse economico o la libertà di iniziativa economica.

[103] Anche la nostra Suprema Corte ha avuto modo di affermare che «proprio in materia attinente al diritto di riservatezza l'operazione di bilanciamento può condurre ad un arretramento di tutela dei dati personali tutte le volte in cui nel conflitto di interessi il grado di lesione della dignità dell'interessato sia di ridotta portata rispetto a quella che subirebbe il diritto antagonista, non potendo consentire all'interessato di trincerarsi dietro la astratta qualificazione del suo diritto sì da limitare in maniera rilevante il diritto di difesa della controparte» Cass. 5 agosto 2010, n. 18279, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 1, 168 ss., con nota di RICCIO.

[104] Cfr. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, Milano, 2010.

ti, edificata proprio sul richiamo al valore della dignità umana inserito nel preambolo e con la scelta sintomatica di consacrarne l'intangibilità nell'articolo di apertura della Carta di Nizza, a sottolinearne il ruolo di vero e proprio «pilastro sul quale poggia l'intero ordinamento europeo» [105]. In proposito, la vera questione, semmai, risiede nella considerazione «se la dignità sia nel nostro sistema solo un valore, un valore e anche un diritto, o addirittura se sia un «*super* diritto» [106]. Secondo l'orientamento più diffuso i diritti inviolabili sono indivisibili, e tra loro devono essere bilanciati: la dignità «costituisce la stessa base dei diritti e non può essere apprezzata solo dal punto di vista soggettivo, ma rileva anche dal punto di vista oggettivo, cioè relazionale nei rapporti che la persona istituisce con gli altri consociati» [107] dal momento che «la dignità integra gli altri principi fondamentali, imponendone una reinterpretazione nella prospettiva dell'indivisibilità, sottolinea le modalità della libertà e dell'uguaglianza dell'uomo, dà evidenza al sistema di relazioni in cui si trovano i soggetti. È l'ineliminabile associazione con la libertà che offre un senso alla dignità. La dignità è sociale nel senso di recuperare non l'uomo astratto, ma la persona sociale» [108].

È proprio la nozione di dignità [109] a istituire quindi un solido collegamento con la persona, divenuta centrale nel sistema comunitario, in tutti suoi profili, e che è fatto spesso oggetto di interessanti e incisive pronunce della Corte di Giustizia [110]. Ad essa bisogna riferirsi ogniqualvolta, in ambiti così sensibili

---

[105] ALPA, *Autonomia privata, diritti fondamentali e "linguaggio dell'odio"*, in *Contr. e impr.*, 2018, I, 66.

[106] Si confronti la nozione di dignità in Germania: la Costituzione tedesca si differenza fra tutte, perché si apre proprio all'articolo 1 con la codificazione della dignità, considerato quale valore assoluto, intangibile, e non solo inviolabile, come predicato dalla Costituzione italiana e dalla Carta europea dei diritti fondamentali, non apparendo quindi come oggetto di bilanciamenti nell'applicazione degli altri diritti della persona, molto probabilmente a voler ricordare con maggior tenacia «il proprio tragico passato e fare ammenda della sua storia delittuosa». Cfr. ALPA, *La costruzione giuridica della dignità umana. Commento all'articolo 1*, cit., 19, che richiama sul punto HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Torino, 1992, 3 ss., nonché ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 21 ss. Proprio in Germania, peraltro, infatti il tribunale federale facendo leva sulla *Freire Entfaltung* in combinazione con l'intangibilità della dignità umana, aveva da tempo utilizzato l'idea di Selbstbestimmungsrecht, essendo stata la autodeterminazione informativa elevata a rango di vero e proprio diritto soggettivo dalla già citata sentenza della Corte costituzionale tedesca del 15 dicembre 1983 (*Informationelle Selbstbestimmung* nel censimento). Cfr. al riguardo, EHMANN, *I principi del diritto tedesco in materia di trattamento dei dati personali con riguardo alla direttiva comunitaria del 24 ottobre 1995*, in *Contr. e impr./Europa*, 1998, 899. Proprio all'autodeterminazione informativa ha fatto riferimento il Garante nella sua prima decisione, in *Cittadini e società dell'informazione*, *Bollettino*, 1, 1997, in *Corr. giur.*, 1997, 915 ss., con nt. di Zeno ZENCOVICH, *Il consenso informato e la autodeterminazione informativa nella prima decisione del Garante*, e in *Foro it.,* 1997, III, 317 ss., con annotazione di Pardolesi. Si tenga presente che sempre in Germania nel 2017 (entrata in vigore l'1 ottobre 2017 ma ha assunto piena efficacia l'1 gennaio 2018) ha visto la luce la legge tedesca per migliorare l'Applicazione del Diritto nei *Social Networks* (conosciuta come «Legge di Applicazione del Diritto nella Rete o NetzDG»), che è rivolta ai crimini di odio online e alle notizie false (c.d. *fake news*). Sul punto, cfr. ALPA, *Autonomia privata, diritti fondamentali e "linguaggio dell'odio"*, cit., 45 ss.

[107] ALPA, *op. cit.,* 17.

[108] RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 547 ss.

[109] GROSSI, *Dignità umana e libertà nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Contributi allo studio della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di Siclari, 43 ss.; BIFULCO, *Dignità umana e integrità genetica nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2005, 63 ss.; SACCO, *Note sulla dignità umana nel "diritto costituzionale europeo"*, in *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, a cura di PANUNZIO, 596 ss.

[110] Nella giurisprudenza della Corte di giustizia il principio della dignità è prevalso sulle libertà economiche in diverse significative pronunce. Di particolare rilevanza, oltre alla sentenza del 9 ottobre 2001, nella causa C-377 98, *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione Europea* (in *Racc.*, 2001, 1, 7079), in cui la Corte di giustizia ha confermato che il diritto fondamentale alla dignità umana è parte integrante del diritto dell'Unione, anche e soprattutto il noto caso *Omega* 36/02, con commento di GENNUSA, *La dignità umana vista dal Lussemburgo*, in *Quad. cost.*, 2005, 174 ss., in cui la Corte era stata chiamata ad accertare la compatibilità con il diritto comunitario di attività che comportano l'utilizzo di giochi basati sull'uccisione simulata di persone. La Corte di giustizia ha in quella sede precisato che il rispetto della dignità umana è un principio generale del diritto comunitario idoneo a limitare una libertà fondamentale tramite la nozione di ordine pubblico che la costituzione nazionale intende assicurare nel proprio territorio, derivandone quindi la non contrarietà del divieto. Solo incidentalmente, si segnala come anche la nostra Corte di Cassazione utilizzi in modo sempre più frequente il principio di dignità. Cfr. ad esempio in materia di danno non patrimoniale

come la *privacy* genetica, si intenda decidere in concreto facendo prevalere nella ponderazione il diritto che tenuto conto di tutte le circostanze, risulti in base al principio di proporzionalità più meritevole di protezione.

Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, in cui la Corte ha dato una buona prova di sé nell'applicare direttamente tale principio ai rapporti tra i privati, in particolare nel bilanciamento tra il diritto all'esercizio dell'iniziativa privata e la tutela dei diritti della personalità, in primo luogo la dignità, e poi ha ribadito la primazia della stessa, salvaguardando la riservatezza dell'interessato trattandosi di informazione commerciale e non di libertà di espressione (cfr. Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361). Particolarmente significativa, nell'ambito di interesse, anche la sentenza dell'8 agosto 2013, n. 18981, riguardante l'impiego delle banche dati mediante strumenti informatici, in relazione a dati già pubblici e pubblicati, poiché colui che compie operazioni di trattamento di tali informazioni, dal loro accostamento, comparazione, esame, analisi, congiunzione, rapporto o incrocio, può ricavare ulteriori informazioni e, quindi un valore aggiunto informativo, potenzialmente lesivo della dignità dell'interessato, ai sensi degli artt. 3, comma 1, prima parte e art. 2, Cost., da considerare preminente rispetto all'iniziativa economica privata che, secondo l'art. 41 Cost., non può svolgersi in modo da recare danno alla dignità umana. Cfr. ALPA, *Commento art. 1*, in *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di MASTROIANNI *et al.*, cit., 24.

PIETRO LIBRICI

Dottore di ricerca – Università degli Studi di Palermo

LA RESPONSABILITÀ MEDICA TRA RIGORISMO PROBATORIO E MECCANISMI PRESUNTIVI

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. Le tappe che hanno segnato l'evoluzione della responsabilità medica nel nostro ordinamento. – 3. La responsabilità medica tra causalità costitutiva ed estintiva. – 4. La posizione della dottrina. – 5. Prova della causalità materiale e presunzioni: nuovi equilibri ed inedite incertezze.*

1. – La materia della responsabilità sanitaria è oggi oggetto, come è noto, di un intenso dibattito che da tempo impegna dottrina e giurisprudenza [1]. E non potrebbe essere altrimenti, in quanto in essa si annidano le tensioni che hanno contrassegnato (e continuano a caratterizzare) il lungo e "travagliato itinerario interpretativo" [2] che ha interessato il risarcimento del danno non patrimoniale.

La recente casistica giurisprudenziale [3], sul riparto dell'onere della prova del nesso causale nella respon-

[1] L'importanza dell'oggetto di analisi e i nodi problematici emersi nella prassi interpretativa hanno indotto la Terza Sezione Civile, su idea e direzione del Consigliere Stefano Olivieri, alla creazione del "progetto sanità" (che, nell'organizzazione interna alla Terza Sezione, si affianca al "progetto locazioni" e al "progetto esecuzioni"), un gruppo di lavoro nato con l'obiettivo di individuare le questioni più controverse in materia di responsabilità sanitaria (dal consenso informato al nesso di causalità, dal danno c.d. tanatologico all'applicabilità ai giudizi pendenti della legge c.d. Balduzzi e legge c.d. Gelli-Bianco) rispetto alle quali era maggiormente avvertita la necessità di un intervento nomofilattico della Suprema Corte in grado di orientare gli operatori del diritto. Il nuovo corso della responsabilità medica si è materializzato nella scelta strategica di dieci sentenze, depositate in sequenza numerica continuata dal 28985 al 28994, l'11 novembre 2019, nella ricorrenza di San Martino, che undici anni prima aveva visto le sezioni unite tracciare, in funzione "contenitiva" della straripante figura del danno esistenziale, il perimetro applicativo del danno non patrimoniale.

[2] Così Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, con nota di M. BONA, *Il danno esistenziale bussa alla porta e la corte costituzionale apre (verso il "nuovo" art. 2059 cod. civ.)*, in *Danno Resp.*, X, 2003, 943.

[3] Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, in *Foro it.*, 2018, I, 1348 con nota di G. D'AMICO, *La prova del nesso di causalità "materiale" e il rischio della c.d. "causa ignota" nella responsabilità medica*; in *Danno Resp.*, VI, 2017, 696 ss., con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*. Sulla pronuncia in esame si vedano anche R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta?, ivi*, I, 2018, 5 ss., nonché B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, *ivi*, I, 2018, 14 ss.; Cass. 14 novembre 2017, n. 26824, in *Foro it.*, 2018, I, 557, con nota di B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e "più probabile che non"*; 7 dicembre 2017, n. 29315; 29 gennaio 2018, n. 2061, in *Riv. dir. proc. civ.*, II, 2019, 587, con nota di R.M. DE ANGELIS, *Sulla prova del nesso causale*; 15 febbraio 2018, nn. 3698 e 3704; 9 marzo 2018, n. 5641, in *Foro it.*, 2018, c. 1579; 31 maggio 2018, n. 13752; 31 maggio 2018, n. 13766; 13 luglio 2018, n. 18540; 13 luglio 2018, n. 18549 e 19 luglio 2018, n. 19199, in *Foro it.*, 2018, I, 3582, con nota di R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*; Cass. 19 luglio 2018, n. 19204; Cass. 20 agosto 2018, n. 20812; Cass. 22 agosto 2018, n. 20905; 13 settembre 2018, Cass. n. 22278; 23 ottobre 2018, n. 26700; Cass. 30 ottobre 2018, nn. 27455, 27449, 27447, 27446; Cass. 20 novembre 2018, n. 29853; Cass. 17 gennaio 2019, n, 1045; Cass. 26 febbraio 2019, n. 5487, in *Foro it.*, 2019, 1603, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofilachia inversa*.

sabilità per danno da inadempimento dell'obbligazione di *facere* professionale, non rappresenta altro che una delle tanti variazioni su un tema da sempre stretto tra la declamazione di regole processuali di impronta contrattuale (in apparenza ispirate dal *favor creditoris*) e l'esigenza di salvaguardare la libertà dei professionisti intellettuali alla luce del contributo al progresso e allo sviluppo offerto dalla loro attività [4].

Come si avrà modo di evidenziare, quindi, non a torto si può parlare di una problematica ormai risalente rispetto alla quale, tuttavia, la giurisprudenza secondo una sorta di moto sostanzialmente circolare, si è mostrata ora sensibile alle istanze della classe medica ora a quelle dei pazienti vittime di *medical malpractice* [5].

Su tale quadro si è innestato l'intervento del legislatore che – in una materia da tempo appannaggio di una giurisprudenza assurta al rango non solo di dottrina, ma anche di fonte del diritto – dapprima con la legge Balduzzi (2012) e successivamente con la riforma Gelli – Bianco (2017), ha mostrato di voler riassumere i panni di autentico signore del diritto [6].

L'inequivoca volontà di un legislatore, a tratti improvvido, di restringere e limitare la responsabilità (anche) risarcitoria derivante dall'esercizio delle professioni sanitarie, per contenere la spesa e porre rimedio al fenomeno della medicina difensiva ha, di recente, trovato avallo in una giurisprudenza che, come è stato avvertito dalla più attenta dottrina, a ben vedere rischia di rivelarsi ancora più efficace nel perseguimento di questo obiettivo [7].

Infatti, se in precedenza l'ambiguità della formulazione dell'art. 3 della legge Balduzzi aveva indotto la Cassazione alla difesa dell'approdo giurisprudenziale del 1999 sul contatto sociale, l'irrompere sulla scena del filone giurisprudenziale avviato nel 2017 con la sentenza 18392 [8], che ha imposto al creditore l'onere di provare la causalità materiale, collocando in definitiva in capo a quest'ultimo il rischio della causa ignota, rende in astratto indubbiamente più arduo l'accertamento della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria.

2. – La relazione medico-paziente per decenni è stata improntata a un approccio che nella sostanza finiva con l'assicurare ai medici una vasta area di immunità.

Il diverso trattamento giuridico, sul versante delle regole di responsabilità, degli esercenti la professione

---

[4] La tendenza delle corti a fare del nesso causale uno strumento di politica del diritto è messa in evidenza dalla maggior parte degli studiosi, non solo nel panorama dottrinale italiano, ma anche in quello internazionale, al punto che è oramai noto l'adagio secondo cui *"causation is a peg on which the judge can hang any decision he likes"*. L'espressione è utilizzata da H.L.A. HART, T Honoré, Causation in the Law, 2nd ed., Oxford: Clarendon, 1985, 465, e potrebbe essere liberamente tradotta come "la causalità è un perno intorno al quale il giudice può far ruotare la decisione che ritiene più opportuna". Con specifico riferimento al panorama italiano si veda, tra gli altri, G. ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 1592 il quale sottolinea come il (concreto atteggiarsi del) rapporto eziologico diventa un punto d'appoggio flessibile e cangiante, tanto da essere utilizzato come "schermo di operazioni di politica del diritto assai spregiudicate", finalizzate ad "una selezione degli interessi meritevoli di tutela". Sul punto v. anche R. SIMONE, *Ombre e nebbie di San Martino: la causalità materiale nel contenzioso sanitario*, in *Foro it.*, 2020, I, col. 218, il quale richiamando la posizione di E. Betti (E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Padova, 1920, ora ristampato in E. BETTI, F. CARNELUTTI, *Diritto sostanziale e processo*, Milano, 2006) sottolinea come alla cassazione sia sfuggito "lo stretto legame fra le regole processuali sull'onere della prova e la configurazione sostanziale della fattispecie".

[5] In tal senso anche D. ZORZIT, *La Cassazione*, cit., 701, la quale mette in evidenza come la c.d. *Med-mal* si caratterizzi per un "percorso fatto di difficili equilibri, apparenti riconciliazioni e risolute rinnegazioni; ma anche di ritorni e improvvise avanguardie".

[6] Così R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Nesso,* cit., 6.

[7] G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno Resp.*, III, 2018, 355.

[8] Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, *Foro it*., 2017, I, 3358 più ampiamente citata *supra* in nota n. 3.

medica e, più in generale, dei professionisti intellettuali, veniva fondato sulla presunta diversità di contenuto che distingue le obbligazioni di risultato e quelle di mezzi [9].

Mentre le prime, infatti, si caratterizzerebbero per la previsione come fine dovuto del conseguimento di un risultato in grado di determinare la piena soddisfazione dell'interesse economico o non, che ha sollecitato il creditore all'acquisizione del diritto di credito; le seconde invece non si spingerebbero sino al punto di imporre al debitore il conseguimento di un fine determinato, il quale, pertanto, resterebbe al di fuori del perimetro della prestazione.

Con la conseguenza che nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incomberebbe l'onere di provare che il danno è dipeso da negligenza del professionista [10], mentre nelle obbligazioni di risultato sul debitore graverebbe l'onere di provare che il mancato risultato è dipeso da causa a lui non imputabile (caso fortuito, forza maggiore, nel penale c.d. caso di necessità).

Ma dato che "la diligenza di cui all'art. 1176 cod. civ. è nozione che rappresenta l'inverso logico della nozione di colpa" [11], dire che il debitore deve dar prova del fatto (negativo) della "mancanza di diligenza" equivaleva ad addossare sullo stesso la prova del fatto (positivo) della "presenza di colpa". Con la conseguenza che, in tale tipologia di obbligazioni, il rischio delle cause ignote finiva col gravare sul creditore/danneggiato.

Invero, la netta contrapposizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è stata da tempo sottoposta a revisione critica da parte di alcuni autori [12] sulla scorta di due rilievi: da un lato, le obbligazioni di mezzi non sempre sono scevre dall'attesa di un risultato; dall'altro, nelle obbligazioni di risultato non sempre risultano indifferenti le modalità di esecuzione della prestazione. E, pertanto, al più si potrebbe dire che: "talvolta la tutela giuridica, che è misura del 'dover avere' del creditore, è circoscritta a un interesse strumentale, a un interesse di secondo grado che ha come scopo immediato un'attività del debitore capace di promuovere l'attuazione dell'interesse primario. In tali ipotesi il fine tutelato, cioè appunto il risultato dovuto, non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto dell'interesse primario del creditore" [13].

A partire dagli anni '70, anche in giurisprudenza, sulle orme di un più generale ripensamento delle categorie del diritto civile alla luce della Costituzione, tali conclusioni sono state riviste, grazie a una nuova lettura dell'art. 2236 cod. civ. [14].

Prima con l'intervento del giudice delle leggi (Corte costituzionale n. 166/1973), e successivamente in sede, di merito inizialmente e di legittimità poi, l'art. 2236 cod. civ. via via è stato interpretato come norma di sempre più attenuata limitazione della responsabilità, non estensibile alla imprudenza e alla negligenza, ma circoscritta alla sola imperizia.

All'esito di questo nuovo e non agevole percorso interpretativo si è giunti, così, alla conclusione secondo cui l'attenuazione di responsabilità *ex* art. 2236 cod. civ. deve essere limitata ai soli casi di particolare com-

---

[9] Sul tema si veda V. De Lorenzi, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. impr.*, II, 2016, 456 ss.

[10] Cass. 28 aprile 1961, n. 961, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1248 ss., con nota di C. Lega, *La prestazione del medico come oggetto di obbligazioni di mezzi*; Cass. 9 marzo 1965, n. 375, in *Foro it*., 1965, I, 1039 ss.; Cass. 15 dicembre 1972, n. 3616, in *Foro it.*, 1973, I, 1474 ss.; Cass. 13 ottobre 1972, n. 3044, in *Foro it.*, 1973, I, 1170 ss.; Cass. 18 giugno 1975, n. 2439, in *Giur. it*., 1976, I, 1, 953 ss., con nota di C. Lega, *In tema di responsabilità civile del medico chirurgo*; Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1980 ss.

[11] Cfr. Cass. 6 ottobre 2015, n. 19883/2015 in *Foro it.*, 2016, I, col. 604.

[12] Cfr. L. Mengoni, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi". Studio critico*, *Riv. dir. comm.*, I, 1954, 185.

[13] Cfr. L. Mengoni, *Obbligazioni*, cit., 189.

[14] G. Travaglino, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. prev.*, I, 2016, 0093B.

plessità della prestazione o perché non ancora sperimentati o studiati a sufficienza, o perché non ancora dibattuti con riferimento ai metodi terapeutici da seguire.

Con la pronuncia n. 6141/1978 [15] è stata applicata per la prima volta la distinzione – mantenuta per i successivi trent'anni [16] – tra interventi *routinari* e interventi complessi, come criterio di riparto dell'onere probatorio [17].

Per gli interventi di speciale difficoltà si è posto sul paziente l'onere di provare l'errore del medico, tramite una puntuale ricostruzione delle modalità con cui è stata eseguita ogni fase dell'intervento.

Nel caso, invece, di prestazioni di facile esecuzione (o *routinarie*) nella sentenza in parola, pur senza evocare la massima *res ipsa loquitur*, si è affermato che deve applicarsi il principio dell'*id quod plerumque accidit*, che fa sorgere in caso di allegazione o di prova del pregiudizio da parte del creditore la presunzione di inadempimento, o di non diligente adempimento, da parte del debitore, salvo che quest'ultimo non riesca a fornire la prova contraria che l'insuccesso della propria prestazione non dipende da imperizia oppure è stato determinato da una causa sopravvenuta di impossibilità non prevedibile né evitabile.

Per questa via la giurisprudenza ha finito per ammettere che, nella tipologia degli interventi di facile esecuzione, individuata sull'esempio rovesciato dell'art. 2236 cod. civ., l'obbligazione del medico va trattata come un'obbligazione di risultato frammentando così la responsabilità medica in ben tre regole diverse: di risultato, di mezzi e interventi di difficile esecuzione *ex* art. 2236 cod. civ. [18].

Un passaggio di fondamentale importanza si è registrato con la sentenza 589 del 1999. In tale occasione la Cassazione ha riconosciuto che la responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve considerarsi da inadempimento, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio sussistente tra le parti, bensì in virtù di un rapporto di fatto originato dal "contatto sociale" e dal consenso informato sulle cure da eseguire [19].

---

[15] Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.* 1979, I, 4; anche in *Arch. civ*., 1979, 335; *Giur. it*., I, 1979, 953.

[16] Si veda Cass. 18 novembre 1988, n. 6620, in *Mass. Giust. civ.*, 1988; Cass. 1° febbraio 1991, n. 977 in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1379 ss.; Cass. 5 marzo 1994, n. 8740, in *Mass. Giur. it.*, 1994; Cass. 16 novembre 1993, n. 11287, cit.; Cass. 8 gennaio 1999, n. 103, in *Danno resp.*, 1999, 779 ss., con nota di R. De Matteis, *La responsabilità medica fra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*.

[17] Segnatamente nell'ambito degli interventi di facile esecuzione vengono fatti rientrare quei casi che "non richiedono una particolare abilità tecnica, essendo sufficiente una preparazione professionale ordinaria, ed il rischio di esito negativo, o addirittura peggiorativo, è minimo, potendo derivare, al di fuori della colpa del chirurgo, dal sopravvenire di eventi imprevisti ed imprevedibili secondo l'ordinaria diligenza professionale oppure dall'esistenza di particolari caratteristiche del paziente non accertabili col medesimo criterio di diligenza professionale". Negli interventi di difficile esecuzione, invece, vengono ricompresi quei casi straordinari ed eccezionali tali da non essere ancora adeguatamente studiati o sperimentati nella pratica.

[18] A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, VIII-IX, 2008, 872. Questa soluzione interpretativa non ha incontrato il favore della dottrina maggioritaria (sul punto si vedano P. Proto Pisani, *L'onere della prova nella responsabilità medica*, in G. Vettori, *Il danno risarcibile*, Padova, 2004, 1390; R. Pucella, *I difficili assetti della responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2012, 448 ss. in particolare 450; U. Izzo, *Il danno da contagio post-trasfusionale come danno evidenziale? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità*, in *Danno resp.*, III, 2001, 249 ss.), tanto da essere definito "un espediente retorico piuttosto maldestro" (C. Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, 124; L. Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Europa dir. priv.*, II, 2000, 518 ss.) in grado di configurare una responsabilità oggettiva del medico, con conseguente trasformazione dell'obbligazione di quest'ultimo da obbligazioni di mezzi a obbligazioni di risultato (G. Monateri, *La responsabilità civile*, a cura di R. Sacco, *Trattato di diritto privato*, I, diretto da R. Sacco, Torino, 1998.).

[19] Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it*., 1999, I, 3332, con nota di F. Di Ciommo e A. Lanotte; in *Danno e resp*., 1999, 294, con nota di V. Carbone; in *Corr. giur*., 1999, 441, con nota di A. Di Majo. Per la teoria del "contatto sociale" v. già, in dottrina, C. Castronovo, *Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione*, in *Scritti in onore di Mengoni*, I, Milano, 1995, 191 ss. Per un approccio critico alla teorica del contatto sociale, v. tra gli altri E. Navarretta, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev*., VII-VIII, 2011, 1453 ss., la quale tuttavia rileva come ancorché sia innegabile che la

Come è stato messo in evidenza, tale pronuncia, inquadrando la responsabilità medica nell'alveo dell'art. 1218 cod. civ., ha contribuito in maniera significativa a consolidare una tendenza di deciso *favor* per la posizione del paziente.

Infatti, proprio muovendo da tale approdo, la giurisprudenza successiva ha potuto applicare alla responsabilità del medico operante all'interno della struttura sanitaria le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite con l'importante pronuncia del 2001 [20], che ha dato una svolta al tema del riparto degli oneri probatori nelle controversie di responsabilità contrattuale in generale.

La sentenza ha riconosciuto che, indipendentemente dal tipo di azione promossa, il creditore deve provare il titolo che dà origine al credito, ed allegare l'altrui inadempimento; spetta invece al debitore dimostrare l'adempimento o comunque l'impossibilità sopravvenuta di adempiere a sé non imputabile. E tale principio è stato esteso anche all'ipotesi di inesatto adempimento.

L'applicazione di queste coordinate alla responsabilità medica ha, sia pure indirettamente, ridimensionato l'utilità pratica della contrapposizione tra obbligazioni di mezzi e di risultato e la conseguente distinzione tra intervento *routinario* ed intervento complesso [21]. Ciò in quanto in base a tale ricostruzione si è addossato anche al debitore di mezzi l'onere di provare di essere stato diligente per andare esente da responsabilità.

La differenza con le obbligazioni di risultato pur attenuata, tuttavia, ha continuato a vivere. Nelle obbligazioni di risultato, infatti, non era sufficiente la prova di essere stati diligenti, in quanto, *ex* art. 1218 cod. civ., l'onere liberatorio per il debitore veniva articolato su tre passaggi: 1) dimostrare che la prestazione è diventata impossibile; 2) individuare la causa (che quindi non può rimanere ignota) di tale impossibilità; 3) provare che il verificarsi di quella causa non è imputabile al debitore.

Con specifico riferimento alla responsabilità medica, il definitivo superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è stato segnato da una fondamentale decisione delle Sezioni Unite del 2008 [22] con cui è stato riconosciuto che "in realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile" e che "[i]n tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento

---

pronuncia n. 589/1999 abbia corretto il tiro, rifuggendo dal paradigma dell'obbligazione senza prestazione, non è allo stesso tempo riuscita a dare una qualunque spiegazione "*del passaggio dalla dimensione del contatto puramente sociale al piano della rilevanza giuridica*".

[20] Il riferimento è a Cass., sez. un., 30 novembre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, XII, 2001, 1565, con nota di V. Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

[21] In tal senso G. D'Amico, *Il rischio*, cit., 351.

[22] Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, VII, 2008, 788 ss., con nota di G. Vinciguerra, *Nuovi (ma provvisori?) aspetti della controversia medica*; *ibid.*, X, 1002, con nota di M. Gazzara, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *Nuova giur. civ. comm.*, V, 2008, 616 ss., con nota di R. De Matteis, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*; in *Giur. it.*, X, 2008, 1002 ss. con nota di M.G. Cursi, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*; in *Danno resp.*, 2008, 871-879, con nota di A. Nicolussi, *Sezioni*, cit.*;* in *Resp. civ. prev.*, IV, 2008, 856, con nota di M. Gorgoni, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; in *Giur. it.*, VII, 2008, 165, con nota di A. Ciatti, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*; in *La resp. civ.*, V, 2008, 357 con nota di R. Calvo, *Diritti del paziente*, onus probandi *e responsabilità della struttura sanitaria*. Sulla posizione delle Sezioni unite cfr. anche F. Piraino, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa dir. Priv.*, I, 2008, 83; G. Vettori, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, V; 2008, 393; M. Paradiso, *La responsabilità medicatra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, VII, 2009, 703.

del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante". E, così, in tutte le obbligazioni si è definitivamente addossato sul debitore il rischio della causa ignota ogniqualvolta questi non riesca a dimostrare una sequenza causale alternativa.

3. – La pronuncia del 2008 ha coronato il ribaltamento di prospettiva propiziato dalle Sezioni Unite del 2001. Il nuovo corso inaugurato da Cass. n. 13533/2001 lasciava, infatti, irrisolti alcuni problemi e sollevava qualche incongruenza: se il creditore era onerato esclusivamente di allegare l'inadempimento, ci si chiedeva come ciò potesse conciliarsi con la regola che poneva a carico del medesimo la prova del nesso [23].

Per cercare di superare tale *impasse*, operando una sorte di "crasi logica" tra dimostrazione processuale della colpa e della catena causale, le Sezioni Unite del 2008 hanno affermato che: "l'allegazione di una condotta colposa idonea a generare un danno del tipo di quello realmente verificatosi esaurisce l'onere probatorio del creditore danneggiato; l'attitudine delle circostanze a provocare il danno lamentato esonera il danneggiato dalla necessità di dover dimostrare in altro modo la connessione causale. Ne consegue che la dimostrazione che un (certo) fatto è idoneo a determinare un (certo) effetto tiene luogo della concreta dimostrazione che quel fatto ha prodotto quell'effetto" [24].

La nuova prospettiva inaugurata dalle Sezioni Unite, e seguita da altre pronunce [25], non è però riuscita a scalfire definitivamente l'orientamento tradizionale.

In effetti, anche dopo la sentenza delle Sezioni Unite, non sono mancate pronunce – sia di legittimità sia di merito – che si sono discostate dal *decisum* di Cass. n. 577/2008 ed hanno attribuito al paziente l'onere di provare il nesso causale tra condotta ed evento dannoso [26].

Anche una parte della dottrina del resto, mantenendo fede all'orientamento tradizionale, ha mostrato di non condividere questo nuovo approccio, sottolineando che oltre a non essere conforme al principio di vici-

---

[23] D. ZORZIT, *La Cassazione*, cit., 696.

[24] R. PUCELLA, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno resp.*, VII-IV, 2016, 821, 822.

[25] Cass. 30 settembre 2014, n. 20547, in *Foro it. Rep.,* 2014, voce *Professioni intellettuali*, n. 123; 12 dicembre 2013, n. 27855, *Foro it. Rep.*, voce cit., n. 104; 12 dicembre 2013, n. 27855; 21 luglio 2011, n. 15993 in *Foro it. Rep.*, voce cit., 2012, n. 182

[26] Nella giurisprudenza di legittimità Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Ragiusan*, 2013, 354 ss.; Cass. 31 luglio 2013, n. 18341, in *Contr.*, II, 2014, 139 ss., con nota di A. PUTIGNANO, *Danno da parto in presenza di cause patologiche pregresse e onere della prova*; Cass. 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno resp*., I, 2014, 33 nota di G.M.D. ARNONE; Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143; Cass. 31 luglio 2013, n. 18341; Cass. 12 settembre 2013, n. 20904; Cass. 20 ottobre 2015, n. 21177. In questo senso significativa è la sentenza n. 2847/2010 della S.C. (Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm*., VII-VIII, 2010, 783 ss., con nota di S. CACACE, *I danni da mancato consenso informato*; in *Nuova giur. civ. comm*., VII-VIII, 2010, 685 ss. con nota di A. SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*; con commento di R. SIMONE, *Consenso informato e onere della prova*; in *Resp. civ. prev.*, VII, 2010, 1013 ss.) che, seppur in un ambito peculiare e cioè quello in materia di consenso informato, ha posto in capo al paziente l'onere di provare il nesso causale tra omessa informazione e non esecuzione dell'intervento chirurgico.

Nella giurisprudenza di merito: Trib. Bari 17 marzo 2010, in *De Jure*, Milano; Trib. Bari 16 dicembre 2011, in *De Jure*, Milano; Trib. Bologna 16 febbraio 2012, in *De Jure*, Milano; Trib. Bari 6 maggio 2013, in *Sistema Leggi d'Italia*; Trib. Taranto 8 giugno 2012, in *Sistema Leggi d'Italia*; Trib. Bologna 10 gennaio 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, X, 2011, 1005 ss., con nota di S. FACCIOTTI, *Responsabilità medica e riparto dell'onere della prova del nesso di causalità: inversione di rotta?*; Trib. Vicenza 5 marzo 2013, in *Sistema Leggi d'Italia*; Trib. Roma 7 luglio 2010, in *Sistema Leggi d'Italia*; Trib. Udine 31 marzo 2011, in *Resp. civ. prev.*, VII-VIII, 2011, 1600 ss., con nota di M. GORGONI, *Quando è "più probabile che non" l'esatto adempimento*; Trib. Rovereto 2 agosto 2008, in *Danno e resp*., V, 2009, 525 ss., in cui si distingue il caso in cui convenuto sia un ente ospedaliero dall'ipotesi in cui sia convenuto sia il singolo medico: in quest'ultimo caso l'onere di provare il nesso causale spetta al paziente; nel primo è l'ente a dover provare la sua insussistenza.

nanza della prova [27], la presunzione di sussistenza del nesso di casualità finisce col confondere il piano della colpa con quello propriamente eziologico e a configurare una responsabilità a carattere oggettivo per il singolo professionista e per la struttura sanitaria [28].

Quando ormai la riflessione in materia di responsabilità sanitaria sembrava da anni porre al centro del discorso il nodo della qualificazione della responsabilità verso il paziente del medico inserito in una struttura sanitaria, nell'assenza di un contratto d'opera professionale, l'ottica è stata completamente ribaltata dalla terza sezione in tempi recenti [29]. Con la sentenza n. 18392/2017, pur dichiarando formale ossequio a Cass., sez. un., n. 577/2008 [30], la S.C. ha stabilito una regola diametralmente opposta [31]. Affermando che in realtà la causalità evocata dalle pronunce che si richiamano alla sentenza del 2008 non è quella della fattispecie costitutiva della responsabilità, ma "quella della fattispecie estintiva dell'obbligazione opposta dal danneggiante" la terza Sezione è giunta ad affermare che andrebbero distinti due "cicli causali": uno relativo alla derivazione dell'evento dannoso dalla condotta inadempiente del medico (causalità costitutiva) e uno – logicamente e giuridicamente subordinato alla dimostrazione dell'esistenza del primo – relativo invece all'impossibilità della prestazione (causalità estintiva).

In tal modo, questo orientamento ha addossato in capo al paziente danneggiato – sia che affermi essere vittima di un illecito aquiliano, sia che si professi creditore di una prestazione contrattuale non correttamente eseguita – l'onere di dimostrare con qualsiasi mezzo di prova l'esistenza del nesso di causa, secondo il criterio del "più probabile che non", tra la condotta del medico e il pregiudizio di cui si chiede il ristoro, con conseguente rigetto della domanda ove al termine dell'istruttoria il suddetto nesso non risulti provato.

Infatti, solo a valle dell'onere probatorio dell'attore, e sempre che quest'ultimo abbia fatto il proprio, prende corpo l'onere della prova delle cause di estinzione dell'obbligazione a carico del convenuto, ivi compresa l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile *ex* art. 1256 cod. civ., "con effetto liberatorio sul piano del risarcimento del danno dovuto per l'inadempimento".

Sulla base di questa rilettura il nodo della causa ignota è stato, così, sciolto addossandone il rischio in capo al creditore, nell'ipotesi in cui essa riguardi la derivazione causale dell'evento dannoso, e al debitore, ove essa, viceversa, attenga all'impossibilità della prestazione [32].

---

[27] M. GAZZARA, *Le S.U.*, cit., 1011.

[28] DE MATTEIS, *La responsabilità.*, cit., 2008, 620 ss. In senso parzialmente difforme E. SERANI, *Le cure inutili e la responsabilità del medico: quando la speranza è fonte di danno*, in *Riv. it. med. leg.*, VI, 2011, 1693 ss. *Contra* G. VINCIGUERRA, *Nuovi*, cit., 793; cfr. anche G. VETTORI, *Le fonti*, cit., 393 ss.; M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, in *Giur. it*., X, 2008, c. 10; R. CALVO, *Diritti*, cit., 357; F. BUSONI, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Giuffrè, 2011, 97 ss. e 133 ss.

29Questa circostanza è evidenziata da tutti commentatori dell'orientamento in esame: D'AMICO, *Il rischio*, cit., 352 ss.; D. ZORZIT, *La Cassazione*, cit., 703 ss.; B. TASSONE, *Responsabilità*, cit., 16 ss.; M. FACCIOLI, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria,* in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. GRANELLI, Giuffrè, 2018, 550 ss. L'allontanamento dall'impianto delle Sezioni unite è ovviamente negato dal relatore di Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cit. in veste di commentatore: E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, 265 ss. V. anche pronunce citate in nota n. 3. Per un richiamo dell'attuale tendenza, fatto in epoca non sospetta, cfr. R. SIMONE, *Nascite dannose: tra inadempimento (contrattuale) e nesso causale (extracontrattuale)* (nota a Cass. 10 novembre 2010, n. 22837, *Foro it*., Rep. 2011, voce *Professioni intellettuali*, n. 131, e 2 febbraio 2010, n. 2354, id., Rep. 2010, voce cit., n. 160), in *Danno e resp*., IV, 2011, 382.

[30] Cass. n. 18392/2017, par. 2.1.1., dopo aver dato conto dei due diversi orientamenti in punto onere della prova del nesso, afferma che "si tratta di un contrasto apparente".

[31] Sul punto v. D. ZORZIT, *La Cassazione*, cit., 702 ss.

[32] Cass. n. 18392/2017, par. 2.1.3.

Le sentenze n. 28991 e n. 28992 del 2019 hanno dato continuità a questo indirizzo,[33] cercando al contempo di introdurre una correzione di tiro rispetto all'impianto argomentativo delineato nel 2017 che però si rivela essere soltanto cosmetica, in quanto limitata allo "schema classico" dell'obbligazione di dare o fare, mentre quando si entra nel diverso territorio del *facere* professionale – quindi, in presenza di medici, avvocati e maestri di sci – la musica è tutta diversa[34].

Ciò in quanto – secondo la Suprema Corte – in queste tipologie di rapporti la causalità materiale non è assorbita dall'inadempimento. Oggetto di tali obbligazioni è, infatti, il rispetto delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore. Pertanto, il danno evento (quale peggioramento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie) riguarda un interesse presupposto a quello oggetto del contratto, corrispondente al diritto alla salute. E visto che l'interesse che la prestazione è diretta a soddisfare è solo strumentale all'interesse primario del creditore, causalità ed imputazione per inadempimento ritornano in questo caso a distinguersi sul piano funzionale oltre che strutturale. Allegare l'inadempimento non significa allegare anche il danno evento il quale, proprio perché riguarda un interesse ulteriore rispetto a quello perseguito dalla prestazione, non è necessariamente collegabile al mancato rispetto delle regole della diligenza professionale e potrebbe essere ricollegabile ad una causa diversa dall'inadempimento. La violazione delle *leges artis*, infatti, non esibisce un'intrinseca attitudine causale alla produzione del danno evento in quanto la comparsa di nuove patologie o l'aggravamento della malattia già esistente non sono immanenti alla violazione delle *leges artis* potendo essere collegate ad una differente eziologia.

4. – La soluzione, più volte ribadita dalla giurisprudenza, che addossa in capo all'attore il rischio della causa ignota ove non sia raggiunta la prova del nesso di causalità materiale, è stata vivacemente criticata in dottrina[35]. L'addebito più severo che è stato mosso a tale orientamento è che così facendo non solo si ridarebbe vigore alla distinzione tra "obbligazioni di risultato" e "obbligazioni di mezzi" e ad un regime di responsabilità contrattuale diversificato in base al tipo di obbligazione inadempiuta,[36] ma si finirebbe col far coincidere il regime della responsabilità discendente dall'inadempimento di un'obbligazione di *facere* professionale con quello della responsabilità aquiliana[37], con ciò violando il disposto dell'art. 1218 cod.

---

[33] V. *supra* nota 9.

[34] L'espressione è di R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Sulla "fine della storia" della responsabilità da "facere"*, in *Foro it.*, 2020, parte I, col. 1613.

[35] In tal senso F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, *Giur. it*, III, 2019, 735 e R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta?*, cit., 5. G. D'AMICO, *Il rischio*, cit., 354 che però propone una diversa ricostruzione fondata sulla distinzione tra prestazioni routinarie e non. Sul punto v. anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento*, cit., 75, ad avviso del quale il nuovo indirizzo "rappresenta un regresso rispetto alla stessa giurisprudenza sulle prestazioni c.d. routinarie e, oltre a violare gli artt. 1218 e 2697 cod. civ., disattende la recente riforma della responsabilità sanitaria (l. n. 24/2017) la quale ha inteso collocare in ambito extracontrattuale la sola responsabilità dell'ausiliare del debitore, ma in ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata, concedendo anzi al creditore danneggiato un'azione diretta nei riguardi dell'assicuratore del debitore".

[36] Si tenga conto che, addirittura, Piraino ritiene che data la struttura della responsabilità contrattuale il debitore non può limitarsi a fornire "la prova dell'adozione dei mezzi dovuti in presenza dell'acclarata frustrazione del risultato", poiché "una tale dimostrazione non integra la prova dell'avvenuto adempimento": F. PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contratti*, X, 2014, 899, nota 44.

[37] Così facendo, si finisce, infatti, col pretermettere che "la condizione in cui versa un soggetto obbligato rispetto al pregiudizio non è certo paragonabile alla condizione in cui versa un soggetto libero oppure vincolato da doveri generici, ossia non individualizzati (F. PIRAINO, *Corsi*, cit., 900). Meno severa per il debitore la ricostruzione di A. NICOLUSSI, *Sezioni*, cit., 871, il quale ritiene che, mentre il paziente deve provare l'inesatto adempimento, è il medico a dovere dimostrare (non la causa specifica ma) la (generica) impossibilità non imputabile (peraltro, anche a mezzo di presunzioni).

civ. [38]. La varietà "morfologica" che caratterizza talune obbligazioni non può, infatti, pregiudicare l'unitarietà dell'obbligazione e del regime di responsabilità contrattuale. Perciò, – ancorché nelle obbligazioni nelle quali la prestazione dovuta e il risultato atteso dal creditore non sono "predeterminati", "si rend(a) (...) necessario un ulteriore passaggio, deputato ad appurare se la modificazione subita dal creditore sia riconducibile alla condotta inesatta, commissiva od omissiva, del debitore" [39] – questa indagine causale sarebbe una "coda" del giudizio di inadempimento, e non costituirebbe invece un giudizio di causalità in senso proprio (e cioè in concreto), in quanto l'indagine causale dovrebbe arrestarsi al piano astratto della compatibilità del tipo di danno subito con il tipo di inadempimento.

Si è, inoltre, evidenziato che sarebbe incoerente riconoscere in capo al creditore un onere di mera allegazione rispetto ai due elementi tra i quali deve riscontrarsi l'esistenza del "nesso di causa (materiale)" – ossia la condotta di inadempimento e l'evento di danno – e addossare al contempo in capo allo stesso un onere di vera e propria "prova" con riferimento al nesso di causa (che deve legare i due termini). Infatti, non è possibile "provare" (in concreto) tali nessi se non si sono prima "provati" (perché non si era tenuti a farlo), nel loro effettivo e specifico svolgimento, i singoli fatti della sequenza [40]. Secondo questa impostazione, sarebbe, invece, preferibile distinguere le prestazioni mediche ad esito positivo scontato da quelle ad esito non scontato. Nelle prime l'unica prova che esonera il medico è quella dell'evento imprevedibile o inevitabile, e dunque è su di esso che grava il rischio della causa ignota; mentre nelle seconde, in cui il medico può anche dare la prova dell'adempimento – e non necessariamente quella dell'evento imprevedibile e inevitabile – una volta che tale prova venga fornita, il rischio grava sul creditore se l'eziologia rimane incerta [41].

Altra impostazione, ha rilevato che, in realtà, la prova del nesso di causalità materiale in questo caso va addossata sul creditore in quanto verrebbe in rilievo un'ipotesi di danno aquiliano per violazione di un diritto fondamentale, come quello alla salute sia pure per la carenza del *facere* professionale del medico [42].

Sulla base di un percorso logico differente si è, ancora, affermato che: "una volta attribuita alla vicenda del medico dipendente la forma giuridica dell'obbligo di protezione, non può trascurarsi che le regole processuali di imputazione sono diverse da quelle della responsabilità contrattuale da inadempimento dell'obbligazione di prestazione". Ciò in quanto le conseguenze dannose correlate alla violazione di un obbligo di protezione pongono un problema diverso da quello relativo al mancato soddisfacimento del diritto di credito. Perciò, ancorché attratto nell'orbita contrattuale, il problema cui l'ordinamento è chiamato a dare una risposta permarrebbe "aquiliano", con conseguente applicazione delle relative regole in tema di onere della prova [43].

Non è mancato chi, pur condividendo l'esigenza di superare la prospettiva "omologante" abbracciata nella pronuncia del 2001, ha criticato la soluzione suggestivamente lineare, ma probabilmente troppo schematica dell'indirizzo inaugurato con la sentenza del 2017, rilevando che la diversa distribuzione dell'onere di provare il nesso di causa andrebbe effettuata in base alla dicotomia tra obbligazioni di mezzi e di risultato,

---

[38] In tal senso A. Procida Mirabelli di Lauro, *Inadempimento*, cit., 83 il quale, tra l'altro, rileva che "La Cassazione, con un'eterogenesi dei fini, più che pensare alla disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione e, quindi, alla responsabilità debitoria della struttura sanitaria, dimostra di pensare al "fatto illecito", alla condotta attiva od omissiva del singolo sanitario ausiliare del debitore, il cui problema di responsabilità è risolto, oggi pacificamente, sul piano della responsabilità extracontrattuale".

[39] F. Piraino, *Il nesso*, cit., 733.

[40] G. D'Amico, *Il rischio*, cit., 2018, 3, 354.

[41] G. D'Amico, *Il rischio*, cit., 2018, 3, 354.

[42] A. di Majo, *Responsabilità del medico – la doppia natura della responsabilità del medico*, in *Giur. it.*, I, 2020, 39.

[43] A Plaia, *Il nesso di causalità nella responsabilità contrattuale del medico*, in *Giur. it.*, VI, 2020, 1334.

che permette di tenere conto delle peculiarità che presenta ciascuna tipologia di rapporto obbligatorio [44]. Ciò in base alla considerazione secondo cui, nel contesto dell'attività medica, l'indagine sul nesso di causalità non può prescindere dalla moltitudine di sfaccettature che esibiscono i singoli casi concreti e, pertanto, solo una soluzione articolata del problema è in grado di realizzare una equilibrata composizione degli interessi e dei valori che vengono in rilievo in questa delicatissima materia [45].

Vi è poi chi ha criticamente rilevato che in seguito alla "sentenza Scoditti" i destini della responsabilità sanitaria sembrano ormai affidati unicamente alla risarcibilità del danno da perdita di chance, essendo il pregiudizio caratterizzato da una costante "incertezza eventistica" [46].

5. – Apparentemente le lancette dell'orologio sembrano, dunque, essere state riportate indietro nel tempo. Come è stato rilevato in dottrina, infatti, "non si possono toccare le regole sull'onere della prova senza modificare la fattispecie sostanziale della responsabilità" [47], perché "tali regole, seppur appartenenti al diritto processuale, sono [...] strettamente legate alle norme del diritto materiale" [48].

Da un esame delle prime pronunce di legittimità sul tema, inclusa la "sentenza Scoditti" del 2017, è emerso che il creditore (paziente o aventi causa) difficilmente è riuscito ad assolvere l'onere di provare il rapporto causale. Ciò anche in virtù dei molteplici equivoci che caratterizzano la regola probabilistica ricollegabili, secondo taluno, alle difficoltà riscontrate dalla Cassazione civile che, pur declamando la regola del "più probabile che non", "non sembra avere le idee molto chiare allorché deve passare dalla enunciazione del principio alla sua applicazione nel caso concreto" [49].

Nella stessa "sentenza Scoditti" è stata confermata la soluzione cui era pervenuto il giudice di merito il quale, all'esito delle disposte CTU, pur essendosi accertata "una incontestabile marcata emorragia addominale in sede di intervento", aveva concluso recisamente nel senso del carattere ignoto della causa dell'arresto cardiaco per la presenza di altre possibili cause dell'evento dannoso [50].

Ma nel tempo qualcosa è cambiato. A ben vedere, infatti, soprattutto nel contesto dell'attività medica, l'indagine sul nesso di causalità non può prescindere dalla moltitudine di sfaccettature che esibiscono i singoli casi concreti.

Così a poca distanza di tempo dalle sentenze gemelle di San Martino del 2019, che peraltro avevano fatto un esplicito richiamo al meccanismo delle presunzioni, la Cassazione nel febbraio 2020 [51], ad esempio, ha

---

[44] G. D'Amico, *Il rischio,* cit., 2018, 357 ss.

[45] G. D'Amico, *Il rischio*, cit.,2018, 358.

[46] Così, M. Feola, *Paralogismi e morfologia del danno da perdita di chance*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, 36, nel chiosare Cass., sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641. Mostra di condividere tale ricostruzione A. Procida Mirabelli di Lauro, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, in *Danno Resp.*, II, 2019, 249. Sul punto si v. Corte appello, Perugia, sez. I, 1 ottobre 2021, n. 555 in *De Jure* che distingue l'ipotesi in cui l'*error* medico abbia provocato la morte del paziente che con un comportamento corretto (ad esempio, una diagnosi tempestiva e/o una terapia adeguata), avrebbe avuto possibilità di guarigione, dal caso in cui la condotta colpevole del medico ha cagionato un danno incerto in quanto è impossibile accertare se, in assenza del comportamento del sanitario, lo sviluppo della malattia sarebbe stato più lento e/o la vita sarebbe durata maggiormente e con minori sofferenze, in relazione al quale si verte in una situazione di incertezza e dunque è più appropriato parlare di perdita di chance.

[47] G. D'Amico, *Il rischio*, cit., 2018, 351, in nt. 11.

[48] Così, L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato"*, cit., 319 e *passim*.

[49] In tal senso A. Procida Mirabelli di Lauro, *La Terza*, cit., 249 ss. al quale si rinvia per una più puntuale ricognizione delle sentenze sul tema nonché M. Feola, *Paralogismi*, cit., 2019, 36.

[50] Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, cit., 699.

[51] Cass. 26 febbraio 2020, n. 5128, in *Foro it.*, 2020, I, 1595, con nota di R. Pardolesi, R. Simone, *Sulla "fine della storia" della responsabilità da facere professionale.*

chiarito non solo che la prova della causalità materiale gravante sul danneggiato deve combinarsi con il principio del "più probabile che non", ma anche che, provata la sussistenza di un inadempimento idoneo a determinare (secondo il principio della causalità adeguata) un aggravamento delle condizioni di salute del paziente, è onere del convenuto dimostrare che le cure effettuate, per quanto inutili sul piano del recupero della funzionalità e comunque denotanti una complessiva negligenza sotto il profilo dell'ars medica, non hanno avuto alcun impatto peggiorativo sulla salute della persona, rispetto alle condizioni pregresse.

L'esigenza di attenuare la condizione di maggiore difficoltà probatoria in cui normalmente versa il creditore della prestazione professionale medica rispetto al creditore di qualunque altra prestazione, ha trovato accoglimento nelle pronunce di legittimità dell'ultimo biennio nelle quali, pur intendendo dare continuità all'orientamento espresso da Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, la Suprema Corte, richiamando il principio di vicinanza dell'onere della prova, in più occasioni ha riconosciuto al creditore la possibilità di ricorrere alla prova per presunzioni [52].

Il bisogno di alleggerire il rigorismo probatorio ha, inoltre, indotto la Corte a ritenere che "in qualsiasi ipotesi di colpa omissiva consistita nel non avere impedito un evento che si era obbligati ad impedire, l'avverarsi stesso dell'evento costituisce in tesi prova dell'esistenza del nesso di causa tra la condotta omissiva ed il danno".

Nello specifico caso del danno da sangue infetto, l'onere incombente sul paziente è stato addirittura circoscritto dalla Corte alla mera allegazione dell'esistenza del contratto e di una condotta inadempiente, gravando sul debitore la dimostrazione, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., di avere tenuto una condotta irreprensibile sul piano della diligenza [53].

Grazie al ricorso al gioco delle presunzioni a livello di onere probatorio, la Suprema Corte ha finito, pertanto, per accogliere il principio *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato in materia negli ordinamenti anglosassoni (dove la responsabilità del medico è sempre di natura aquiliana), inteso come "quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza".

Così facendo ha reso, quindi, (addirittura) largamente presuntiva la prova del nesso di causalità materiale, pervenendo nella sostanza ad un risultato non dissimile dal precedente orientamento che consentiva al creditore di potersi limitare ad allegare l'inadempimento qualificato ed il nesso causale tra questo e l'evento di danno.

Una generalizzazione di tale soluzione a tutti i casi in cui viene in rilievo una condotta omissiva, che certamente rappresentano una parte preponderante nell'ambito della colpa medica, permetterebbe nei fatti di sterilizzare gli esiti particolarmente rigorosi per il creditore danneggiato cui conduce l'orientamento inaugurato dalla Cassazione nel 2017.

Ciò in quanto, presunto il nesso di causalità materiale tra l'inadempimento e il danno, incomberebbe sul debitore che vuole andare esente da responsabilità l'onere di fornire la prova che la prestazione sia stata ese-

---

[52] Cass. 23 marzo 2018, n. 7250 che in caso di difettosa tenuta della cartella clinica ha riconosciuto al paziente la possibilità di ricorrere alle presunzioni per ricostruire il nesso eziologico tra la condotta colposa del medico e la patologia accertata; Cass. civ., sez. VI, 31 agosto 2020, n.18102; Cass. civ., sez. III, ord. n. 18 febbraio 2021, n. 4424 in banca dati *Pluris*. Cass., ord. 11 novembre 2020, n. 25288 in *Ridare.it*, 9 febbraio 2021 con nota di M. N. GRIBAUDI, *Responsabilità della struttura sanitaria e misure da adottare per evitare l'evento*; Cass. 26 novembre 2020, n. 26907, in *Foro it*, II, 528 con nota di P. LAGHEZZA, *Causalità materiale, prova e presunzioni: nuovi equilibri ed inedite incertezze*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2021, 302 con nota di A. GALASSO. Nella giurisprudenza di merito si veda Trib. Catania, sez. V, 14 marzo 2020, n. 1035; App. Messina, sez. II, 11 giugno 2021 in banca dati *Pluris* nonché Trib. Bologna, sez. III, 16 novembre 2021 in banca dati *Pluris*, in banca dati *Pluris*; App. Napoli, sez. IV, 26 novembre 2020, n. 4049.

[53] Cass. 22 aprile 2021 n. 10592, in *Altalex*, con nota di M. FERRARI, *Epatite dopo emotrasfusione, ospedale deve dimostrare la propria diligenza*.

guita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile. Questo accertamento non concerne il piano della causalità materiale e quindi dell'applicazione degli artt. 40 e 41 cod. pen., ma attiene alla non imputabilità dell'inadempimento che, in base al combinato disposto degli artt. 1218 cod. civ. e 1176 cod. civ., determina un esonero della responsabilità ed implica la verifica della diligenza in concreto esigibile per il tramite dell'individuazione delle misure alternative che in concreto si sarebbero potute e dovute esigere dalla struttura sanitaria [54].

Seppure sulla base di un diverso percorso argomentativo, ad esiti non dissimili sul piano pratico è pervenuta la dottrina in sede penale. In quest'ambito, muovendo dall'assunto secondo cui nella responsabilità omissiva un nesso causale tra un *non facere* ed un evento non esiste *in rerum natura*, si è affermato che l'accertamento dell'elemento materiale della responsabilità *ex* art. 40, comma 2, cod. pen. si esaurisce tutto nell'accertamento della verificazione dell'evento tipico e della sussistenza di un obbligo impeditivo a carico del soggetto cui l'evento viene imputato [55].

Ciò in quanto la questione circa l'eventuale efficacia salvifica della condotta omessa deve, invece, porsi nel quadro della colpa del soggetto e, più in particolare, nell'ambito del giudizio sulla c.d. causalità della colpa, indagando se l'evento fosse prevedibile ed evitabile dall'agente modello.

Così facendo, grazie a una ricostruzione dell'onere della prova opportunamente calibrata sulle peculiarità dei distinti rami che caratterizzano il "tronco comune", si possono attenuare i rischi di soluzioni che prestando ossequio al *mainstream* rischiano di lasciare il danno lì dove era sorto [56].

Non si può però al contempo negare che, come è stato acutamente rilevato, una simile conclusione rappresenta "una pezza a colore" poiché nell'ipotesi in cui le presunzioni non apparissero appieno convincenti, l'attore vedrà respinte le sue richieste con l'ovvio *vulnus* alle ragioni di un soggetto che ha il solo torto di essere paziente e vittima dell'illecito [57].

La prova per presunzioni, infatti, costituisce un terreno piuttosto scivoloso. Pertanto non è in grado di assolvere alla funzione di argine contro il rischio di un'ondivaga giurisprudenza di merito che rischia di far naufragare il progetto di nomofilachia programmatica che aveva ispirato il nutrito gruppo delle sentenze di San Martino.

Significativa in tal senso è la sentenza con la quale il Tribunale Foggia nel luglio 2021, addirittura, mantenendo fede alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2008, ha ritenuto che il creditore deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante [58].

Non meno rilevante, sotto questo punto di vista, è, poi, la pronuncia della Corte di Appello di Napoli che

---

[54] MARIA NEFELI GRIBAUDI, *Responsabilità*, cit.

[55] F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, IV, 2009, 1679 ss., spec. 1715 ss.

[56] In questo senso si v. B. TASSONE, *Responsabilità*, cit., 25 s. Si badi che in un'altra pronuncia (Cass. n. 5128/2020) con nota di R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Sulla "fine della storia"*, cit., 1608, concernente il caso di una donna che si era sottoposta con esito infausto ad un'operazione di implantologia, la Corte pur evocando la distinzione tra causalità costitutiva ed estintiva di fronte all'inadempimento conclamato per evitare di lasciare il danno lì dove era caduto ha fatto leva sull'allegazione da parte dell'attore di un inadempimento "qualificato", perché "astrattamente efficiente alla produzione del danno".

[57] R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Sulla "fine della storia"*, cit., 1611; Sul punto si veda Cass. 15 aprile 2021, n. 9949 che ha ritenuto immune da vizi logici la pronuncia di appello che in presenza di una miscellanea di fattori astrattamente idonei a provocare il danno, in parte dovuto a inadeguate cure, ha ritenuto non provata la causalità tra condotta e danno.

[58] Trib. Foggia, sez. I, sent. 27 luglio 2021 in banca dati *Pluris*.

in tema di prestazione professionale medico-chirurgica di *routine* ha riconosciuto che spetta al professionista superare la presunzione che le complicanze intervenute siano state determinate dalla sua responsabilità [59].

La fluidità del quadro giurisprudenziale in una materia particolarmente problematica come quella in esame rende, pertanto, opportuno un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite sul punto per cercare di sottrarre il danneggiato ad una giurisprudenza che – a dispetto delle intenzioni della Suprema Corte – rischia di rivelarsi quanto mai ondivaga.

[59] App. Napoli, sez. IV, 26 novembre 2020, n. 4049 in *De Jure*.

JUS CIVILE

ANTONIO DI FEDE

Dottore di ricerca – Università di Roma "La Sapienza"

INADEMPIMENTO INCOLPEVOLE E SISTEMI RIMEDIALI AL TEMPO DELL'EMERGENZA

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Il Covid-19 quale sopravvenienza contrattuale: il problema del giusto rimedio. – 3. L'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 quale rimedio conservativo del vincolo contrattuale. – 4. Rilievi conclusivi.*

1. – L'improvvisa ed inaspettata diffusione del fenomeno Covid-19 ha comportato, ed ancóra comporta, pesanti ricadute che hanno impattato trasversalmente su àmbiti diversi della realtà socio-giuridica.

La frenesia legislativa che ha caratterizzato i mesi scorsi e ha visto il susseguirsi spasmodico di provvedimenti governativi emergenziali [1], ha modificato radicalmente il naturale svolgersi delle relazioni sociali, imponendo dure restrizioni finalizzate al rispetto delle misure di contenimento della pandemia [2].

Quale sarà il futuro dell'Italia all'indomani dall'uscita dall'emergenza, è un quesito sul quale tutti si inter-

[1] Alla dichiarazione dello stato di emergenza, assunta con Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, hanno fatto séguito l'adozione di decreti legge, d.P.C.M., ordinanze e circolari del Ministero della Salute, ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione civile, delle Regioni e dei Comuni. Per una rassegna completa dei provvedimenti in materia di contenimento della pandemia da Covid-19, si cfr. il sito *www.protezionecivile.it.*

[2] L'attività legislativa del Governo, tesa a contrastare il rischio di diffusione dell'epidemia da Covid-19, ha comportato l'adozione di duri provvedimenti restrittivi delle libertà individuali, limitando drasticamente la libera circolazione delle persone all'interno del territorio nazionale. All'indomani dell'adozione dei richiamati provvedimenti, non è mancata la voce di chi ne ha paventato la contrarietà a taluni princípi costituzionali, in quanto idonei a comprimere diritti inviolabili della persona umana. In argomento v. R. CALVO, *Covid, impossibilità sopravvenuta e forza maggiore: ambito e limiti,* in *Studium Iuris*, 5/2021, 569: «Conviene anzitutto ricordare […] che i più draconiani provvedimenti normativi mediante i quali il Governo italiano ha cercato di reagire, talvolta in modo disordinato e dilettantesco se non finanche rozzo, all'emergenza derivante dalla diffusione del *virus* denominato *"Covid-19"*, hanno sollevato delicate questioni di legalità costituzionale». Ed ancóra, tra gli altri, cfr. I.M. PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *www.questionegiustizia.it*. L'A., dopo aver evidenziato le criticità dell'impressionate «profluvio di fonti normative che ha inondato il nostro ordinamento in meno di due mesi», ha parlato, richiamando il pensiero di altri costituzionalisti, di «eclissi delle libertà costituzionali». Sulla scelta di intervenire con lo strumento del d.P.C.M., che incide sull'esercizio di diritti costituzionali, v., tra gli altri, in senso fortemente critico F.R. TRABUCCO, *Prime note al D.P.C.M. 8 marzo 2020: con l'emergenza Coronavirus la gerarchia delle fonti diventa un* optional, in *www.lexitalia.it*; G. PERLINGIERI, *Pandemia da coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi*, in *Foro nap*., 1/2021, 77: «Vale dubitare della conformità a Costituzione di scelte di limitazione di diritti fondamentali come libertà personale, di circolazione e di soggiorno, riunione, esercizio del culto e iniziativa economica, diritto del lavoro, diritti all'istruzione e alla cultura, di difesa, di voto – visti i rinvii di elezioni regionali e comunali, nonché del referendum costituzionale – compiute mediante la tecnica normativa del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o, a livello locale, delle ordinanze regionali e comunali, tutti atti di natura non legislativa, ma meramente amministrativa». Più in generale, si v. M. VOLPI, *Gli effetti del coronavirus e lo stato di emergenza*, in *www.libertaegiustizia.it*; L. CUOLCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *www.federalismi.it*.

rogano cercando di tratteggiare, per quanto possibile, il probabile scenario nel quale prenderà avvio il processo di rinascita del nostro Paese [3].

In questo clima di profonda incertezza [4], i giuristi sono chiamati ad affrontare le molteplici questioni innescate dalla pandemia [5] e, tra queste, l'incidenza del Covid-19 sui rapporti contrattuali in corso e la conseguente gestione dei potenziali conflitti derivanti da pretese contrattuali inadempiute [6].

A tal fine, appare preliminare individuare la giusta collocazione giuridica del fenomeno pandemico e, successivamente, indagare sulla possibilità di ricorrere a soluzioni che il diritto dei contratti e delle obbligazioni offrono in ipotesi di tal guisa.

L'obiettivo è, in ultima analisi, verificare se la singolarità dell'attuale momento storico traduca le tradizionali categorie giuridiche e gli apparati normativi in ingombranti «sovrastrutture non più adeguate alle peculiarità del presente» [7].

Da ultimo, la riflessione proseguirà analizzando la disposizione normativa – di portata generale e sistematica – di cui all'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, in tema di esonero della responsabilità del debitore, con la quale il legislatore dell'emergenza sembra suggerire all'interprete la rinnovata necessità del ricorso a rimedi che conducano, ove possibile, alla conservazione del vincolo contrattuale.

---

[3] Pur nella consapevolezza della necessaria temporaneità delle misure emergenziali adottate e da adottarsi, di certo la cessazione della fase dell'emergenza sanitaria non si tradurrà in un ritorno immediato alla situazione antecedente alla pandemia. La sensazione diffusa, infatti, è che alcune misure di contenimento continueranno ad essere operative, così stabilizzandosi nel tempo. In argomento cfr. C. PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?,* in *Pers. merc.,* 2020, 2, 78.

[4] Quella presente è «un'epoca segnata dalla paura e dall'incertezza. La capacità di creare stabili legami sociali è costantemente erosa in ogni sua forma di manifestazione. Alle strutture politiche e ai corpi intermedi è chiesta sempre maggiore propensione all'adattamento e alla rigenerazione; gli schemi culturali e tecnici perdono di centralità e significato; le più intime relazioni interpersonali si scontrano con la dimensione della più totalizzante precarietà»: così, Z. BAUMAN, *Le risposte ai demoni che ci perseguitano*, intervista di Davide Casati, in *Corriere della sera*, 27 luglio 2016. Ed ancóra, in merito allo stato d'animo che suscita la pandemia, si leggano le osservazioni di M. ZACCHEO, *Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi*, in *Pers. merc*., 1/2021, 52 ss., dove l'A., nel tentativo di dare risposta ad una delle domande più ricorrenti dell'era postmoderna e così sintetizzabile: «è controllabile il mondo che ci appare?», evidenzia che «la mancanza di controllo se, da un lato, nega il progetto di modernità, nato dal desiderio di un mondo senza sorprese, sicuro, senza paura, dall'altro lato, getta l'uomo in uno stato d'angoscia, di ansia, di incertezza».

[5] È indubbia, e pressoché scontata, la considerazione di come il *"*fatto*"* Covid-19 abbia avuto pesanti ripercussioni su diversi settori del nostro ordinamento che spaziano dal diritto del lavoro, al diritto di famiglia, al diritto dei contratti e delle obbligazioni. Per un complessivo quadro d'insieme a livello europeo, si veda ora E. HONDIUS, M. SANTOS SILVA, A. NICOLUSSI, P. SALVADOR CODERCH, C. WENDEHORST, F. ZOLL (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Cambridge-Antewerp-Chicago, 2021. Con specifico riferimento alle relazioni contrattuali, cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in R. FAVALE e L. RUGGIERI (a cura di*), Scritti in onore di Antonio Flamini*, Tomo I, Napoli, 2020, 201: «Alla diffusione pandemica del virus si è accompagnato il fiorire di una legislazione d'emergenza, che ha investito anche la disciplina dei rapporti civilistici»; AA.VV., *Emergenza Covid-19. Speciale n. 2. Uniti per l'Italia*, in *www.giustiziacivile.com*, 2/2020; C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia Covid-19*, in *www.ilquotidianogiuridico.it*: «La pandemia si è abbattuta come un maglio su un'infinità di relazioni contrattuali, sconvolgendone l'assetto e prospettando problemi di grande rilievo, resi ancóra più complessi dall'esigenza di considerare sia l'aspetto microeconomico, della singola relazione contrattuale, sia quello macroeconomico».

[6] Le misure emergenziali finalizzate al contenimento della pandemia, come ricordato, hanno inciso notevolmente «sullo svolgimento delle relazioni giuridiche, economiche e sociali. Per tanti aspetti, le prescrizioni restrittive hanno reso impossibile e, comunque, complicato enormemente in molti casi l'esecuzione dei contratti stipulati e l'adempimento delle prestazioni dovute»: così, C. PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*, cit., 77 ss.

[7] O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazioni ex art. 1218 cod. civ.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, in *Acutalidad Juridica Iberoamericana*, n. 12 *bis*, 2020, 354; C. CICERO, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, Napoli, 2020, XI: «La questione di fondo, a mio avviso, attiene al quesito se le categorie generali siano adeguate a regolamentare la *"*nuova*"* vita della persona in periodo pandemico».

2. – Quanto al primo profilo di indagine, la pandemia può agevolmente ricomprendersi nel novero delle c.d. sopravvenienze contrattuali [8] che comportano una modificazione – a volte radicale – dell'originario equilibrio economico-giuridico del contratto [9]. Tale mutamento della «situazione di fatto che rende più gravosa l'esecuzione di una prestazione, incide sull'obbligo di adempiere, estinguendolo o modificandolo» [10].

A fronte delle isolate disposizioni codicistiche che positivizzano la facoltà delle parti di intervenire sul negozio – rimodulandone le prestazioni a séguito di eventi sopravvenuti ed imprevedibili che ne alterino l'originario assetto [11]–, il fenomeno pandemia sembrerebbe doversi ricomprendere nei confini dettati dalle norme relative all'impossibilità sopravvenuta della prestazione (sia essa definitiva o temporanea) [12] ed alla

---

[8] Sul punto si cfr. V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in *www.giustiziainsieme.it*: «Il Covid-19 è la tipica *"*sopravvenienza*"* che da un lato giustifica l'inadempimento sollevando da responsabilità il debitore inadempiente, dall'altro può mettere in discussione il rapporto contrattuale: nella sua persistenza (prospettiva risolutoria) ma anche e soprattutto nei suoi contenuti (modifiche della prestazione dovuta)». Il lemma sopravvenienza, derivato dal verbo sopravvenire (venire sopra), designa il fatto che accade in modo inatteso e modificativo dell'originaria situazione giuridica. Da tale accadimento, nasce la necessità di *"*ritornare*"* sull'originario negozio, adeguandolo alla nuova realtà. È utile evidenziare che una sopravvenienza, per potersi considerare *"*rilevante*"*, non deve limitarsi ad apportare una semplice modifica «del quadro delle circostanze, rispetto al tempo della stipula del contratto», bensì deve «dirsi caratterizzata dalla ricorrenza di due requisiti, e quindi: *a)* incidere sul punto di equilibrio economico raggiunto dai contraenti in occasione della stipula del contratto; *b)* inoltre, acquistare un rilievo oggettivo, risultando la sua verificazione del tutto estranea dalla volontà delle parti»: così A. GENOVESE, *Riflessioni in tema di clausola* rebus sic stantibus, in *Nuovo dir. civ*., 1/2018, spec. 38. L'A. evidenzia altresì che il tema delle sopravvenienze risulta intimamente connesso con quello del rischio contrattuale. Il fatto sopravvenuto, però, non si pone rispetto al negozio in una posizione logica di necessità, tale per cui il primo determina necessariamente una modifica del secondo. Il fatto sopravvenuto ed il negozio si situano su piani diversi, preso atto che il primo può modificare il presente, ma non anche il passato. Ed allora, se si afferma che con la rinegoziazione le parti intendono adeguare il negozio alle circostanze sopravvenute, vuol dire che all'esito dell'atto del rinegoziare ci troviamo di fronte a due distinti negozi che si succedono, di cui il secondo modificativo del primo. In argomento cfr. M. ZACCHEO, *Risoluzione e revisione del contratto*, Milano, 2000, 125 ss.; ID., *Sopravvenienza*, in AA.VV., *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, a cura di S. MARTUCCELLI e V. PESCATORE, Milano, 2011, 1638 ss.

[9] L'impatto della pandemia sulla situazione economico-sociale e la sua precipua incidenza sulle relazioni giuridiche «hanno sollecitato nella nostra civilistica un dibattito già ricchissimo e che proprio sul piano delle sopravvenienze contrattuali ha trovato uno degli àmbiti di riflessione più fertili»: così, C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sospravvenienze*, cit.

[10] Così testualmente A. GENOVESE, *Riflessioni in tema di clausola* rebus sic stantibus, cit., 37 ss.

[11] L'ipotesi più rappresentativa della volontà del legislatore di prevedere l'obbligo di rinegoziazione a carico delle parti è riscontrabile nella norma di cui all'art. 1664 cod. civ. Come noto, tale disposizione contempla la facoltà delle parti di poter richiedere la revisione del prezzo dell'appalto originariamente convenuto qualora, per effetto di circostanze imprevedibili, si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera. Tra le altre ipotesi nelle quali è concesso un intervento sul contenuto del contratto, possiamo ricordare: la riduzione ad equità della clausola penale (art. 1384 cod. civ.); la riduzione della prestazione, ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, nell'ipotesi di contratti con prestazioni a carico di una sola parte (art. 1468 cod. civ.); l'aumento o la diminuzione del prezzo del fitto (art. 1623 cod. civ.); l'offerta di modificare equamente le condizioni del contratto a séguito della richiesta di risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione (art. 1467 cod. civ.); l'offerta di modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità a séguito della domanda di rescissione (art. 1450 cod. civ.). In argomento, cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, *passim*; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, *passim*; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Torino, 2016, *passim*. Per gli Autori da ultimo citati, l'equità impone ai contraenti di riscrivere il contratto adeguandolo alle circostanze sopravvenute. Nello specifico, il ricorso all'art. 1374 cod. civ. consentirebbe di reputare sottointesa, nei contratti di durata, una clausola di rinegoziazione finalizzata alla sostituzione del dato obsoleto e non più funzionale.

[12] Si noti che, in molti casi, il rispetto delle misure di contenimento ha comportato un'impossibilità soltanto temporanea, e non anche definitiva, dell'esecuzione delle prestazioni. Sul punto si confronti M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in AA.VV., *Emergenza Covid-19. Speciale n. 2. Uniti per l'Italia*, cit., 246: «Se ben si riflette, allora, la impossibilità non è indotta dal fatto-pandemia, ma dai provvedimenti normativi, via via emessi dal Governo e dal Presidente del Consiglio dei Ministri. È a seguito di questi provvedimenti, certamente fondati sulla pandemia, che molte obbligazioni sono divenute impossibili. Senza ricorrere alla casistica, è evidente che per effetto di quei provvedimenti, del *factum principis*, molte prestazioni siano divenute temporaneamente impossibili». In tali ipotesi, il debitore non è liberato dall'adempimento, non essendosi estinto il rapporto obbligatorio, sempre che l'impossibilità temporanea non abbia fatto venire meno

eccessiva onerosità, del pari sopravvenuta, nelle ipotesi nelle quali la prestazione, seppur ancóra eseguibile, sia divenuta particolarmente gravosa per il debitore [13].

A ben vedere, il ricorso ai richiamati istituti non pare offrire soluzioni adeguate rispetto agli interessi concreti delle parti, né del tutto appaganti [14]. La disciplina dell'impossibilità sopravvenuta e, con essa, quella

---

l'interesse del creditore a ricevere la prestazione, ovvero l'obbligo del debitore ad eseguirla. In argomento si v. N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in *www.rivista.dirittobancario.it*, 4, 2020, 655: «Tendenzialmente, dato che le misure interdittive erano limitate nel tempo, si tratta di forme di impossibilità temporanea che, ai sensi dell'art. 1256, cpv., cod. civ., non producono estinzione dell'obbligazione ma soltanto quiescenza del rapporto con esonero, per il debitore, da responsabilità per il ritardo». Non può, di poi, non rilevarsi il diverso impatto dell'istituto dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione sui contratti ad esecuzione istantanea e su quelli di durata. Ed infatti, laddove il rapporto obbligatorio presenti natura istantanea o, al limite, a tratto successivo, la sopravvenienza assume la fisionomia di un'impossibilità temporanea con conseguente effetto sospensivo della prestazione inattuabile e della relativa controprestazione. Diversamente, nelle obbligazioni di durata, la stessa «produce un effetto duplice. Sul piano del rapporto obbligatorio, tale effetto legale determina l'impossibilità definitiva non imputabile al debitore con riguardo alle prestazioni che avrebbero dovuto essere eseguite nelle unità di tempo durante le quali hanno operato le misure di contenimento del virus idonee a impedire la prestazione; mentre, sul piano del contratto, esso attua un'impossibilità parziale *ex* art. 1464 cod. civ. in quanto la causa dell'impossibilità ha carattere transitorio e non rischia di travolgere la parte residua del contratto di durata»: così F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 4/2020, 485 ss. e spec. 493. Si evidenzia che, nel profluvio normativo innescato dalla pandemia, fanno difetto disposizioni che assumano ad oggetto non tanto l'impossibilità *"*tecnica*"* di adempiere, bensì quella strettamente *"*finanziaria*"*. Ne consegue che il concetto di impossibilità della prestazione non ricomprende la c.d. *"*impotenza finanziaria*"* (seppur determinata da fatti imprevisti e imprevedibili), tale per cui il principio non scalfito rimane quello che nega all'impotenza in questione, sebbene incolpevole, una *vis* liberatoria del debitore dall'obbligazione pecuniaria. In argomento, tra gli altri, cfr. A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in C. CICERO (a cura di), *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, cit., 1 ss. e spec. 11: «In Italia, tuttavia, mancano disposizioni aventi ad oggetto non già l'impossibilità tecnica di adempiere, bensì quella finanziaria: è possibile, infatti, che il calo o l'azzeramento dei consumi, soprattutto per chi esercita un'attività economica o commerciale, determini ripercussioni sulla liquidità disponibile (e, conseguentemente, sulla regolare esecuzione delle obbligazioni pecuniarie). Per chi si trova in queste condizioni, il mancato o tardivo pagamento riamane, allo stato, ingiustificato e imputabile». Ipotesi diversa è quella nella quale la prestazione sia in concreto ancóra eseguibile – poiché non vietata dai provvedimenti restrittivi – ma la controparte non ha più interesse a riceverla, a causa delle conseguenze negative generate sul mercato dalle misure di contenimento. Sul punto, la giurisprudenza suole far riferimento alla nozione di «impossibilità sopravvenuta di ricevere la prestazione», qualificata quale ipotesi di risoluzione del contratto. Si v. le note pronunce del Supremo Consesso: Cass. civ., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Obbl. contr*., 2008, 13 ss.; Cass. civ., 10 luglio 2018, n. 18047, in *Guida al dir*., 2018, 32 e in *Diritto e processo*, 2018, 320, con nota di S.P. CERRI, *Irrealizzabilità del contratto di pacchetto turistico e causa in concreto*, laddove si legge che «non soltanto la totale impossibilità della prestazione integra una fattispecie automatica di estinzione dell'obbligazione e risoluzione del contratto che ne costituisce la fonte, ma che gli stessi effetti conseguono, altresì, all'impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore». Da ultimo, ci si potrebbe interrogare sul se il fenomeno Covid-19 configuri non già un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta, bensì di inesigibilità della prestazione. In argomento, si sono evidenziati in dottrina i profili differenziatori delle due categorie, ancorando il richiamo alla inesigibilità a quelle sopravvenienze contrattuali capaci di alterare la sfera esistenziale del debitore e non soltanto quella patrimoniale: cfr. O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazioni ex art. 1218 cod. civ.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?,* cit., 352 ss. Più diffusamente, ID., *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, *passim*.

[13] Con riguardo alla disciplina di cui all'art. 1467 cod. civ., pur essendo indubbio che il fatto-pandemia rappresenti un evento straordinario e imprevedibile e che, in molti casi, lo stesso abbia prodotto un forte squilibrio del sinallagma contrattuale che potrebbe legittimare la richiesta di risoluzione del contratto *ex* art. 1467 cod. civ., è pur vero che «tra la domanda di risoluzione proposta da chi subisce gli effetti della eccessiva onerosità e la sentenza di risoluzione correrebbe un periodo non inferiore a due-tre anni; ciò che renderebbe il rimedio del tutto inefficace rispetto all'esigenza immediata di chi la richiede»: cfr. M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali*, cit., spec. 250.

[14] F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, in *www.giustiziacivile.com*, 4: «la sensazione diffusa è che queste discipline non offrano sufficienti anticorpi, ossia gli strumenti giuridici idonei per gestire le difficili vicende che potrebbero presentarsi alle corti». In via adesiva, cfr. C. PILIA, *Le tutele dei diritti*, cit.: «l'applicazione delle richiamate disposizioni, in realtà, si è già dimostrata ampiamente deficitaria rispetto alle passate esigenze di gestione delle sopravvenienze contrattuali e, di certo, non riuscirebbe a soddisfare il rinnovato e massivo fabbisogno di tutela dei contraenti rispetto alla vicenda straordinaria della crisi pandemica del Covid-19». Ed ancora A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti:*

dell'eccessiva onerosità conducono alla risoluzione del vincolo contrattuale, laddove, invece, preferibili risulterebbero strumenti volti alla conservazione del contratto, ancorché modificato [15].

Il disagio ermeneutico che origina dall'art. 1467 cod. civ. fu avvertito sin dagli anni Novanta, periodo nel quale la dottrina iniziava ad interrogarsi sulla possibilità di configurare un obbligo legale di rinegoziazione quale rimedio a fronte di eventi perturbatori del rapporto contrattuale [16].

Si faceva, così, strada l'idea che i rapporti contrattuali di durata, esigessero «strumenti flessibili e rispondenti ad una avvertita esigenza di stabilità nel tempo, delle relazioni economiche; una certezza che lo scioglimento del vincolo, vanificando le attese e i calcoli dei contraenti, non è in grado di garantire» [17].

In soluzione di continuità con i richiamati approdi dottrinali, lo studio del tema delle sopravvenienze contrattuali, nelle riflessioni più recenti della dottrina, ha evidenziato l'opportunità del ricorso ai rimedi c.d. manutentivi del contratto nella convinzione, pienamente condivisibile, «che la conservazione del contratto, nel moderno diritto dei traffici e degli scambi, rappresenti il più delle volte una soluzione di gran lunga più vantaggiosa rispetto alla sua caducazione» [18].

I rimedi di portata manutentiva divengono, in special modo nell'attuale congiuntura storica, particolarmente apprezzabili in quanto idonei ad assicurare ai contraenti l'utilità derivante dall'attuazione del rapporto, a fronte di una totale caducazione dell'operazione economica da questi posta in essere [19].

La richiamata prospettiva, alla luce della situazione emergenziale in atto, induce l'interprete a riflettere nuovamente sul ruolo e la portata della rinegoziazione, nonché sull'opportunità di codificarne la disciplina [20].

---

spunti per un dibattito, in *www.dirittobancario.it*: «di fronte a questo indiscutibile stato di eccezione, il tradizionale armamentario dei rimedi contrattuali è indubbiamente spuntato. È vero che il diritto delle obbligazioni e dei contratti non è indifferente agli accadimenti sopravvenuti che possono più o meno incidere sull'equilibrio contrattuale. Ma si tratta di una sensibilità grezza, volta più a rompere il vincolo che ad adeguarlo».

[15] È stato acutamente osservato che l'unico rimedio codicistico per far fronte alle sopravvenienze contrattuali sia quello dello scioglimento del contratto. Ma «la logica del codice è insufficiente, nel momento in cui emerge che in tante occasioni il rimedio appropriato per gestire i disturbi del rapporto non è la sua cancellazione ma piuttosto la sua manutenzione con aggiustamenti»: così V. ROPPO e R. NATOLI, *Contratto e Covid-19*, cit., 8.

[16] Tra i primi lavori monografici sul tema si segnalano P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; M. ZACCHEO, *Risoluzione e revisione del contratto*, Milano, 2000; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit.

[17] Così F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *www.juscivile.it*, 2019, 4, 397 ss., spec. 398.

[18] Cfr. E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1/2013, 55 ss. e spec. 76.

[19] In argomento, tra gli altri, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze*, cit., laddove l'A. sottolinea la necessità di «muoversi in via prioritaria, a fronte dello sconvolgimento delle relazioni contrattuali, lungo le direttrici della rinegoziazione e del mantenimento del contratto».

[20] Nel senso della necessità di affidare al legislatore il compito di dettare una normativa in tema di sopravvenienze contrattuali, idonea ad arginare e risolvere le ricadute dell'emergenza legate alla pandemia, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19. Quale ruolo per il civilista?*, in *www.giustiziacivile.com*. A parere dell'A., l'intervento del legislatore diviene la chiave di volta per fronteggiare, in maniera efficiente, le conseguenze collegabili alle sopravvenienze contrattuali. A ben vedere, il tema dell'atto del rinegoziare ha impegnato per lungo tempo la dottrina nel tentativo di definirne con precisione i confini. Più nello specifico, l'attenzione è stata rivolta a tutte quelle ipotesi di assenza, nel regolamento contrattuale, dell'espressa previsione di una clausola di rinegoziazione. L'ipotesi richiamata ha sollevato più di qualche interrogativo. *In primis*, può immaginarsi un obbligo legale di rinegoziare? Se sí, come si atteggia il rapporto tra tale obbligo e la disciplina generale delle sopravvenienze recata dall'art. 1467 cod. civ.? Da ultimo, a quali rimedi si può far ricorso in caso di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare? Con riferimento al primo quesito, si evidenzia che la dottrina si è attestata su posizioni divergenti. A fronte di chi ha negato *in radice* l'ammissibilità dell'obbligo stante l'assenza di una sua fonte, altri hanno riconosciuto un generale e diffuso obbligo legale di rinegoziazione la cui fonte sarebbe rintracciabile negli artt. 1366, 1374 e 1375 cod. civ. Per quanto concerne il rapporto tra l'obbligo legale a rinegoziare e la norma di cui all'art. 1467 cod. civ., si è osservato che l'art. 1375 cod. civ., da considerarsi quale fonte del richiamato obbligo, sarebbe una norma imperativa ed inderogabile, laddove l'art. 1467 cod. civ. è da considerarsi dispositivo e quindi derogabile. Ne deriverebbe che il rimedio della rinegoziazione, in quanto espressione di una norma imperativa, è destinato a prevalere su quello risolutorio. Da ultimo, ci si è interrogati

3. – Il legislatore dell'emergenza, al fine di disciplinare le importanti conseguenze della pandemia sul diritto delle obbligazioni e dei contratti, ha introdotto una disciplina di *favor* per il debitore inadempiente, qualora la mancata o inesatta esecuzione della prestazione consegua al rispetto delle misure di contenimento.

Il riferimento, come noto, è all'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto cura Italia), il quale ha inserito all'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, il comma 6-*bis*, a norma del quale «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 cod. civ., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

La disposizione normativa richiamata ha suscitato, *ab origine*, più di una perplessità in ordine alla sua reale portata ed ai possibili elementi di novità rispetto alla disciplina degli artt. 1218 cod. civ. (responsabilità del debitore), 1463 cod. civ. (impossibilità sopravvenuta della prestazione) e 1467 cod. civ. (eccessiva onerosità sopravvenuta) [21].

La primissima osservazione che merita di essere evidenziata riguarda il rinvio ad un più generico rispetto delle misure di contenimento ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore. A tale riguardo, in assenza di una compiuta definizione di «misure di contenimento» [22], all'interprete non resta che attenersi alla loro elencazione – seppur non esaustiva – di cui all'art. 1, comma 2, d.l. n. 6/2020 [23] per rendersi conto im-

---

sulle conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare. Sul punto, la dottrina pressoché unanime ritiene che la parte diligente ha a disposizione innanzitutto i rimedi tipici della risoluzione per inadempimento e del risarcimento del danno. Sembrerebbe, altresì, possibile sollevare l'eccezione di inadempimento. Ben più controversa appare la possibilità di ricorrere all'art. 2932 cod. civ., stante l'assenza di una espressa previsione in tal senso. Sul punto, tra gli altri, cfr. M. ZACCHEO, *Risoluzione e revisione del contratto*, cit., *passim*; F. MACARIO, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2, Milano, 2008, 1054 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto,* in *Contr. impr.*, 2003, 710 ss.

[21] È stato osservato che la norma di cui all'art. 91 o «è assai banale o potenzialmente lesiva». Il richiamo all'art. 1218 cod. civ. sarebbe banale in quanto ribadisce quanto già previsto dall'art. 1256, comma 2, cod. civ. nel senso che finché perdura l'impossibilità temporanea, il debitore non è responsabile del ritardo nell'inadempimento. Diversamente, il richiamo all'art. 1223 cod. civ. risulta pontenzialmente sovversivo in quanto «la disattivazione del dispositivo dell'art. 1218 cod. civ. porta con sé anche la disattivazione della conseguente responsabilità per l'ovvia ragione che se non c'è responsabilità, non può esserci danno: pertanto, un'interpretazione che potrebbe dare senso alla norma, altrimenti di dubbia utilità, è di estendere il richiamo all'art. 1223 alla responsabilità da fatto illecito». La suggerita interpretazione, però, impedirebbe al danneggiato di ottenere il risarcimento del danno quale conseguenza immediata e diretta della condotta del danneggiante: così, V. ROPPO e N. NATOLI, *Contratto e Covid-19*, cit., 7. Ed ancóra A. FACHECHI, *Stato di emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2020, 1110: «Nella sua apparente chiarezza, la disposizione apre a dubbi interpretativi sui concreti margini di attuazione, anche considerata l'estrema varietà della casistica possibile».

[22] In argomento, cfr. M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni*, cit., spec. 248, dove l'A., in mancanza di puntuali esplicitazioni della nozione di «misure di contenimento», ritiene che la richiamata proposizione possa essere interpretata nel senso del «mezzo, provvedimento che consente di ridurre o frenare del tutto un certo fenomeno, individuato nel diffondersi del Corona Virus».

[23] L'art. 1, comma 2, del d.l. 6/2020 testualmente recita: «Tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti: *a)* divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; *b)* divieto di accesso al comune o all'area interessata; *c)* sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico; *d)* sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza; *e)* sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi; *f)* sospensione dei viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione, sia sul territorio nazionale sia all'estero, trovando applicazione la disposizione di cui all'articolo 41, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79; *g)* sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale; *h)* applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva; *i)* previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da

mediatamente di come soltanto alcune di esse possano, in vero, rendere incolpevole l'inadempimento del debitore [24].

Di là dal rilievo richiamato, il quale avrebbe suggerito una maggiore attenzione nella redazione della norma, pare invero più opportuno soffermarsi sul richiamo espresso all'art. 1218 cod. civ.

In specie, il comma 6-*bis* intende regolare una causa emergenziale di giustificazione destinata a cessare con la fine dell'emergenza [25]? Se così fosse, la norma richiamata sarebbe da ritenersi eccezionale rispetto alla fattispecie descritta dall'art. 1218 cod. civ. [26]? Oppure, diversamente, il comma 6-*bis* avrebbe semplicemente una funzione rafforzativa della disposizione di cui all'art. 1218 cod. civ. [27]?

È di tutta evidenza che il comma 6-*bis* ricalca la struttura della disposizione dell'art. 1218 cod. civ. con la differenza che, mentre nella norma da ultimo richiamata l'assenza di responsabilità del debitore è conseguenza della prova dell'impossibilità sopravvenuta e non imputabile della prestazione, nella prima l'incolpevolezza dell'inadempimento è ricollegata al rispetto delle misure di contenimento [28].

Ne deriva che l'adempimento della prestazione, seppur astrattamente ancóra possibile, diviene oggettivamente impossibile a causa del rispetto delle misure di contenimento. Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, ai contratti di locazione di immobili ad uso commerciale finalizzati allo svolgimento di attività econo-

---

zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'Azienda Sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva; *j)* chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità; *k)* chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali di cui agli articoli 1 e 2 della legge 12 giugno 1990, n. 146, specificamente individuati; *l)* previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o all'adozione di particolari misure di cautela individuate dall'autorità competente; *m)* limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestre, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3; *n)* sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare; *o)* sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dall'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3.

[24] Non è necessaria una particolare intelligenza interpretativa per comprendere che soltanto alcune delle misure contemplate dalla norma possono essere invocate quale causa di inadempimento incolpevole. A titolo puramente esemplificativo, l'ipotesi contemplata sotto la lettera *j)* (chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità) rientra sicuramente tra quelle invocabili ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore. Diversamente quella di cui alla lettera *i)*, che impone semplicemente l'obbligo di comunicazione di ingresso nel territorio nazionale.

[25] Così A.M. Benedetti, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *www.giustiziacivile.com*, ed ora anche in C. Cicero (a cura di), *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, cit., 2, dove l'A., sul presupposto che l'inadempimento del debitore non darebbe luogo a quegli effetti che tipicamente ne conseguono in una situazione fisiologica, giunge alla conclusione che il legislatore abbia voluto «regolare una causa emergenziale di giustificazione».

[26] Sulla ritenuta eccezionalità del comma 6-*bis* rispetto all'art. 1218 cod. civ., cfr. M. Zaccheo, *Brevi riflessioni*, cit., 248 ss.: «Come è evidente, la fattispecie è la stessa di quella descritta dall'art. 1218 cod. civ.; il fatto ulteriore, che rende la norma eccezionale, è il rispetto delle misure di contenimento; cosicché l'effetto sarà opposto a quello previsto dall'art. 1218 cod. civ.: cioè l'assenza di responsabilità del debitore nonostante la mancanza di prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione da parte di quest'ultimo».

[27] Sul punto, v. V. Ruggiero, *La pandemia e la sorte dei canoni di locazione commerciale*, in *www.ilcaso.it*, spec. 8 ss. L'A. ritiene che il rispetto delle misure di contenimento attenui l'onere della prova posto a carico del debitore con riferimento alla circostanza che giustifica l'inadempimento a lui non imputabile.

[28] In altre parole, il legislatore dell'emergenza ha tipizzato il *factum principis* quale causa che giustifica l'esonero di responsabilità del debitore tutte le volte nelle quali questi non abbia potuto adempiere alla prestazione dedotta in contratto a causa degli obblighi imposti dai provvedimenti emergenziali.

miche vietate dalla normativa emergenziale, ovvero ai titoli di viaggio acquistati per spostamenti non autorizzati perché non ritenuti strettamente necessari. Orbene, negli esempi riportati, le prescrizioni anti Covid non hanno inciso *stricto sensu* sulla possibilità di eseguire la prestazione, bensì ne hanno comportato in un caso l'impossibilità di usufruirne e, nell'altro, l'assenza di utilità.

Ed allora, nel tentativo di dare risposta ai quesiti sopra richiamati, si potrebbe argomentare che il comma 6-*bis* abbia introdotto, in via del tutto temporanea ed eccezionale, un nuovo criterio di esenzione da responsabilità per l'inadempimento della prestazione onerando, al contempo, il debitore "infedele" di dar prova dell'osservanza della misura di contenimento dalla quale deriva, con una sorta di effetto a catena, l'impossibilità della prestazione dedotta in contratto. In altri termini, il «rispetto della misura di contenimento» diviene «parametro di valutazione della imputabilità o meno dell'inadempimento» [29].

La valutazione in ordine alla incolpevolezza dell'inadempimento, di necessità, dovrà essere operata con riferimento al caso concreto e non in via astratta ed *a priori*: imprescindibile risulterà sempre l'accertamento del rispetto delle prescrizioni emergenziali da parte del debitore che hanno determinato, in capo a questi, un'oggettiva impossibilità di adempiere [30].

A questo si aggiunga che, in ogni caso, non sembrerebbe sufficiente la sola presenza di un evento sopravvenuto e non imputabile al debitore al fine di considerare l'inadempimento, fonte di responsabilità, quale ipotesi legittima e giustificata di "non inadempimento". La possibilità ovvero l'impossibilità della prestazione «dipendono non (soltanto) dalla valutazione dell'evento potenzialmente impeditivo, ma dalla "disciplina del fenomeno", *rectius* "dall'esame delle singole ipotesi, delle diverse situazioni in cui rileva, sia pure con diversa intensità ed efficacia, l'impossibilità", tenuto conto ora degli interessi del debitore, ora di quelli del creditore, ora di interessi indisponibili e superindividuali che trascendono da quelli dei singoli soggetti coinvolti nel rapporto obbligatorio» [31].

In buona sostanza, il giudice chiamato a pronunciarsi in merito all'inadempimento del debitore, sulla scorta di quanto suggerito dal comma 6-*bis*, ai fini dell'esclusione della sua responsabilità dovrà valutare, caso per caso, se il rispetto delle misure di contenimento abbia comportato l'impossibilità sopravvenuta ed a lui non imputabile della prestazione.

Non può sfuggire all'attenzione dell'interprete anche l'espressa menzione nel comma 6-*bis* dell'art. 1223 cod. civ. in tema di risarcimento del danno.

Interessante la posizione di chi ha ritenuto che l'inclusione nella norma emergenziale dell'art. 1223 cod. civ. concorra ad attribuire al giudice un potere equitativo che gli consente di valutare non il risarcimento del danno in sé, bensì «il contenuto del rapporto contrattuale nell'ipotesi in cui la prestazione non sia divenuta impossibile, ma per il rispetto delle misure di contenimento sia divenuta particolarmente onerosa» [32].

Il tentativo ricostruttivo testé delineato, tuttavia, potrebbe prestare il fianco all'obiezione che alla disposi-

---

[29] Così G. VERTUCCI, *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del coronavirus: prime riflessioni*, in *www.ilcaso.it*, spec. 3. Con specifico riferimento al senso da attribuire alla rubrica di cui al comma 6-bis è stato acutamente osservato che con esso il legislatore ha inteso «disciplinare in modo speciale gli inadempimenti durante l'emergenza, e, cioè, quelle mancate attuazioni del contratto dovute non già a dolo o colpa del debitore, ma alla necessità (imposta per atto di autorità) di osservare una misura di contenimento che impedisce al debitore di eseguire la prestazione, in modo conforme al programma negoziale»: così A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, cit., 2.

[30] In altre parole, il giudice sarà chiamato a «valutare, secondo le circostanze, se la misura di contenimento sia stata o no causa esclusiva dell'inadempimento; perché se non lo è stata, la responsabilità del debitore segue le regole ordinarie»: cfr. A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, 214.

[31] Così testualmente A. FACHECHI, *Stato di emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio*, cit., 1125.

[32] Così M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni*, cit. 249.

zione di cui all'art. 1223 cod. civ. sarebbe estranea una precipua funzione integrativa e, tanto meno, modificativa del contenuto contrattuale così come divisato dai paciscenti [33].

Differente prospettiva quella che rintraccia nell'art. 1223 cod. civ. una modalità di quantificazione del danno ispirata a criteri di flessibilità e di aderenza alle peculiarità del caso concreto. In altre parole, qualora il giudice non dovesse ritenere che l'invocata osservanza delle misure di contenimento abbia escluso totalmente la responsabilità del debitore, ben potrà ricorrere all'art 1223 cod. civ. per quantificare il *quantum* del risarcimento in maniera ridotta, ovvero, laddove ne ravvisasse i presupposti, escludendone *in toto* il pagamento [34].

Da ultimo, si è altresì evidenziato che il richiamo all'art. 1223 cod. civ. offra la possibilità di determinare, in senso contenitivo, il risarcimento del danno quale conseguenza di inadempimenti precedenti all'entrata in vigore della normativa emergenziale.

Si è osservato, infatti, che in un numero considerevole di casi «le limitazioni e le preclusioni imposte dalle norme emergenziali sono piombate su inadempimenti già in essere, impedendo al debitore di correggere il proprio iniziale inadempimento o di procedere all'adempimento sanante» [35].

Ed allora, il comma 6 *bis* sembrerebbe consentire, in sede di determinazione e liquidazione del danno, di tenere nella giusta considerazione anche gli inadempimenti occorsi precedentemente alla sua entrata in vigore «scomputando dai pregiudizi, per lo meno in parte, l'entità dell'aggravamento prodottosi durante il periodo di tempo scandito dalla sospensione o dalle limitazioni delle attività economiche» [36].

A fronte dei molteplici profili critici dovuti alla formulazione laconica e non sempre del tutto intellegibile del comma 6-*bis*, un dato pare certo: la norma nulla dice in merito alla liberazione del debitore e, quindi, all'estinzione del rapporto.

Tale scelta, non di poco momento, ed in linea con i più recenti sviluppi in tema di sopravvenienze, sembrerebbe lasciare intendere che il legislatore abbia preferito, ove possibile, la conservazione del rapporto contrattuale a fronte di una sua caducazione [37].

Ed è qui che si coglie, a parere di chi scrive, la reale portata innovativa del comma 6-*bis* rispetto sia alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, sia a quella dell'eccessiva onerosità.

---

[33] L'obiezione è mossa da C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze*, cit., nota 20, il quale ritiene che «il tentativo ricostruttivo così operato appare, tuttavia, caratterizzato da una torsione troppo marcata del significato suscettibile di essere attribuito al richiamo all'art. 1223 cod. civ.».

[34] Sul punto, v. A.M. BENEDETTI, *Il "rapporto" obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in AA.VV., *Emergenza Covid-19. Speciale n. 2. Uniti per l'Italia*, 143 ss. e spec. 147: «Sembra preferibile, piuttosto, un'interpretazione che valorizzi l'espressa menzione anche dell'art. 1223 cod. civ. Al giudice (alla cui valutazione il comma 6-*bis* espressamente fa riferimento) è consentita una scelta così articolata: o ritiene che il rispetto delle misure escluda *in radice* la responsabilità del debitore o valuta che esso, pur non escludendo *in radice* la responsabilità del debitore, possa incidere sul *quantum* dei danni da risarcire al creditore, nel senso di escluderne dal risarcimento una parte più o meno significativa; in questo caso il comma 6-*bis* funziona come una causa di riduzione del danno, similmente, anche se ovviamente con presupposti del tutto differenti e con un'applicazione limitata al periodo emergenziale, a quella di cui all'art. 1227 cod. civ.». *Contra* V. ROPPO e R. NATOLI, *Contratto e Covid-19,* cit.: «il richiamo all'art. 1223 cod. civ. si presenta oscuro e difficilmente decifrabile. La norma riguarda il nesso di causalità *"*giuridica*"* (fra danno-evento e danno-conseguenza) ai fini della determinazione del risarcimento dovuto e della necessaria selezione fra danni risarcibili e non risarcibili. Cosa significa che il *lockdown* deve essere valutato al fine di escludere la risarcibilità del danno? L'unica risposta sensata sembra essere: che il *lockdown* interrompe il nesso di causalità giuridica, rendendo irrisarcibili i danni che il creditore (o in genere il danneggiato) avrebbe ugualmente subito per effetto dell'inadempimento (o dell'illecito extracontrattuale) anche in assenza di *lockdown*. Ma se è così, il richiamo appare di nuovo superfluo memento di una chiara regola già esistente».

[35] In argomento cfr. F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, cit., 507.

[36] *Ibidem*.

[37] Come osservato anche da A. FACHECHI, *Stato di emergenza*, cit., 1110, «la previsione esprime favore per misure di conservazione del vincolo, con congelamento di diritti e doveri reciproci, almeno di quelli resi eccessivamente gravosi o del tutto impossibili dalle misure d'emergenza».

Il preminente profilo della responsabilità del debitore, sganciato da un meccanismo automatico di estinzione del rapporto, concede la possibilità all'interprete di valutare, in relazione ad ogni singolo caso concreto, il più efficace strumento rimediale che, evidentemente, non sempre si sostanzia nella caducazione del rapporto.

E tanto specialmente con riguardo al tipo di impossibilità di cui si discute (rispetto delle misure di contenimento) che, in via generale, si colora di un profilo di temporaneità e non di assolutezza.

Nell'acquisita consapevolezza che la ricerca della regola da applicare anche alla fase patologica del rapporto comporta, per il giurista, la necessità di valorizzare le singole peculiarità del caso concreto, la scelta del rimedio più adeguato non può che condurre a soluzioni diversificate in ragione delle aspettative e delle concrete esigenze delle parti [38].

4. – Le osservazioni sin qui svolte condurrebbero alla conclusione che il fenomeno pandemia suggerisca all'interprete che i tempi sono oramai maturi per una revisione di talune categorie ordinanti del diritto contrattuale, prima fra tutte quella racchiusa nella formula *pacta sunt servanda* [39]. L'evocato dibattito sull'obbligo di rinegoziazione diviene «spia della necessità, se non del superamento del richiamato principio, quanto meno di un suo contemperamento con altri non meno rilevanti, come quello *rebus sic stantibus*» [40]. Ne de-

[38] Autorevole dottrina insegna da anni che «il giurista è invitato a calare qualsiasi problema concreto nel sistema, individuando la pluralità degli interessi e dei valori che esso realmente coinvolge e offrendo decisioni adeguate ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico». Così P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, 291.

[39] Come noto, il principio racchiuso nella formula *pacta sunt servanda* sancisce la regola della forza vincolante del contratto compendiata nella norma di cui all'art. 1372 cod. civ. Tale regola sembrerebbe impedire alle parti di *"*tornare*"* al contratto innanzi al sopraggiungere di mutate circostanze rispetto al tempo del perfezionamento dell'accordo. Nel tentativo di meglio comprendere la reale portata della norma richiamata, la dottrina ha in più occasioni evidenziato che «l'intangibilità del contratto non è, puramente e semplicemente, intangibilità dell'accordo raggiunto, ma è l'intangibilità di un accordo idoneo ad assolvere la funzione cui il contratto è destinato»: così F. GALGANO e G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, 7. Ed ancóra, in argomento, v. V. VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, Napoli, 2012, spec. 58 ss.; ID., *Il mutuo dissenso di contratto a effetti reali (con particolare riferimento alla donazione)*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2012, 830 ss.

[40] Così V. ROPPO e R. NATOLI, *Contratto e Covid-19*, cit., 9. Al tale riguardo, l'A. ritiene che sarebbe auspicabile l'accelerazione dell'approvazione del d.d.l. n. 1151/2019. Come noto, il d.d.l. 1151, presentato in data 19 marzo 2019 ed attualmente in corso di esame presso la Commissione permanente giustizia, all'art. 1, lett. *i)*, prevede «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti». Con riferimento alla richiamata proposta si registra, in una parte della dottrina, il dubbio in merito alla sua affidabilità in punto di concretezza applicativa, attesa l'incertezza dei rimedi esperibili in caso di illegittimo rifiuto di una parte a rinegoziare. Sul punto v. A. VENTURELLI, *Note critiche sulla rinegoziazione «obbligatoria»*, in Liber Amicorum *per Paolo Pollice*, II, Torino, 2020, 1069 ss. e spec. 1070: «La funzione integrativa della regola di buona fede, infatti, non può spingersi fino al punto di ridefinire gli stessi contenuti della determinazione contrattuale correggendoli attraverso una valutazione discrezionale – e in buona misura arbitraria – di un soggetto terzo – quale il giudice – che dovrebbe essere, piuttosto, chiamato a verificare la conformità della pattuizione alla regola stessa, interpretandola nel rispetto di quest'ultima ed eventualmente pervenendo alla dichiarazione della sua invalidità ove essa risulta contraria alle norme imperative o ai valori fondanti il sistema e connotanti le clausole generali». Ancóra, in argomento, tra gli altri, cfr. G. PERLINGIERI, *Pandemia da Coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi*, cit., 87 e 88. Si evidenzia che, di recente, l'associazione Civilisti Italiani, ha auspicato – riprendendo, per certi versi, un punto contenuto nel d.d.l. 1151 – l'adozione di un decreto delegato, che «inserisca dopo l'art. 1468 cod. civ. un nuovo articolo, il 1468-*bis*, che consenta alla parte pregiudicata di chiedere la rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali», dove si legge: «1. Nei contratti di cui al 1° comma la parte la cui prestazione sia divenuta significativamente più onerosa per eventi straordinari e imprevedibili che non rientrino nell'alea normale del contratto, ove abbia interesse alla conservazione del rapporto, può domandare all'altra parte, in alternativa alla risoluzione, di rinegoziare le condizioni contrattuali, al fine di ripristinare la proporzione fra le prestazioni originariamente

riva che il regolamento contrattuale sembra dover essere rigidamente rispettato nella sua formulazione primigenia soltanto laddove ne rimangano inalterati i presupposti e le condizioni tenuti in considerazione dalle parti al momento della sua stipula. Diversamente, «ogni qual volta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giridico-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» [41].

A ben vedere, la invocata necessità di positivizzare un più generico obbligo di rinegoziazione [42] non sembra, a chi scrive, l'unica possibilità di far fronte alle sopravvenienze contrattuali. *In primis*, se è vero che nel nostro ordinamento non è rintracciabile una regola generale che legittimi la rinegoziazione, è pur vero che la stessa non viene esplicitamente vietata.

Di poi, sembra potersi agevolmente affermare che già nell'attuale sistema del diritto dei contratti, la parte che ha subìto un'evidente alterazione del sinallagma contrattuale a causa dell'emergenza in atto, ben possa chiedere all'altra una revisione, seppur temporanea, del regolamento di interessi confidando sulla reciproca lealtà e correttezza [43].

In altre parole, la mancanza di una oggettiva consacrazione dell'obbligo di rinegoziare, non ne impedisce il riconoscimento grazie al ricorso alla clausola generale della buona fede contrattuale ed al principio costituzionale della solidarietà sociale [44]. Ed infatti, in un sistema ordinamentale che si ispira ad una gerarchia di va-

---

convenuta, presentando una proposta di equa modificazione. La parte cui è chiesta la rinegoziazione, qualora non accetti la proposta deve in un tempo ragionevole in relazione alla natura dell'affare, indicare le ragioni che ostano all'accoglimento della proposta e può formulare una controproposta. 2. In caso di inerzia nella rinegoziazione o di ingiustificato rifiuto di condizioni eque, la parte che dimostri di averne derivato danno ingiusto ha diritto al risarcimento nella misura dell'art. 1223». Per una ricostruzione storica e sistematica della clausola *rebus sic stantibus* si rinvia a A. GENOVESE, *Riflessioni in tema di clausola* rebus sic stantibus, cit., spec. 40 ss. ed ivi amplia bibliografia.

[41] Cfr. la Relazione tematica n. 56 della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, dell'8 luglio 2020, avente ad oggetto «Novità normative sostanziali del diritto *"*emergenziale*"* anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale», in *www.cortedicassazione.it*, spec. 21.

[42] In tale senso, di recente, si è mosso il nostro legislatore con specifico riguardo ai contratti di locazione di palestre, piscine ed impianti sportivi, nonché a quelli relativi alle attività commerciali. In base a quanto disposto dall'art. 216, comma 3, del d.l. n. 34/2020, convertito in l. n. 77/2020, la sospensione delle attività sportive, da valutarsi «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», fa nascere in capo al conduttore il *"*diritto*"* ad una riduzione del canone locatizio che si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito. Per quanto concerne, invece, i contratti di locazione commerciale, l'art. 6 *novies* del d.l. n. 41/2021, convertito in l. n. 69/2021, prevede che «il locatario e il locatore sono chiamati a collaborare tra di loro in buona fede per rideterminare temporaneamente il canone di locazione per un periodo massimo di cinque mesi nel corso del 2021».

[43] In argomento si v. N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, cit., 660: «Ma, fondamentalmente, la sussistenza di un obbligo di rinegoziazione dei contratti […] è stata da più parti reputata desumibile dal sistema vigente anche in mancanza di interventi normativi *ad hoc*»; ed ancóra «va premesso che l'idea che dal sistema si possa estrapolare un obbligo di rinegoziazione di fronte alle sopravvenienze contrattuali va nella sostanza condivisa». L'A., però, avverte che le peculiari ricadute create dalla pandemia in atto non consentirebbero di ritenerla riconducibile *in toto* alle classiche ipotesi di squilibri e sopravvenienze contrattuali.

[44] Nell'acquisita consapevolezza che il rapporto obbligatorio vada improntato a criteri di ragionevolezza, non è mancato chi ha evidenziato il ruolo primario assolto dalla buona fede alla quale va attribuita «la funzione di criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione»: C. CICERO, *Sul rapporto giuridico nella crisi di emergenza sanitaria*, in ID. (a cura di), *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, cit., 14 ss. e spec. 19. *Contra* F. FESTI, *Effetti sui rapporti contrattuali pendenti della legislazione anticontagio*, in R. FAVALE e L. RUGGIERI (a cura di), *Scritti in onore di Antonio Flamini*, cit., 503 ss. Nello specifico, l'A. da ultimo richiamato ritiene che le clausole di correttezza e di buona fede (inerenti a doveri di comportamento in capo alle parti legate da un vincolo contrattuale) non possano essere utilizzate dal giudice per sciogliere il contratto, ovvero per ricrearlo. Di contro, per quanto concerne il richiamo alla solidarietà sociale, osserva che «il contratto tra privati destinatari di un trattamento legislativo paritario (diversamente da ciò che avviene nei contratti di lavoro subordinato, nei contratti con il consumatore ecc.) non è il luogo della solidarietà, ma un affare i cui protagonisti devono poter perseguire interessi egoistici con l'unico limite del leale (artt. 1175 e 1375 cod. civ.) rispetto delle regole del gioco».

lori dotati di rilevanza normativa, non può revocarsi in dubbio il ricorso all'applicazione diretta dei princípi costituzionali anche ai rapporti *inter partes* [45]. Il diritto delle obbligazioni e dei contratti, quindi, già contiene «gli anticorpi necessari a fronteggiare l'emergenza provocata dal virus Covid-19» [46].

Ed allora, seppur consci dell'inadeguatezza dei rimedi portati dalla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta e da quella dell'eccessiva onerosità, e pur in assenza di una norma positiva che consacri il diritto delle parti a rinegoziare il loro rapporto, le clausole generali di correttezza e buona fede in uno ai princìpi costituzionali – primo fra tutti quello consacrato nell'art. 2 Cost. – offrono potenti mezzi utili a far fronte alle sopravvenienze contrattuali, contribuendo alla «costruzione di un diritto dei contratti più solidale e, in qualche modo, più rispondente all'idea di democrazia» [47].

[45] L'emergenza epidemiologica concorrerebbe a dimostrare che «solamente l'impiego di un'interpretazione sistematica e assiologica – che, tanto nei tempi ordinari quanto in quelli drammatici della pandemia, adoperi i canoni di proporzionalità, ragionevolezza e bilanciamento degli interessi – è in grado di individuare la normativa più adeguata al singolo caso concreto, del quale occorre riconoscere costantemente "il valore determinante e il suo primato"»: G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali*, cit., 203.

[46] Così A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza*, cit., 11.

[47] F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, cit., 7.

JUS CIVILE

ANDREA ARFANI

Avvocato

I LIMITI ALL'INTEGRAZIONE, DA PARTE DI TERZI, DELLE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO

SOMMARIO: *1. Le disposizioni anticipate di trattamento come negozio giuridico. – 2. Il ruolo del consenso informato. – 3. Profili di eterointegrazione. – 4. Il così detto suicidio assistito.*

1. – Le disposizioni anticipate di trattamento stanno entrando lentamente a far parte dell'àmbito operativo del mondo del diritto, affrancandosi dal livello puramente teorico cui sono state per lungo tempo confinate [1]. Oltre che convinzioni religiose ed etiche [2], la non limpida, e non esaustiva, formulazione dell'art. 4, l. 22 dicembre 2017, n. 219, può suscitare serî dubbî interpretativi circa la concreta operatività delle indicazioni, rese dal soggetto quali espressione della propria volontà ora per allora, che possono finire con il disincentivare il potenziale disponente, spesso non esperto di strumenti giuridici, dal rendere la propria volontà. Ciò può comportare, inoltre, che le disposizioni, pur compiutamente manifestate, vadano incontro a deviazioni pratiche, con una discrasia tra il loro contenuto testuale e gli interventi compiuti, oppure no, dal medico.

Il nucleo fondamentale dell'istituto è rappresentato dalla volontà dell'individuo, chiamata a intervenire sulla salute, diritto fondamentale e situazione giuridica immanente [3], presupposto del pieno sviluppo della personalità.

---

[1] *Ex multis*, si vedano, almeno: L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2018, 1, 179 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 2, 247 ss.; S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 4, 997 ss.; G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 2018, fasc. 3, V, c. 137 ss.; A. ARFANI, *Disposizioni anticipate di trattamento e ruolo del fiduciario*, in *Fam. e dir.*, 2018, n. 8-9, 815 ss.; P. ZATTI, *Brevi note sull'interpretazione della legge n. 219 del 2017*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1, 3 ss., e, già prima dell'entrata in vigore della l. 22 dicembre 2017, n. 219, G. BONILINI, *Il così detto testamento biologico*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 75 ss.

[2] La relativa ricostruzione viene proposta da V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (Aspetti delle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra* jus conditum *e* jus condendum*)*, in *Dir. succ. e fam.*, 2017, 637 ss.

[3] Cfr. D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983, 362 s.

Per un'analisi sistematica ed evolutiva del bene salute, e del relativo diritto, si vedano: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, 1 ss.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, vol. I, in *Tratt. di biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ e P. ZATTI, Milano, 2011, 137 ss.; L. MONTUSCHI, *Commento all'art. 32, primo comma*, in *Comm. alla Costituzione, Rapporti etico sociali*, a cura di G. BRANCA, Roma-Bologna, 1976, 655 ss.

Ciò consente di collocare le disposizioni anticipate di trattamento nella categoria del negozio giuridico, per come connesso al concetto di autonomia privata [4].

Esso, infatti, deve essere inteso come manifestazione di un potere privato, riconosciuto e validato dall'ordinamento, quando ne rifletta i principî fondamentali [5]. Perché ciò possa essere occorre valutare, caso per caso, la compatibilità tra il volere del singolo e i principî immanenti dell'ordinamento [6], che evolvono, unitamente al trascorrere del tempo e al mutare del sentire sociale, sì da rispecchiarne l'essenza [7]. Inoltre, il negozio, unitamente al concetto di autonomia privata, ben si può attivare nell'àmbito di materie dove sia assente il carattere della patrimonialità, risultando la possibilità per l'individuo di disporre di dati profili della propria persona, in risposta a esigenze materiali e spirituali [8].

In questi termini, il negozio giuridico appare essere la figura che meglio si adatta alle disposizioni anticipate di trattamento. Esso è in grado di valorizzare, concretandolo, l'interesse individuale, al fine di dare attuazione a istanze di carattere fondamentale, quale la libertà di autodeterminazione [9]. Ciò quando le disposizioni anticipate di trattamento siano allineate ai principî fondamentali dell'ordinamento; non si deve supporre, quindi, una valenza assoluta della volontà, ma, al contrario, essa passa per un vaglio di liceità – non dovendo presentare cause di contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume –, e a un giudizio di ordine sistematico.

I valori che costituiscono i criterî di valutazione delle disposizioni anticipate di trattamento sono indicati all'art. 1, primo comma, l. n. 219/2017, in cui si dichiara che la tutela della normativa attenga al «diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione». Ciò vale come preambolo indicatore dei principî ispiratori della legge, che fungono da guida per l'interpretazione dei relativi istituti; ne sia prova il fatto che la disposizione in parola affermi la propria valenza per come rivolta all'intera legge.

Il fatto che codesti diritti siano assoluti e fondamentali [10] ne esclude certo la compressione, ma non anche che essi possano, e anzi debbano, essere ponderati con altri valori, anche di rango subordinato, così impedendo all'autodeterminazione individuale di eccedere i confini tracciati dal rispetto della dignità umana [11].

---

[4] Nello stesso senso, si esprime G. Bonilini, *op. cit.*, 76.

[5] Cfr. E. Gabrielli, *La nozione di contratto (Appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, in *Giur. it.*, 2018, 2784, e F. Santoro-Passarelli, voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 206.

V. anche R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1969, II ed., 104, il quale definisce il negozio come «atto di autoregolamento dei privati interessi».

[6] Così, G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, II ed., 69.

[7] Com'è noto, tale ricostruzione ha conosciuto critiche, in quanto ritenuta troppo astratta o inidonea ad essere concretamente declinata per la gestione della circolazione della ricchezza. Si ricordano le osservazioni di N. Irti, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 69 ss., e F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e cont. da P. Schlesinger, Milano, 2002, II ed., 15 ss. In particolare, il primo rileva che porre il concetto di negozio in luogo di quello di contratto, a fondamento della riflessione sull'autonomia, comporterebbe la svalutazione della figura del contratto, e la creazione della dicotomia tra autonomia negoziale e autonomia privata.

[8] Si veda, in questo senso, C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 109.

Sul tema, si v., inoltre, G. Palermo, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015, III ed., 125 s.

[9] E. Gabrielli, *op. cit.*, 2789.

[10] In tema, per tutti, si veda A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo, cont. da L. Mengoni, vol. IV, t. 1, Milano, 1959, 78 s.

Già L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 7 s., con riferimento all'iniziativa economica privata affermava che i diritti fondamentali debbano valere quali parametri valutativi delle clausole generali.

[11] Cfr. A. Nicolussi, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 133 s.

All'interno della categoria generale dei beni personali, si distingue tra i così detti beni-fine e beni-presupposto. Nel primo novero, rientrano i beni che, per loro natura, sono disponibili in modo reversibile o temporaneo, con la conseguenza che l'atto di disposizione, che autorizzi l'invasione della sfera personale ad opera del terzo, non impinge nella titolarità del diritto, quanto nel suo esercizio.

2. – L'art. 4, comma 1, l. n. 219/2017, dispone che il soggetto possa redigere le disposizioni anticipate di trattamento solo «dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte». Ciò rappresenta espressione del consenso informato, che presuppone che ogni decisione, in ragione delle importanti conseguenze che ne derivano, e del delicato àmbito su cui vertono, sia preceduta dalla raccolta, da parte del paziente, di tutte le informazioni a ciò utili [12]. Poiché le disposizioni anticipate di trattamento possono essere intese come la proiezione nel futuro del consenso (o dissenso) in materia di trattamenti sanitarî [13], la loro espressione richiede allo stesso modo la raccolta preventiva delle informazioni rilevanti.

È evidente il richiamo alla disciplina del consenso informato, fissata all'art. 1, l. n. 219/2017, che sancisce, finalmente in una fonte normativa di rango primario, il diritto della persona di conoscere le proprie condizioni di salute, e le conseguenze dei trattamenti sanitarî somministrabili, sì da poter decidere se sottoporvisi o rifiutarli [14].

Codesta norma viene in soccorso relativamente al fatto che, per le disposizioni anticipate di trattamento, il legislatore, diversamente a quanto accade con la raccolta del consenso informato per il paziente già in cura, non definisce come debba essere accertata la corretta concretazione di tale adempimento da parte del disponente. Ciò può essere facilmente superato applicando quanto previsto dall'art. 1, comma 4, l. n. 219/2017, che ammette il ricorso a ogni tipologia di strumento, che si confaccia alle condizioni del dichiarante, e che consenta di rendere certa e conoscibile l'espressione della sua volontà.

Un problema di ben più ampia portata è rappresentato dal fatto che non può individuarsi una figura deputata a fornire al disponente le informazioni mediche e che attesti il relativo adempimento: è possibile, infatti, che egli, al momento di manifestazione delle dichiarazioni, non si trovi in cura presso alcun medico, e nemmeno può ritenersi un ruolo generalizzato del medico di famiglia, mancando ogni riferimento normativo in tal senso. Ne deriva il rischio che il disponente si limiti a dichiarare di aver acquisito informazioni, senza che ciò corrisponda al vero; tale situazione si verifica con maggiore probabilità quando l'interessato faccia ricorso a moduli pre-strutturati, messi a disposizione dai soggetti che raccolgono le dichiarazioni [15].

La decisiva importanza che le informazioni mediche rivestono per l'esercizio del consenso – attuale o futuro – comporta che la loro mancanza sfoci in conseguenze particolarmente rigide, a tutela dell'integrità del corretto esercizio del principio di autodeterminazione [16]. Qualora dovesse essere accertata la ricorrenza di ta-

---

Dall'altro lato, i beni-presupposto sono quelli che devono necessariamente sussistere affinché sia possibile godere e disporre di ogni altro diritto; essi sono intangibili da parte dei terzi e la relativa perdita è irreversibile. Sul tema, si vedano, almeno: A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, 29; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1046.

[12] A livello generale, deve osservarsi che l'obbligo del medico di raccogliere il consenso informato sorge solo nel momento in cui un determinato trattamento risulti appropriato in relazione al caso concreto, con la conseguenza che è in tale frangente che il consenso possa assumere efficacia vincolante, non essendo ammissibile una manifestazione di volontà, che, indiscriminatamente espressa, obblighi il medico a comportarsi di conseguenza.

[13] Cfr. C. BOTTA, *Inviolabilità della persona, consenso informato e trattamenti sanitari*, in *Not.*, 2019, 6, 614.

[14] Circa il contenuto delle informazioni che debbano essere rese al paziente in vista dell'espressione del proprio consenso a trattamenti sanitarî, v. Cass. 2 luglio 2010, n. 15968, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 281 ss., che ha rilevato come debba ricomprendere «tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che si intendono praticare o l'intervento che si intende eseguire con le relative modalità», specificando che «il principio in base al quale dovrebbero essere comunicati al paziente solo i rischi prevedibili e non tutti gli ipotizzabili esiti anomali, deve essere applicato restrittivamente e con estrema prudenza».

[15] Per questioni particolari, v. A. CAVO, *Acquisizione del consenso informato in àmbito diagnostico tramite firma biometrica e* data protection, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 318 ss.

[16] Si è osservato che il consenso informato possa valere quale requisito soggettivo dell'obbligazione di protezione del medico nei confronti del paziente. Esso, pertanto, non sarebbe da considerarsi quale requisito di liceità dell'intervento medico, ma un necessario modo di esperimento, la cui mancanza è fonte di responsabilità. Sul punto, v. A. NICOLUSSI, *op. cit.*, 142.

le situazione, infatti, si dovrebbe concludere nel senso dell'inefficacia delle disposizioni [17], senza la possibilità di una loro salvezza, ad eccezione dell'ipotesi, invero difficile a realizzarsi, in cui il disponente torni capace e, raccolte effettivamente adeguate informazioni, confermi le indicazioni già in precedenza fornite [18].

3. – Superato positivamente il vaglio rappresentato dalla raccolta di adeguate informazioni, l'art. 4, l. n. 219/2017 fissa criterî ulteriori per la valutazione dell'efficacia delle disposizioni che rappresentano, al contempo, parametri per la possibilità, o la necessità, che terzi intervengano nella loro fase applicativa.

Codesti criterî presuppongono, e coinvolgono in fase operativa, i principî fondamentali, che rappresentano gli elementi di valutazione del negozio recante le disposizioni. Ciò che è immanente alla legge circoscrive l'eterointegrazione delle dichiarazioni, anziché limitarsi a definire ciò di cui l'interessato possa, o no, disporre.

Il primo referente normativo è rappresentato dall'art. 4, comma 5, l. n. 219/2017, che indica tre circostanze che legittimano il medico a disattendere il volere del disponente.

L'elenco si apre con il richiamo alle disposizioni che siano «palesemente incongrue», che sembrano intendere una situazione in cui il disponente abbia deciso per la sottoposizione a, o il rifiuto di, trattamenti che portino a conseguenze abnormi, rispetto a quelle cui si giungerebbe somministrando il trattamento richiesto dalla migliore scienza medica, oppure quando il disponente abbia errato nel ritenere determinate conseguenze della malattia. Si pensi al caso in cui un soggetto, nella convinzione che da una determinata malattia possano derivare conseguenze nefaste, abbia disposto il rifiuto a ogni trattamento terapeutico, quando, in realtà, quella malattia, per i suoi caratteri concreti, non potrebbe portare alle conseguenze considerate.

Altra circostanza è data dalle disposizioni che, al momento della loro esecuzione, non siano corrispondenti alla condizione clinica dell'interessato, poiché riferite, a titolo di esempio, a uno stato patologico verificatosi in modo meno grave del previsto.

La terza ipotesi è rappresentata dalla sopravvenienza, tra il momento di confezionamento delle disposizioni e la loro applicazione, di nuove terapie che consentirebbero un miglioramento delle condizioni del paziente.

---

[17] Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328 ss., ha rilevato che il consenso informato si configuri come un diritto della persona, trovando il proprio fondamento nei principî espressi dagli artt. 2, 13 e 32 Cost. Nello stesso senso, Corte cost. 30 luglio 2009, n. 253, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*, e, per la giurisprudenza di legittimità, v., recentemente, Cass. 15 maggio 2018, n. 11749, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2400 ss.

La giurisprudenza ha riconosciuto la risarcibilità del danno da lesione del diritto costituzionalmente tutelato all'autodeterminazione, per l'ipotesi di insufficiente o omessa informazione circa un intervento chirurgico, ancorché da questo non siano per lui occorse conseguenze negative. Così, Cass. civ., 7 ottobre 2021, n. 27268, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*. In senso opposto, Cass. civ., 16 marzo 2021, n. 7385, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*. Per l'ipotesi di sopravvenienza di complicazioni *post*-operatorie, e lesione del diritto a effettuare scelte mediche in modo libero e consapevole, si veda Cass. civ., 23 marzo 2021, n. 8163, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*.

In dottrina, v.: M. Florena, *La responsabilità del medico:* focus *sui danni risarcibili in caso di inadempimento dell'obbligo di assunzione del consenso informato*, in *Dir. fam pers.*, 2021, 1021 ss.; C. Petruzzi, *La lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica quale fonte autonoma di responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2019, 6, 796 ss.

[18] D. Maffeis, *Prometeo incatenato: la redazione non informata, o informata per modo di dire, e l'attenuata vincolatività delle DAT*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1439) discorre, con riferimento all'acquisizione di adeguate informazioni mediche, di «condizione di efficacia» delle disposizioni anticipate di trattamento, con la conseguenza che il medico, il quale nutra fondati dubbî circa l'effettiva e preventiva informazione del disponente, sia legittimato a limitarsi a tenere in considerazione le sue indicazioni, mentre, quando abbia certezza del mancato espletamento di codesto obbligo, sia da considerarsi esonerato dal seguire le disposizioni.

In siffatti casi, il medico è autorizzato a disattendere le disposizioni: deve, quindi, essere definito il limite del suo potere di astensione e di intervento. L'utilizzo del termine «disattendere» apre al dubbio se il sanitario debba limitarsi a disapplicare le disposizioni, o se, invece, possa proattivamente intervenire sviando dal loro contenuto. La soluzione deve deduttivamente ricavarsi dalla ponderazione dei dati testuali richiamati, con i valori immanenti alla l. n. 219/2017.

Per quanto attiene all'*an* dell'intervento, il rilievo di situazioni fondamentali e personalissime – il diritto alla salute e il principio di autodeterminazione [19] – fa sì che esso sia consentito soltanto allorché appaia evidente che l'applicazione pedissequa delle disposizioni comporterebbe una lesione della posizione del disponente, o, comunque, non tenderebbe alla sua migliore tutela, alla luce della situazione concreta [20]. Nell'effettuare codesta valutazione, il medico è tenuto all'impiego di ogni migliore e aggiornata competenza scientifica, motivando la decisione.

Per stabilire la natura giuridica di codeste circostanze occorre partire dal dato testuale. La scelta del verbo «disattendere» lascia supporre che le disposizioni, pur toccate da motivi che ne inficiano la stabilità, non perdano definitivamente rilevanza: esse rimangono in vita, senza escludere una successiva reviviscenza delle medesime, allorché le circostanze previste dalla norma dovessero venire meno, o un loro adattamento, quando possibile [21].

L'espressione «in tutto o in parte», recata dall'art. 4, comma 5, l. n. 219/2017, è, invece, criterio di definizione del *quantum* dell'intervento adattivo del medico. Sùbito appare evidente la (potenziale) ampiezza del raggio di attivazione di codesto potere: la norma attribuisce al curante la facoltà – che si potrebbe definire chirurgica – di selezionare le parti delle dichiarazioni che ritenga colpite dalle predette cause di inefficacia, e di disattenderle. Ciò deve essere salutato con favore, in quanto consente di salvare le disposizioni, non coinvolte da codeste cause, poiché, qualora mancasse tale puntuazione, si potrebbe derivare la sospensione delle disposizioni nella loro totalità.

L'intervento esterno deve essere contenuto, coincidendo, non tanto con il minimo, quanto con lo stretto necessario. Il medico deve, in primo luogo, stabilire se ricorrano gli estremi per intervenire sulle disposizioni. In caso affermativo, egli deve contenere l'intervento alle sole disposizioni interessate dalle cause di inefficacia, mantenendo intatte quante ne residuino, sempre tendendo ai diritti «alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione» del paziente, giusta il richiamo effettuato dall'art. 1, primo comma, l. n. 219/2017.

Differente ipotesi è quella delle disposizioni genericamente formulate, che si limitino a fornire indicazione circa l'obiettivo cui tenda il disponente, senza premurarsi di specificare i trattamenti, positivamente o negativamente, considerati. È il caso, a modo di esempio, delle dichiarazioni che manifestino la volontà di ricevere solo trattamenti che non apportino sofferenze. Qui il medico si trova di fronte a una situazione tutta da costruire, dovendo individuare il migliore percorso terapeutico, che soddisfi i *desiderata* del paziente, con un margine discrezionale molto ampio: per guidare il suo intervento, egli, anche con l'ausilio del fiduciario, è tenuto a raccogliere tutte le informazioni disponibili che forniscano la ricostruzione della personalità del di-

---

[19] Cfr. R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, 6, 689 ss.

[20] Ciò è suffragato anche dalla precisazione per cui le terapie sopravvenute, per legittimare lo sviamento rispetto alle disposizioni anticipate di trattamento, debbano essere tali da offrire «concrete» possibilità di miglioramento. Questo inciso conferma la particolare attenzione che il curante deve adottare, non potendo sospendere l'esecuzione del volere del paziente a fronte della semplice esistenza di nuove terapie, astrattamente esperibili e utili, dovendo verificare, rigorosamente, la derivabilità di risultati significativi che giustifichino l'incisione dell'autodeterminazione dell'interessato.

[21] Si pensi al caso in cui il trattamento sanitario indicato risulti non opportuno, in forza della condizione clinica attuale del paziente. Qualora questa, però, dovesse evolvere, esso potrebbe divenire adeguato, tornando la disposizione ad acquisire piena efficacia vincolante.

sponente; parallelamente, il medico deve effettuare le scelte alla luce della migliore scienza, somministrando i trattamenti e le terapie che, da questo punto di vista, appaiano maggiormente confacenti al caso di specie. Un margine di discrezionalità sì ampio può comportare l'insorgere di conflitti tra il medico e il fiduciario, o tra il medico e altri interessati, circa le scelte ritenute le più rispondenti all'interesse del disponente.

In definitiva, la soluzione circa l'alternativa tra il dovere del medico di disapplicare le disposizioni impraticabili, o la possibilità di modificarle per darvi comunque attuazione, deve volgere in quest'ultima direzione, nell'ottica della valorizzazione della volontà dell'individuo. Al fine di garantire codesto obiettivo, quindi, il medico può, entro i confini tracciati, spingersi in interventi adattativi e salvifici delle disposizioni anticipate di trattamento, per evitarne la completa disapplicazione e la derivante delusione delle aspettative del disponente.

L'art. 4, comma 5, l. n. 219/2017, stabilisce che, qualora la proposta di sviamento avanzata dal curante, non trovi la condivisione del fiduciario, la decisione debba essere rimessa al giudice tutelare.

In primo luogo, si deve rilevare che il fiduciario valga, di per sé, quale fattore di controbilanciamento alla valutazione medica, mediante il potere-dovere di vigilare sulla corretta applicazione delle disposizioni. Il suo cómpito è di contribuire a sciogliere eventuali dubbî applicativi, ricercando le soluzioni pratiche nella conoscenza della personalità del disponente. Allo stesso modo non può ritenersi investito del potere di integrare le disposizioni nei punti in cui queste siano lacunose o troppo generiche [22]. Il fatto che egli curi la corretta esecuzione delle dichiarazioni non implica, altresì, il potere di affermare la propria volontà, ma solo di fornire un concreto contributo all'interpretazione del volere altrui [23]. A modo di esempio, qualora il fiduciario dovesse ritenere che un trattamento, indicato per come rifiutato, in realtà sarebbe accettato alla luce delle condizioni concretamente verificatesi, non potrebbe, per ciò soltanto, imporre la somministrazione del trattamento, dovendo, al contrario, attivare un procedimento giudiziale, o intervenire in quello promosso dal medico, sì da ottenere un'autorizzazione a procedere secondo il proprio convincimento.

Il giudice tutelare è parimenti tenuto, a livello generale, al rispetto dei valori fondanti l'istituto, dovendo ridurre al minimo il grado di sviamento circa le indicazioni del disponente. Occorre rilevare, tuttavia, che il suo potere di intervento è più ampio di quello del sanitario: la l. n. 219/2017 non indica alcun elemento a definizione del perimetro del sindacato del giudice, con la conseguenza che il suo intervento sia vincolato unicamente ai principî fondamentali della materia declinati nel caso concreto. Egli deve basarsi sulle migliori cognizioni mediche – verosimilmente con l'ausilio di un CTU –, nella misura in cui queste garantiscano il perseguimento dell'interesse primario del paziente, più di quanto non si otterrebbe con la pedissequa applicazione delle disposizioni controverse. Codesta valutazione si deve fondare, altresì, sulle indicazioni eventualmente fornite dal fiduciario, nei termini anzi riferiti [24].

L'art. 4, comma 5, l. n. 219/2017, fa espresso richiamo dell'art. 1, sesto comma, l. n. 219/2017, che nega al paziente la possibilità di chiedere la somministrazione di trattamenti sanitarî contrarî a norme di legge, alla deontologia professionale, o alle buone pratiche clinico-assistenziali.

---

[22] Nello stesso senso, v. D. CARUSI, *Legge 219/2017, amministrazione di sostegno e rifiuto di cure: problemi di legittimità di una legge mal scritta*, in *Corr. giur.*, 2020, 1, 24 s.

[23] A. ARFANI, *op. cit.*, 817 ss.

[24] Trib. Mantova, 13 aprile 2018, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*, fornisce chiare indicazioni circa il procedimento instaurato dinnanzi al giudice tutelare per dirimere le controversie tra medico e terzo interessato, come, a modo di esempio, il fiduciario, circa l'esecuzione delle disposizioni anticipate di trattamento. Si precisa, in primo luogo, che trattasi di procedimento di volontaria giurisdizione, soggetto al rito camerale, *ex* articoli 737 e seguenti cod. proc. civ.; competente è il giudice del luogo in cui ha il domicilio il soggetto della cui situazione giuridica si discuta. Il Tribunale ammette la possibilità – invero auspicabile – di proposizione di un ricorso congiunto, sottoscritto dal medico e dal terzo, ove si indichino le rispettive ragioni, potendo il giudice sentire gli interessati o disporre ulteriori approfondimenti istruttorî. La decisione, infine, viene assunta con decreto.

Il limite rappresentato dalle norme di legge rimanda a tutte quelle disposizioni che, nel rispetto del solco tracciato dall'art. 32 Cost., impongano particolari trattamenti sanitarî. L'esempio può andare a disposizioni che implichino misure inconciliabili con la normativa sanitaria emergenziale vòlta a fronteggiare la diffusione del *virus* Covid-19, come potrebbe accadere con la richiesta di essere sottoposto a terapia riabilitativa in acqua, espressa da soggetto rivelatosi positivo al *virus* e che necessiti, quindi, di isolamento. È evidente l'obbligo, per il curante, di soprassedere alle indicazioni del paziente, fintanto che permanga la malattia.

Riflessioni simili si possono svolgere con riferimento al limite rappresentato dalla deontologia professionale. In questo caso, tuttavia, la ponderazione con il principio di autodeterminazione deve pendere, con ancóra più vigore, dal lato del secondo, in ragione della natura delle norme deontologiche, prive della forza di legge.

Il richiamo alla deontologia professionale apre alla questione dell'ammissibilità dell'obiezione di coscienza del medico. In un primo momento, la risposta potrebbe ritenersi negativa, in ragione della mancanza di una norma dedicata alla configurazione dell'obiezione di coscienza per l'esecuzione delle disposizioni anticipate di trattamento [25]. A ben vedere, tuttavia, depone in senso contrario, aprendo all'attivabilità dell'obiezione di coscienza il fatto che, tra le norme deontologiche richiamate dall'art. 1, sesto comma, l. n. 219/2017, sia da ricomprendere l'art. 22 del Codice di deontologia medica del 2014. Nulla pare ostare a estendere siffatta previsione anche alle prestazioni legate all'esecuzione di disposizioni anticipate di trattamento, allorché il loro contenuto si ponga in antitesi con i convincimenti morali del medico [26]. Un'apparente questione potrebbe profilarsi considerando che l'obiezione non sarebbe sollevabile, a mente dell'art. 22 del Codice deontologico, quando ne derivi «grave e immediato nocumento per la salute della persona». La declinazione di codesta previsione deve avvenire con diretto riferimento alla particolare natura del bene tutelato: non soltanto la salute del paziente, ma, altresì, la sua autodeterminazione. Il nocumento, quindi, non è unicamente l'aggravamento delle condizioni di salute, ma, parimenti, la delusione del volere del disponente. Il medico, quindi, non può sollevare efficacemente un'obiezione quando questa comporti disapplicazione delle disposizioni, quale che sia l'ésito cui esse conducano. Ciò, è intuitivo, quando le indicazioni siano rese in modo legittimo, secondo i criterî sino a qui delineati [27].

Il riferimento alle buone pratiche clinico-assistenziali coincide con le disposizioni la cui esecuzione implichi che il sanitario tenga comportamenti non in linea con la prassi scientifica nella specie richiesta [28]. Ne rappresenta chiaro esempio il rimando a dichiarazioni che prevedano la somministrazione di terapie sperimentali, non validate dalla comunità scientifica (si pensi ai così detti metodi Stamina e Di Bella). Si forma, in ipotesi di questo tipo, un paradosso: il disponente ha sì raccolto informazioni circa i trattamenti che vuole siano somministrati, e ha coscientemente espresso la propria, favorevole, volontà; tali trattamenti, tuttavia,

---

[25] È noto, infatti, che le fattispecie di obiezione di coscienza discendano, nel nostro ordinamento, da espresse previsioni di legge. Si considerino, a titolo di esempio, l'obiezione di coscienza alla interruzione volontaria della gravidanza, prevista dalla l. n. 194/1978, quella relativa alla sperimentazione animale di cui alla l. n. 413/1993, o quella degli operatori sanitarî alla procreazione medicalmente assistita *ex* l. n. 40/2004.

[26] Cfr. P. BENCIOLINI, *Obiezione di coscienza alle DAT? Ordinamento deontologico e ordinamento statuale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1, 166.

In tema, v. anche C. LUZZI, *La questione dell'obiezione di coscienza alla luce della legge 219/2017 tra fisiologiche esigenze di effettività e nuove prospettive di tutela*, in *Dirittifondamentali.it*, 26 febbraio 2019.

[27] Poiché l'istituto, portato dalla l. n. 219/2017, è veicolo di espressione di valori di rango costituzionale, l'esercizio dell'obiezione, prevista dall'art. 22 del Codice di deontologia medica, è da ritenersi consentito soltanto laddove sia strumento di protezione di valori di rango analogo, dovendosene, pertanto, escludere l'attivabilità quando connesso a motivi strettamente personali, o comunque non in tal senso rilevanti, del medico. Sul punto, v. D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, 2011, *passim*.

[28] Ciò si può configurare come obiezione di scienza (cfr. P. BENCIOLINI, *op. cit.*, 162).

non sono riconosciuti validi dalla comunità scientifica. Si deve ritenere che il medico possa disattendere le disposizioni in questo senso rese, proprio in forza della previsione da ultimo richiamata, che fa prevalere la conoscenza medica sul volere individuale a questa non correttamente orientato [29].

A questo punto, è possibile avanzare una considerazione, proponibile riguardo a tutti gli elementi di eterointegrazione sino a qui ripercorsi. Poiché, come osservato, lo sviamento rispetto alle disposizioni anticipate di trattamento deve essere contenuto nei limiti anzi prospettati, occorre chiedersi che cosa accada, quando non sia possibile effettuare tale correzione, in quanto essa, pur minima, porterebbe a una definitiva delusione del volere del paziente.

In sede di esecuzione delle disposizioni anticipate di trattamento, il medico – con l'ausilio del fiduciario e con l'eventuale ricorso all'autorità giudiziaria – deve capire il grado di importanza che ogni indicazione riveste per il disponente. Qualora ne rilevi il carattere di decisività, tale per cui anche la menoma variazione finirebbe per minare alla base la volontà del paziente, allora egli sarebbe tenuto ad astenersi dallo sviamento dall'indicazione [30].

Si pensi al caso in cui il disponente abbia stabilito di voler ricevere un trattamento che comporti l'iniezione di un farmaco che conduca alla morte del paziente. In questo caso, ci si troverebbe dinnanzi a un'indicazione tendente all'eutanasia dell'interessato, a oggi non ammessa [31]. È evidente che, in tale ipotesi, non si ravvedrebbero correzioni ammissibili, seppur minime, poiché ogni sviamento andrebbe ad allontanarsi, indefettibilmente, da quanto originariamente voluto. In casi di tal fatta, l'interesse primario del paziente è dal medesimo chiaramente individuato; tutto ciò che diverga da quanto disposto non potrebbe essere inteso come tendente al suo interesse. È da ritenersi che il curante non sia investito dei poteri necessarî per intervenire a modifica [32]: le norme, sino a qui considerate, indicano le condizioni per l'intervento del sanitario, ma non conferiscono, a quest'ultimo, un potere di modifica delle disposizioni che valichino quanto *supra* specificato [33].

---

[29] Per approfondimenti sui casi Stamina e Di Bella, si vedano: S. CACACE, *A proposito di scienza e diritto: il «caso Stamina» (ma non solo). Libera scelta della cura e tutela della salute: là dove il dovere del medico s'arresta*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 109 ss.; L. BUFFONI, *La 'validità' della legge scientifica nel caso Stamina*, in *Giur. cost.*, 2015, 1549 ss.; A. SCALERA, *La libertà di cura dopo oltre un decennio dal «caso Di Bella». Riflessioni a margine di alcuni interventi giurisprudenziali sulle terapie non convenzionali*, in *Nuova giur. civ.*, 2014, 437 ss.; C. COLAPIETRO, *La salvaguardia costituzionale del diritto alla salute e l'effettività della sua tutela nella sperimentazione del «multitrattamento Di Bella»*, in *Giur. it.*, 1999, 160 ss.

[30] Qualora si ritenesse obbligato il medico a procedere comunque nel dare esecuzione alla volontà del paziente, significherebbe incidere negativamente sull'autonomia professionale del curante, vincolandolo a comportamenti in antitesi, oltre che alla legge, anche alle regole deontologiche. In questo senso, v. E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*, in *Corr. giur.*, 2019, 4, 468.

[31] Occorre porre in evidenza la diversità che ricorre tra la rinunzia al trattamento sanitario, che porti alla morte, e la sua interruzione, che richieda un autonomo contributo del sanitario. In questo secondo caso, infatti, la relazione di cura si colloca in una dimensione essenzialmente contraddittoria, in quanto collidente con il criterio dell'appropriatezza delle cure e con i principî deontologici; sul punto, si vedano: E. BILOTTI, *op. cit.*, 468; A. NICOLUSSI, *Al limite della vita: rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in *Quad. cost.*, 2010, 2, 279 ss.

Secondo la Corte europea diritti dell'uomo, 20 gennaio 2011, n. 31322, in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*, va rilevato che, in forza dell'art. 8 CEDU, il diritto al rispetto della propria vita privata contempla anche la facoltà di procurarsi la morte in modo sicuro e dignitoso. In codesta materia, tuttavia, gli ordinamenti nazionali mantengono un ampio margine di apprezzamento, in ragione delle forti differenze tuttora sussistenti nelle varie legislazioni. Ne deriva che le restrizioni all'esercizio della facoltà di togliersi la vita sono previste dal singolo ordinamento, con l'obiettivo di perseguire il fine pubblico legittimo di prevenire decisioni affrettate e impedire abusi. Esse risultano, inoltre, proporzionate al fine perseguito, poiché fissano una procedura accessibile e vòlta ad assicurare il consenso informato degli interessati. In tema, v. M. PACINI, *Suicidio assistito e consenso informato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 647 ss.

[32] Cfr. R. CALVO, *op. cit.*, 689 s.

[33] Si è affermato (E. BILOTTI, *op. cit.*, 470) che la l. n. 219/2017 non tenda né al paternalismo medico, che imponga al paziente le scelte del curante, né all'autodeterminazione assoluta, tale da costringere, al contrario, il medico di esaudire acriticamente ogni espressione di volontà del paziente. La scelta del legislatore pare essere, invero, quella di costruire un'alleanza terapeutica, fondata sulla com-

Al fine di evitare la completa paralisi della situazione, con ésiti paradossali – non potendosi realizzare determinati trattamenti, e nemmeno potendosi adattare le disposizioni, si finirebbe con il fare nulla, se non, in ipotesi, la somministrazione di terapie conservative –, si ritiene auspicabile che il medico, o altro soggetto a ciò legittimato, adisca l'autorità giudiziaria, investendola della questione. I poteri di intervento alla stessa affidati, come già rilevato, sono notevolmente più incisivi e penetranti di quelli del medico, con la conseguente possibilità di decidere nel senso di trattamenti anche differenti da quelli previsti, mediante la ricostruzione della personalità, e della presumibile volontà, del paziente. Tale soluzione trova diretto conforto nella previsione affidata all'art. 4, quinto comma, ultima parte, l. n. 219/2017, che dispone che i contrasti insorti tra medico e fiduciario, circa l'esatta applicazione delle disposizioni anticipate di trattamento, non potendo essere decisi dal curante, debbano essere sottoposti all'attenzione del giudice tutelare.

4. – Riflessioni differenti devono essere proposte per l'ipotesi in cui il disponente manifesti la volontà di accedere, per un momento futuro, alle pratiche del suicidio assistito. In tempi recenti, a séguito del caso relativo a Fabiano Antoniani (conosciuto come Dj Fabo), è intervenuta la Corte costituzionale, fissando i limiti entro i quali ciò sia da ritenersi praticabile. In particolare, è da ritenersi lecito il comportamento di chi agevoli l'esecuzione del proposito di suicidio, che si sia autonomamente e liberamente formato, da parte di un soggetto tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e colpito da patologia irreversibile, che causino sofferenze fisiche o psicologiche avvertite come intollerabili, che sia, però, pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli; si stabilisce, inoltre, che tali condizioni, e le modalità di esecuzione del suicidio, siano accertate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente [34]. Calando tali riflessioni con riguardo al negozio *ex* art. 4, l. n. 219/2017, che porti la volontà di accedere al suicidio assistito, deve ritenersi che esso sia eseguibile una volta che il medico, e gli altri attori indicati dalla Corte costituzionale, si siano concordemente espressi in questo senso. Occorre, per questo, una precisazione. Come osservato, la pronunzia richiamata ammette l'accesso all'estremo gesto unicamente quando la malattia sia in atto; ciò parrebbe impedire la sua esperibilità da parte di chi sia incorso nel morbo in un momento successivo, rispetto alla dichiarazione di volontà che lo invochi. Tale cortocircuito pare superabile, se si pensi che le disposizioni anticipate di trattamento hanno l'innata funzione di consentire all'interessato la gestione della propria salute "ora per allora": ciò combinandosi con le condizioni fissate dalla Corte costituzionale rende superabile l'ostacolo anzi prospettato. Inoltre, la stessa sentenza precisa che la non punibilità del soggetto, che porti ausilio al suicida, occorra soltanto quando tale azione sia posta in essere con le modalità di cui agli artt. 1 e 2, l. n. 219/2017: il giudice delle leggi è quindi ben consapevole del ruolo della legge in parola, non sussistendo ragioni per escludere che tale valenza possa estendersi anche alle altre disposizioni di essa, ulteriori a quelle espressamente richiamate.

---

binazione di siffatte suggestioni, così che ognuna delle due posizioni ne esca adeguatamente, e opportunamente, valorizzata. In questo senso, v. M. AZZALINI, *Il diritto alla rinuncia e al rifiuto di cure necessarie alla propria sopravvivenza nella l. n. 219/17: questioni aperte e nuove prospettive di tutela dell'integrità della persona*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1, 104 s.; E. BILOTTI, *op. cit.*, 470.

[34] Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, e, successivamente, Corte cost. 22 novembre 2019, n. 242, entrambe in *Banca dati Giuffrè Francis Lefebvre*.

In tema, si vedano: L. BOZZI, *Decidere il tempo (e il modo) di morire. Interrogativi irrisolti sul bilanciamento trovato (?) della Consulta in merito al suicidio medicalmente assistito. Interrogativi (irrisolvibili) sul principio di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 2020, 411 ss.; P. PITTARO, *Il dibattuto tema del suicidio assistito: quando la Corte costituzionale supplisce il legislatore*, in *Fam. e dir.*, 2020, 221 ss.; R. MASONI, *Riflessioni su suicidio, suicidio assistito, interruzione delle cure ed eutanasia, alla luce della pronunzia della Corte cost., n. 207 del 16 novembre 2018*, in *Dir. fam. e pers.*, 2019, 645 ss.

JUS CIVILE

DAVIDE MARIA LOCATELLO

Dottorando – Università degli Studi di Bologna

OSSERVAZIONI SULLA COSTRUZIONE DI UN REGIME EUROPEO DI RESPONSABILITÀ CIVILE PER L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

SOMMARIO: *1. La diffusione di sistemi intelligenti e le nuove sfide per la responsabilità civile in una prospettiva (necessariamente) eurounitaria. – 2. Quale regime di responsabilità per il danno da sistema intelligente? Il criterio della colpa e le sue criticità. – 3. Segue: una regola di responsabilità oggettiva tra soluzioni trasversali e approccio settoriale. – 4.* De iure condito*: il danno da sistema intelligente tra norme codicistiche e (limiti della) Direttiva 85/374/CEE. – 5. Osservazioni conclusive.*

1. – Gli enormi progressi che da oramai diversi lustri caratterizzano il settore *ICT* e che non paiono destinati a rallentare hanno portato al centro dell'attenzione del giurista il fenomeno dell'Intelligenza Artificiale («IA» o *AI*, secondo la locuzione inglese). Anche a voler trascurare di considerare gli scenari maggiormente futuristici che sono stati prospettati, dalle tinte alle volte apocalittiche e influenzati dalle numerose opere letterarie e cinematografiche che alimentano l'immaginario collettivo (soprattutto) nei riguardi della robotica, nonché i moniti di alcuni personaggi di spicco del mondo scientifico e tecnologico – a non scoperchiare un potenziale vaso di pandora [1] – certo è che il fenomeno in parola impone alla scienza giuridica di affrontarne i molteplici aspetti. Ed in effetti i problemi che si pongono con riferimento allo sviluppo delle tecniche computazionali riconducibili al paradigma – non univocamente definito o definibile [2] – dell'IA, hanno innescato

[1] Tra gli altri Stephen Hawking (v. *https://www.bbc.com/news/technology-30290540*) ed Elon Musk (v. *https://www.cnbc.com/2020/05/13/elon-musk-has-a-complex-relationship-with-the-ai-community.html*).

[2] Sulla definizione di «Intelligenza Artificiale» vi sono state e vi sono dispute abbastanza accese, sia tra i tecnici sia tra i *policy makers*, come risulta chiaramente dalla raccolta e dall'analisi comparativa di ben 14 definizioni, riferibili a Istituzioni internazionali (politiche e tecniche) e nazionali, curata da A. Bertolini, *Artificial Intelligence and Civil Liability* (studio commissionato dal Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs – Directorate-General for Internal Policies), luglio 2020, disponibile al seguente link *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf*, 22 ss., il quale avverte dell'inutilità del tentativo di «*deliver future-proof approach definitions and all-encompassing regulations*». Pur senza sottovalutare l'importanza che la corretta impostazione del problema definitorio presenta ai fini dell'analisi giuridica e delle proposte di regolazione, ai fini del presente lavoro si farà riferimento all'ampia definizione elaborata in seno all'OCSE, giusta la quale «*Artificial Intelligence (AI) System is a machine-based system that can, for a given set of human defined objectives, make predictions, recommendations, or decisions influencing real or virtual environments*» (così in OECD, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, al seguente link *https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449*). I problemi terminologici sono in corso di analisi anche nell'ambito delle Istituzioni deputate alla normalizzazione tecnica: cfr. il progetto ISO/IEC DIS 22989 (21/30374628 DC) disponibile, a pagamento, al seguente link *https://www.iso.org/standard/74296.html?browse=tc*. Per indicare beni e servizi che sfruttano l'IA si utilizzerà, nel presente lavoro, il sintagma «sistema intelligente».

un dibattito, articolatosi a più livelli e in tutti gli ordinamenti dei Paesi tecnologicamente avanzati, che vede protagonista non (più) solo la dottrina, bensì pure le Istituzioni pubbliche, le quali sono chiamate ad assumere oggi le scelte che condizioneranno, se non addirittura plasmeranno, la «società algoritmica» [3] del domani.

Non poteva certamente rimanere estraneo il settore della responsabilità civile. L'istituto aquiliano è infatti naturalmente capace di orientare le decisioni degli operatori economici che sviluppano o che si servono dell'IA – rappresentando il regime di responsabilità in vigore un potenziale fattore di crescita ovvero di rallentamento della ricerca tecnologica e della diffusione dei risultati di questa – così come di influenzare l'atteggiamento del grande pubblico, atteso che, oltre a beneficiare delle potenzialità che la stessa IA dischiude, i consociati potrebbero risultare diffidenti verso rischi di danno della cui risarcibilità non siano certi. Rischi che, tralasciando le non poco preoccupanti applicazioni a fini militari e di polizia dell'IA [4], non sono di là a venire, ma hanno già cominciato ad inverarsi. Basti, tra i diversi episodi, ricordare: l'incidente mortale provocato da un'automobile a guida autonoma nel 2018 in Arizona [5]; le lesioni che un robot, addetto alla sicurezza, ha cagionato a un bambino in un centro commerciale statunitense [6]; il *chatbot* Tay, presto disattivato dalla *software house* in quanto «autore» di commenti ingiuriosi e discriminatori su un noto *social network* [7]; l'algoritmo discriminatorio (nei confronti delle donne) impiegato nel reclutamento del proprio personale da parte di una nota multinazionale [8].

Nella crescente consapevolezza del profilarsi di scenari quali quelli ora tratteggiati, le Istituzioni europee, da qualche anno, hanno avviato un'ampia riflessione volta ad approfondire gli aspetti di responsabilità civile connessi allo sviluppo e alla diffusione di servizi e prodotti implementati mediante il ricorso alle tecniche di IA [9].

Soffermando l'attenzione sugli interventi maggiormente significativi, va in primo luogo menzionata l'iniziativa del Parlamento Europeo del 2015 tradottasi nell'approvazione, nel 2017, di un'importante risoluzione contenente raccomandazioni alla Commissione circa l'emanazione di norme di diritto civile per la robotica [10]. Ad essa ha fatto seguito l'assunzione da parte di tale ultima Istituzione – a partire da una comunicazione dell'aprile 2018 [11], accompagnata da un documento di lavoro dedicato proprio alla responsabilità [12] – di

---

[3] J.M. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Ohio State Law Journal*, Vol. 78, 2017, 1217.

[4] Sui profili legali ed etici legati all'impiego di armi e *robot* autonomi nel contesto bellico cfr. G. Noto La Diega, *The Artificial Conscience of Lethal Autonomous Weapons: Marketing Ruse or Reality?*, 19 febbraio 2018, disponibile all'indirizzo *https://ssrn.com/abstract=3607035*; nonché il volume collettaneo *Lethal Autonomous Weapons e-Examining the Law and Ethics of Robotic Warfare*, a cura di J. Galliott, D. MacIntosh, J. D. Ohlin, Oxford, 2021.

[5] V. *https://www.bbc.com/news/technology-54175359*.

[6] V. *https://www.bbc.com/news/technology-36793790*. Lesioni sventate, invece, dalla madre della bambina cui un noto assistente vocale aveva suggerito di partecipare ad una «*challenge*» virale sul *web*, consistente nell'inserire una moneta nella presa di corrente: v. *https://www.bbc.com/news/technology-59810383*.

[7] Relaziona ampiamente sull'episodio G. Comandè, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, 170 s., ove sottolinea come l'esito infausto della messa in servizio del *chatbot* non derivi da un qualche suo malfunzionamento, avendo il medesimo mutuato il linguaggio offensivo e violento dal pubblico degli utenti del *social network*.

[8] V. *https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G*.

[9] Un'utile rassegna (da aggiornare con quanto illustrato nel presente paragrafo) si trova in F. RODI, *Gli interventi dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2020, 187 ss.

[10] Parlamento europeo, Risoluzione del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL). Il progetto, relatrice la Eurodeputata Delvaux, è stato presentato il 20 gennaio 2015: per un commento al c.d. Rapporto Delvaux v. A. ZORNOZA, M. LAUKYTE, *Robotica e diritto: riflessioni critiche sull'ultima iniziativa di regolamentazione in Europa*, in *Contratto e impresa Europa*, 2016, 808 ss.

[11] Commissione europea, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, 25 aprile 2018, (137 final).

[12] *Commission Staff Working Document – Liability for emerging digital technologies.*

una pluralità di iniziative, tra le quali particolare attenzione merita l'istituzione di un Gruppo di Esperti sul tema della responsabilità connessa alle nuove tecnologie [13]. L'iniziativa è culminata con l'adozione, nel febbraio del 2020, di due (su un pacchetto complessivo di quattro) documenti di grande rilievo: un Libro bianco [14] e una relazione avente ad oggetto gli aspetti di sicurezza e di responsabilità implicati dalle tecnologie emergenti [15]. Tenendo conto di tali atti e documenti, il Parlamento è tornato sull'argomento, formulando in una Risoluzione recenziore un vero e proprio articolato normativo in materia di responsabilità civile per l'IA, su cui si dovrà tornare più oltre [16].

L'ultima iniziativa europea, in ordine di tempo, ha assunto la forma di una proposta di Regolamento presentata dalla Commissione, nell'aprile del 2021, al Parlamento [17]. L'atto normativo, la cui base giuridica è individuata tanto nell'art. 114, quanto, avuto riguardo a talune disposizioni, nell'art. 16 TFUE (in virtù delle implicazioni di data privacy connesse all'IA, su cui in questa sede non ci si soffermerà), non affronta il profilo della responsabilità civile. Esso, infatti, ha come oggetto e scopo l'uniformazione delle regole degli Stati membri in materia di sicurezza dei «sistemi di intelligenza artificiale» [18], secondo un approccio basato sull'individuazione di tre livelli di rischio che possono derivare dall'impiego delle tecniche di IA per i consociati: i sistemi considerati a rischio inaccettabile vengono pianamente proibiti [19]; i sistemi ad alto rischio, *recte* i relativi «fornitori» [20], sono tenuti all'obbligo di osservare stringenti requisiti di sicurezza (oltre che altri obblighi di risk management, in fase pre e post market) [21]; infine, i fornitori di sistemi a basso rischio sono solamente incoraggiati ad adeguarsi, su base volontaria, a codici di condotta che rispecchino i requisiti per i sistemi del secondo tipo (v. art. 69). Pur senza volersi addentrare oltre nell'analisi della proposta, e salvo quanto si osserverà in seguito, vale comunque la pena di evidenziare il fatto che il progetto di regolamento definisce i soggetti della catena dello sviluppo e della commercializzazione dei sistemi di IA (oltre che i relativi «utenti») al fine di costruire una serie, variabile in relazione alla misura del rischio che viene in rilievo, di obblighi ed oneri, la considerazione dei quali non può che influire sull'analisi dei criteri di allocazione del costo dei danni.

Nell'ora delineato quadro, dunque, e in attesa della formulazione di un'ulteriore proposta di regolamento da parte della Commissione europea, questa volta dedicato alla responsabilità civile connessa all'impiego di prodotti e servizi basati sull'IA [22], il presente lavoro si ripropone di offrire alcune riflessioni critiche circa le possi-

---

[13] Diviso in due formazioni: *New Technologies Formation* e *Product liability Directive*.

[14] Commissione europea, Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, 19 febbraio 2020 COM(2020) 65 final.

[15] Commissione europea, Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità, 19 febbraio 2020, COM(2020) 64 final.

[16] Parlamento europeo, Risoluzione del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale (2020/2014(INL)).

[17] Commissione europea, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione, 21 aprile 2021, COM(2021) 206 final.

[18] Espressamente individuati per elencazione nell'allegato I alla proposta, destinato (nelle intenzioni dell'Istituzione proponente) ad essere aggiornato al fine di mantenere la regolazione al passo della tecnica (v. art. 4 della Proposta).

[19] Le caratteristiche di tali sistemi sono individuate nell'art. 5, che vi annovera, ad esempio, un «sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcerne materialmente il comportamento in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico».

[20] Il fornitore, ai sensi dell'art. 3, n. 2, è «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o che fa sviluppare un sistema di IA al fine di immetterlo sul mercato o metterlo in servizio con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito».

[21] Vedi Titoli III, IV, VII e VIII della Proposta cit.

[22] Annunciata nella Relazione di accompagnamento alla proposta di Regolamento del 21 aprile 2021, cit., § 1.3, ove si precisa

bili soluzioni regolatorie che sono sul tavolo, le quali evocano – nel contesto della quarta rivoluzione industriale [23] – un dibattitto non lontano da quello che aveva accompagnato l'affermarsi sulla scena del diritto della seconda e della terza, con l'ovvia e significativa differenza che, ad oggi, esiste non solo un maturo apparato concettuale e categoriale, bensì pure un'articolata pluralità di regole di responsabilità, che sono il portato della complessità multilivello delle fonti, potenzialmente idonee a sovrapporsi e ad intrecciarsi tra loro.

Proprio in ragione di ciò, va subito detto, anticipando in parte quanto s'osserverà in conclusione, che, a prescindere dall'esito delle iniziative comunitarie assunte e da assumere in materia, non sembra auspicabile che i problemi di allocazione del danno posti o, quantomeno, acuiti dallo sviluppo dell'IA, vengano risolti, secondo scelte innovative o mediante l'applicazione (ovvero anche l'adattamento) delle regole esistenti, a livello degli ordinamenti dei singoli Stati membri [24]. In tal senso depone, anzitutto, l'ineludibile esigenza di mantenere allineate le regole relative alla sicurezza di prodotti e servizi, implementati con l'IA, a quelle in tema di responsabilità. Il tutto affinché queste ultime non ostacolino il perseguimento, da parte delle prime, dell'obbiettivo di garantire la libera circolazione di merci e servizi (intelligenti), in uno con la protezione della salute e di altri diritti fondamentali, nonché quello di assicurare la piena concorrenzialità del mercato unico europeo, alla stregua del resto di una scelta di *policy* che ha ispirato pure l'introduzione della Direttiva 85/374/CEE in materia di danno da prodotto difettoso [25]. Sotto diverso – e non meno importante – profilo, inoltre, solamente l'adozione di un sistema di regole uniformi – ed efficienti – può consentire all'Unione Europea di rivestire un ruolo significativo, sul piano mondiale, in materia di IA, permettendo ai valori di cui la stessa si fa latrice di essere esportati, nonché di essere valorizzati nei consessi internazionali ove si compiono le scelte fondamentali in merito alla gestione dei rischi e delle opportunità offerte dall'innovazione tecnologica [26].

2. – Tanto chiarito, al fine di comprendere le ragioni delle preoccupazioni espresse in dottrina e presso le sedi istituzionali, non solo comunitarie [27], rispetto ai nuovi pericoli legati alla diffusione dell'IA, occorre brevemente soffermarsi sui principali aspetti di ordine tecnico che rendono tale fenomeno, in varia misura, inedito e, comunque, bisognoso di una rinnovata riflessione da parte dello studioso (anche) della responsabilità civile.

---

che «La proposta fa parte di un pacchetto più ampio di misure destinate ad affrontare i problemi posti dallo sviluppo e dall'utilizzo dell'IA… Sono pertanto garantite la coerenza e la complementarità rispetto ad altre iniziative in corso o previste della Commissione, volte anch'esse ad affrontare tali problemi, comprese la revisione della normativa settoriale sui prodotti (ad esempio la direttiva macchine, la direttiva sulla sicurezza generale dei prodotti) e *le iniziative che affrontano le questioni connesse alla responsabilità in relazione alle nuove tecnologie, compresi i sistemi di IA*» (enfasi aggiunta).

[23] Cfr. K. SCHWAB, *The fourth industrial revolution*, Word Economic Forum, Ginevra, 2016.

[24] Cfr. S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, *Liability for Artificial Intelligence*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things: Munster Colloquia on Eu Law and the Digital Economy*, a cura di S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, Nomos, Baden Baden, 2019, 13 s.

[25] V. il primo considerando e cfr. il suo omologo nella Proposta di regolamento cit. Se poi sia stato raggiunto l'equilibrio tra opposte esigenze è altra questione: cfr. G.A. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea: fonti, modelli, regole*4, Padova, 2008, 351 ss.

[26] Questo rappresenta, nelle intenzioni della Commissione, uno degli obbiettivi della proposta di Regolamento del 21 aprile 2021, cit., come si evince dal § 1.2 della Relazione che l'accompagna.

[27] Ad esempio, la necessità di affrontare le sfide in merito alla sicurezza e alla responsabilità legate allo sviluppo dell'IA emerge chiaramente dall'esame del *Feasibility study on a legal framework on AI design, development and application based on CoE standards* documento del 17 dicembre 2020 elaborato dalla *Ad Hoc Committee On Artificial Intelligence* («CAHAI») costituita presso il Consiglio d'Europa (v. § 7.3 «Liability for damage caused by artificial intelligence»).

Stando alla già considerevole letteratura formatasi in merito, è opportuno indugiare essenzialmente sul carattere complesso e «aperto» (o, se si preferisce, interconnesso) dei sistemi di Intelligenza Artificiale, nonché sulla loro opacità e imprevedibilità, che dipendono da un'intrinseca autonomia, a propria volta riconducibile a una più o meno marcata capacità di «apprendimento» (ciò che induce a considerarli, appunto, intelligenti). Abilità di apprendere che discende dal ricorso, nella programmazione dei *software*, a sofisticate tecniche algoritmiche, quali, tra le altre, le reti neurali, gli alberi di decisione, l'apprendimento Bayesiano, l'apprendimento rinforzato [28]. Ed è appena il caso di rimarcare che quando l'IA non è semplicemente fornita alla stregua di un servizio – come potrebbe essere un applicativo che sfrutta un algoritmo intelligente (ad esempio un *chatbot* per la gestione delle richieste d'indennizzo dei clienti di un'impresa assicurativa) o un servizio di *predictive analytics* per il settore degli investimenti finanziari [29] – ma «guida» un bene, un robot, essa è in grado di conferire a quest'ultimo la capacità di modificare in via autonoma il mondo fisico secondo il paradigma icasticamente sintetizzato nella triade «sente-pensa-agisce» (*sense-think-act*) [30].

Entrando nello specifico, pur se nella misura consentita dalle dimensioni del presente lavoro, la complessità si riferisce alla circostanza che gli *output* del sistema dipendono dall'acquisizione di *input* a partire da un'eterogenea pluralità di fonti – si pensi alla presenza di molteplici sensori in un sistema di domotica intelligente – non da ultimo dalla rete *internet*, nonché dall'interazione di ciascuna componente con le altre, oltre che con differenti dispositivi, più o meno intelligenti, tra loro (*IoT*) [31]. Tale complessità strutturale, favorita dal carattere aperto alla fruizione di una mole di dati potenzialmente enorme, solleva rilevanti problemi di determinazione del processo eziologico che conduce al malfunzionamento del sistema e, dunque, al danno, con la conseguente difficoltà di stabilire all'attività di quale dei soggetti coinvolti nella produzione, messa in servizio e manutenzione degli elementi (*hardware* e *software*) del sistema, l'evento dannoso sia riconducibile [32]. La stessa interconnessione espone, poi, il sistema intelligente ad intrusioni (*hacking*) indesiderate, che

---

[28] Occorre essere avvertiti del fatto che «lo stato dell'arte dell'IA è oggi molto eterogeneo e offre una quantità di macchine virtuali che svolgono svariati tipi di elaborazioni»: così M.A. BODEN, *L'intelligenza Artificiale*, Bologna, 2019 (I ed. origin. 2018), 25, il cui testo offre un'utilissima illustrazione, comprensibile ai non addetti ai lavori, dei numerosi approcci tecnici in campo per raggiungere gli obbiettivi cui l'Intelligenza Artificiale mira.

[29] Per un'illustrazione delle vaste potenzialità dischiuse dalle tecniche di IA fornite come servizio cfr. S. LINS, K.D. PANDL, H. TEIGELER, S. THIEBES, C. BAYER, A. SUNYAEV, *Artificial Intelligence as a Service*, in *Business & Information Systems Engineering*, Vol. 63, 2021, 441 ss. (ove si definisce la «*AIaaS as cloud-based systems providing ondemand services to organizations and individuals to deploy, develop, train, and manage AI models*»).

[30] Cfr. U. PAGALLO, *The Laws of Robots Crimes, Contracts, and Torts*, Springer, Dordrecht, 2013, 2; D.C. VLADECK, *Machines without principals: liability rules and artificial intelligence*, in *Washington Law Review*, Vol. 89, 2014, 121, il quale sottolinea che le macchine autonome «*will not be tools used by humans; they will be machines deployed by humans that will act independently of direct human instruction*» (e v. *ivi* nota 16, ove si pone a confronto la relativa semplicità dei compiti di un pilota automatico di un aereo, rispetto alla complessità, dovuta al continuo mutamento di ambiente, di quelli di una *driverless car*). Occorre essere avvertiti del fatto che non tutti i *robot* possono considerarsi intelligenti. Sul punto si registra per vero una certa confusione: non rappresentano un'IA, per es., i robot chirurgici che sono manovrati dal professionista. Cfr., per tutti, F.P. HUBBARD, *Sophisticated Robots: Balancing Liability, Regulation, and Innovation*, in *Florida Law Review*, Vol. 66, 2014, 1839 ss.

[31] Cfr. G. SPINDLER, *User liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots*, in *Liability for Artificial Intelligence*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things: Munster Colloquia on Eu Law and the Digital Economy*, cit., 125 ss.; I. GIUFFRIDA, *Liability for AI Decision-Making: Some Legal and Ethical Considerations*, in *Fordham Law Review*, Vol. 88, 2019, 442 s.; H. ZECH, *Liability for AI: public policy considerations*, in *Era Forum*, 2021, accessibile all'indirizzo *https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs12027-020-00648-0*.

[32] Si pensi ad un sistema di irrigazione intelligente che provoca l'allagamento del fondo su cui è installato, rispetto al quale *ex post damnum* appare assai complesso determinare la ragione che ha condotto lo stesso ad attivarsi o a non arrestarsi: l'esempio è tratto da C. WENDEHORST, *Strict Liability for AI and other Emerging Technologies*, in *Journal of European Tort Law*, Vol. 11, 2020, 152 s., la quale evidenzia che, oltre al malfunzionamento di un sensore d'umidità, l'evento avverso potrebbe essere dovuto ai dati sul

possono essere finalizzate ad orientarlo verso scopi illeciti, tra l'altro attraverso la somministrazione di dati di cattiva qualità che ne inquinano le prestazioni (c.d. *data poisoning*) [33].

Del resto, la possibilità di nutrirsi dei dati ottenuti tramite la connessione alla Rete o ad altri dispositivi – ovvero ancora dall'ambiente (attraverso, ad es., la c.d. *computer vision*) – rappresenta il presupposto indefettibile per l'operatività del processo di *machine learning*, dal quale, come anticipato, dipende il verificarsi di *output* inopinati e, a dispetto di qualunque sforzo compiuto, non del tutto conoscibili *ex ante* [34]. L'effetto «scatola nera» infatti, secondo l'espressione con cui solitamente si evoca tale risvolto negativo dell'IA [35], ben si può compendiare dicendo che nemmeno i relativi sviluppatori – dunque tanto meno gli utenti finali – sono in grado di prevedere al momento della programmazione i percorsi decisionali seguiti dal sistema intelligente [36].

L'imprevedibilità in parola rappresenta un'inevitabile conseguenza dell'autonomia che connota l'IA. Sotto un primo profilo, già in parte illustrato, tale autonomia s'intende come capacità di giungere a risultati non attingibili o comunque non considerati dall'uomo: ad esempio, un *software* implementato con l'IA impiegato nell'analisi di *big data* in funzione predittiva è in grado di scovare correlazioni tra i dati che all'uomo riman-

---

meteo forniti da un soggetto terzo. Cfr. pure M. INFANTINO, *La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo continentali*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1772 ss.; D.G. GIFFORD, *Technological Triggers to Tort Revolutions: Steam Locomotives, Autonomous Vehicles, and Accident Compensation*, cit., 132 ss. Per ovviare al problema dell'individuazione del soggetto responsabile nell'ambito della catena produttiva, in ambito statunitense si è proposto, esito evidentemente non attingibile nel contesto normativo domestico, di configurare tutti i soggetti in essa implicati alla stregua di un'impresa unitaria (una *common enterprise theory* rivisitata *ad hoc*): così D.C. VLADECK, *Machines without principals: liability rules and artificial intelligence*, cit., 149 s. Nota G. COMANDÈ., *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability. il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, cit., 169 ss. che la proposta, pur semplificando la vita al danneggiato, non conduce ad un'efficiente allocazione del costo del danno.

[33] Una dettagliata illustrazione delle possibili minacce cui i sistemi intelligenti sono esposti è offerta nel *Report* della ENISA, *Ai Cybersecurity Challenges Threat Landscape for Artificial Intelligence*, dicembre 2020. Sul tema, che non sarà oggetto di specifica attenzione in questo studio, v., tra gli altri, M. GAMBINI, *Algoritmi e sicurezza*, in *Giur. it.*, 2019, 1726 ss.

[34] Cfr. C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era*, in *The Georgetown Law Journal*, Vol. 105, 2017, 1147 ss.

[35] Proprio per porre rimedio ai difetti di trasparenza e facilitare la comprensione di come l'algoritmo giunga ai propri *output* si sta sviluppando un particolare sottosettore dell'IA indicato come *Explainable Artificial Intelligence* (XAI): i grandi *player* forniscono servizi di questo tipo mettendo tra l'altro in luce come ciò consenta a chi si serve dell'IA di essere in linea con le prescrizioni normative, ad es., del Regolamento 2016/679/UE (v., a titolo meramente esemplificativo, *https://cloud.google.com/explainable-ai* o *https://www.ibm.com/watson/explainable-ai*). Anche con riferimento alla responsabilità civile l'*explainability* è destinata a giocare un rilevante ruolo (v. *infra* nel testo). Un'ampia panoramica di tali problemi e delle soluzioni (tecniche) in campo si ritrova nel volume collettaneo *Explainable AI: Interpreting, Explaining and Visualizing Deep Learning*, Springer, 2019. In particolare, v., *ivi*, W. SAMEK, K.R. MÜLLER, *Towards Explainable Artificial Intelligence*, 5 ss., che sottolineano come la *explainability* dipenda dalle tecniche utilizzate per realizzare l'IA: «*Simple classifiers such as linear models or shallow decision trees are intrinsically interpretable, so that explaining its predictions becomes a trivial task. Complex classifiers such as deep neural networks or recurrent models on the other hand contain several layers of non-linear transformations, which largely complicates the task of finding what exactly makes them arrive at their predictions*».

[36] Un'utile sintesi del problema (corredata di interessanti esempi pratici) in Y. BATHAEE, *The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 31, 2018, 905 ss.: «*One possible reason Al may be a black box to humans is that it relies on machine-learning algorithms that internalize data in ways that are not easily audited or understood by humans.* […] *First, a lack of transparency may arise from the complexity of the algorithm's structure, such as with a deep neural network, which consists of thousands of artificial neurons working together in a diffuse way to solve a problem* […] *Second, the lack of transparency may arise because the Al is using a machine-learning algorithm that relies on geometric relationships that humans cannot visualize, such as with support vector machines*». Questione differente, che attiene però sempre al profilo della trasparenza, è quella della possibile segretezza dell'algoritmo: è il caso degli algoritmi utilizzati per valutare il merito creditizio e inaccessibili ai soggetti valutati: cfr. D. KEATS CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, Vol. 89, 2014, 1 ss.

gono sostanzialmente celate [37]; ancora, un dispositivo medico *AI-driven* per la diagnostica potrebbe rintracciare indicatori della presenza di cancro non considerati dalla scienza medica sino a quel momento [38]. L'autonomia evoca, sotto altro profilo, l'affidamento che l'essere umano ripone nella macchina, la quale viene chiamata ad operare senza interferenze da parte del primo e talvolta financo senza la sua presenza o supervisione: il caso più evidente è costituito dalla *driverless car*, almeno nei (futuri) contesti di massima automazione nei quali il veicolo potrebbe addirittura circolare senza avere a bordo esseri umani [39].

Tornando allora al problema della scelta del regime di responsabilità civile che dovrebbe far fronte ai pericoli indotti dai sistemi intelligenti occorre anzitutto confrontarsi con quello che è il criterio «generale» di responsabilità – ancorché non necessariamente di più frequente applicazione [40] – e che appartiene al comune patrimonio degli ordinamenti (quantomeno) europei [41]: la colpa.

La tenuta dell'istituto in parola è messa alla prova dalla complessità e, soprattutto, dalla capacità dei sistemi intelligenti di assumere comportamenti frutto degli sviluppi dell'apprendimento. Invero, diviene difficile affermare che chi progetta, realizza o impiega il sistema medesimo abbia posto in essere una condotta contraria a un dovere di previsione e/o di prevenzione di un evento dannoso che, per l'appunto, si mostra *ex ante* non conoscibile [42]. Anche se, merita chiarirlo con la dottrina che si è occupata del problema, di fronte alle c.d. «*light AI*» – sistemi concepiti per specifici compiti e perciò contrapposti all'intelligenza artificiale generale («*general AI*» o «*strong AI*»), che, ove raggiunta, sarà un giorno in grado di svolgere (quasi) ogni attività dell'intelligenza umana – di imprevedibilità si deve parlare avendo presente che il «comportamento dannoso» rientra nell'ambito della sfera dei compiti programmati, potendo peraltro gli errori del sistema (in dipendenza tra l'altro dal tipo di tecnica utilizzata per realizzare l'IA) essere statisticamente probabili [43].

---

[37] A tal riguardo A.D. SELBST, S. BAROCAS, *The Intuitive Appeal of Explainable Machines, in Fordham Law Review*, Vol. 87, 2018, 1094 ss. rilevano che «*The power of machine learning lies not only in its ability to relieve programmers of the difficult task of producing explicit instructions for computers, but in its capacity to learn subtle relationships in data that humans might overlook or cannot recognize*».

[38] Cfr. M. BUITEN, A. DE STREEL, M. PEITZ, *Report on EU liability rules for the age of Artificial Intelligence*, Marzo, 2021, reperibile all'indirizzo *https://cerre.eu/publications/eu-liability-rules-age-of-artificial-intelligence-ai/*, 28; M.U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 29, 2016, 353 ss., spec. 363 dove riferisce del *software* C-Path, il quale ha permesso alla scienza medica di rilevare una correlazione sino ad allora non considerata.

[39] Cfr. G. CALABRESI, E. AL MUREDEN, *Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Bologna, 2021, 177 ss.

[40] Cfr., con riferimento all'ordinamento italiano, F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1988, 643 ss.; M. FRANZONI, *Fatti illeciti* (artt. 2043-2059 cod. civ.)[2], in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di DE NOVA, Bologna-Roma, 2020, 62 ss.

[41] Come puntualmente rileva G. WAGNER, *Robot liability*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things: Munster Colloquia on Eu Law and the Digital Economy*, cit., 33.

[42] Il punto è sottolineato ampiamente in letteratura. Cfr., senza pretesa di completezza, G. Finocchiaro, *Intelligenza Artificiale e responsabilità*, già in *Contratto e impresa*, 2020, e ora in *Diritto di Internet*[3], Bologna, 2020, 175 ss. (da cui pure le successive citazioni); O. Rachum-Twaig, *Whose Robot Is It Anyway?: Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots*, in *University of Illinois Law Review*, Vol. 4, 2020, 1152 ss.; *Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, cit., 33; T. ENGELHARDT, *Who pays? On artificial agents, human rights and tort law*, in *Research Handbook on Human Rights and Digital Technology*, a cura di B. WAGNER, C.M. KETTEMANN, K. VIETH, Edward Elgar Publishing, 2019, 287 s. Cfr., altresì, l'ampia indagine di A.D. SELBST, *Negligence and AI's Human Users*, in *Boston University Law Review*, Vol. 100, 2020, 1322 ss., ove l'osservazione per cui: «*where the unforeseeable error is the rule, not the exception, negligence law ceases to function*». La realizzazione di sistemi interpretabili e spiegabili «*can resolve the foreseeability challenge in some cases.* […] *The AI would become more like the machine vision system in the autonomous vehicle – one that replicates human knowledge and thus one that we can oversee. But importantly, that is not the general case and can only be used to find errors that accord with human intuition and expertise*».

[43] Approfondisce il tema A.D. SELBST, *Negligence and AI's Human Users*, in *Boston University Law Review*, cit., 1322 ss., spec. 1343 ss.

Alla luce di quest'ultima osservazione, appare chiaro come gli snodi problematici nell'applicazione del criterio della colpa, al fine di valutare la responsabilità di chi realizza o utilizza un sistema intelligente, siano rappresentati, sul versante sostanziale, dalla determinazione del livello di diligenza (nella programmazione, nella produzione, nell'uso ecc.) dotato di virtù esonerante e, su quello processuale, dalla prova della condotta illecita. A tale ultimo riguardo – salvo a verificare la fattibilità tecnica e l'efficacia di meccanismi di tracciamento dei processi del sistema (si pensi alla generazione di *file* di *log* «*by design*») funzionali alla ricostruzione della dinamica eziologica dell'incidente [44] – va osservato che l'onere probatorio della vittima appare tanto più gravoso quanto più complesso (nel senso di interconnesso), nonché quanto più autonomo, risulti essere il sistema. Infatti, sia la presenza di una pluralità di soggetti idonei a influire sul comportamento di quest'ultimo, sia – e il discorso vale soprattutto quando si tratta di valutare la condotta di chi lo produce o programma – la capacità del sistema di sviluppare percorsi decisionali, dipendenti dai dati acquisiti durante l'uso, può generare incertezza sulla riconducibilità dell'evento dannoso alla condotta colposa del convenuto prescelto dalla vittima [45].

Quanto, invece, al primo degli aspetti considerati, non potendo questa essere la sede per un'approfondita analisi delle diverse teorie – anche di stampo giuseconomico – elaborate per cercare di tracciare una o più linee guida di valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, ci si deve limitare a qualche osservazione. Con particolare riferimento a chi programma il *software* che attribuisce le caratteristiche di «intelligenza» al sistema occorre considerare non solamente che non esistono codici privi di errori [46], ma, altresì, che il conferimento allo stesso di un più o meno elevato grado di autonomia costituisce un elemento imprescindibile per consentirgli di realizzare i propri compiti, sicché non potrebbe di per sé dirsi irragionevole la scelta di creare un'entità che pur è astrattamente in grado di provocare incidenti come conseguenza del processo di apprendimento. Si tratta, piuttosto, di stabilire quale sia il livello di sicurezza che ci si può ragionevolmente attendere da un sistema intelligente concepito e «addestrato» in un certo modo. Al riguardo non sono mancate riflessioni dottrinali volte ad elaborare un paradigma di ragionevolezza misurato direttamente su quest'ultimo, le quali per vero fanno dubitare che ci si trovi ancora al cospetto di una responsabilità fondata sul riscontro di una condotta umana deviante rispetto al comportamento dovuto in base a diligenza, perizia, prudenza [47]. Ad

---

[44] Nutre piena fiducia nelle capacità di tracciamento dei dati B. CASEY, *Robot Ipsa Loquitur*, in *Georgetown Law Journal*, Vol. 108, 2019, 225 ss.: «*Thanks to these robust data-logging capabilities, authorities can reconstruct automated accidents with a degree of granularity simply unimaginable in conventional contexts. Rather than getting bogged down in algorithmic esoterica, they can look for the inference of negligence in the machine's own meticulous account. The robot, in other words, speaks for itself*». V., però, A.D. SELBST, *Negligence and AI's Human Users*, in *Boston University Law Review*, cit., 1341, che osserva: «*Interpretability and explainability can resolve the foreseeability challenge in some cases* […] *Whether the errors that occur will be intuitive is itself unpredictable, however. Thus, while the foreseeability challenge AI poses for negligence is not absolute, it is still a difficulty that will always exist in a subset of cases*».

[45] Cfr., tra gli altri, J. YOSHIKAWA, *Sharing the Costs of Artificial Intelligence: Universal No-Fault Social Insurance for Personal Injuries*, in *Vanderbilt journal of entertainment and technology law*, Vol. 21, 2019, 1165 ss.; B.A. KOCH, *Liability for Emerging Digital Technologies: An Overview*, in *Journal of European Tort Law*, Vol. 11, 2020, 126 ss., distingue tra casi in cui una condotta umana «colpevole» è rintracciabile lungo la catena che va dalla realizzazione all'uso del prodotto intelligente (es. un errore nella programmazione dell'algoritmo da cui l'intelligenza dipende) ai casi in cui «*If the flaw at stake is no longer some wrongdoing by a human actor, but rather a malfunction of an algorithm as such, the whole core idea of fault liability no longer seems applicable. If there was no flawed human conduct at least somewhere along the chain of causation leading to the malfunction (such as errors in programming the algorithm, or the interference of some hacker), there seems to be no room left to manoeuvre in this historic foundation of the law of delict*».

[46] Cfr. G. WAGNER, *Robot liability*, cit., 43.

[47] Cfr. R. ABBOT, *The reasonable computer: Disrupting the paradigm of tort Liability*, in *George Washington Law Review*, Vol. 86, 2018, 4 ss., il quale, in sintesi, propone che «*the acts of autonomous computer tortfeasors should be evaluated under a negligence*

ogni modo, pur non potendo trovare qui spazio una disamina delle diverse proposte appena evocate, ci si può limitare a notare come le stesse testimonino la difficoltà di approdare operativamente a uno *standard* di sicurezza – guardando alle modalità di progettazione (programmazione e *data training*) ovvero direttamente all'*output* del sistema – sufficientemente determinato [48].

Con particolare riferimento all'operatore (utilizzatore) professionale e non del sistema intelligente – oltre a doversi rilevare che la mancata conoscenza del contenuto del dovere di condotta può accrescere diffidenza e sfiducia nei ritrovati della tecnica (penalizzandone la domanda) [49] – si può notare come l'elemento dell'autonomia, in relazione ad entrambi i suoi già segnalati aspetti, imponga di confrontarsi con la questione se e in che misura l'affidamento riposto dall'uomo nella decisione del sistema intelligente, soprattutto se tradottasi in immediata azione, possa dirsi un atto colpevole. Non si tratta certo di un problema inedito, ma l'avvento dell'IA lo esacerba. I risultati che essa consente di ottenere, infatti, potrebbero essere non raggiungibili dall'intelligenza umana, in generale, oppure, di contro, sarebbero potuti essere comparativamente migliori nel singolo caso, pur rimanendo l'IA maggiormente affidabile da un punto di vista general-probabilistico, sicché, in entrambi i casi, diviene arduo muovere, in concreto, un rimprovero all'agente [50].

Sotto il profilo dell'analisi dell'impatto economico della regola della colpa, inoltre, si può osservare in termini generali che il complesso accertamento, dallo stesso postulato, è in grado di determinare elevati costi «terziari» (o «amministrativi» secondo la nota classificazione proposta da Guido Calabresi [51-52]. A semplifi-

---

standard, rather than a strict liability standard, in cases where an autonomous computer is occupying the position of a reasonable person in the traditional negligence paradigm and where automation is likely to improve safety»; K. CHAGAL-FEFERKORN, *The Reasonable Algorithm*, in *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy*, Vol. 1, 2018, 111 ss., spec. nonché 137 ss. ove l'A. offre pratici esempi per illustrare come la valutazione circa la ragionevolezza delle scelte del programmatore, da un lato, e del «comportamento» dell'algoritmo, dall'altro, potrebbe risultare disomogenea, in ambo i due sensi. Giudica errati e, dal punto di vista dello sviluppo tecnologico, comunque prematuri questi approcci A. LIOR, *The AI Accident Network: Artificial Intelligence Liability Meets Network Theory*, in *Tulane Law Review*, Vol. 95, 2021, 1118 ss. Il problema della «ragionevolezza» del *robot* finisce per coincidere con quello della determinazione del concetto di difettosità del sistema intelligente (su cui v. *infra* nel testo) secondo J.S. BORGHETTI, *How can Artificial Intelligence be Defective?*, in *Liability for artificial intelligence and the internet of things*, cit., 65 il quale osserva: «*It is doubtful, however, if the test of the reasonable robot could be anything else than a restatement of the requirement that the robot should not be defective. A negligent robot is just a defective one*».

[48] Né la tradizionale formula del giudice Learned Hand (v'è colpa se l'ammontare del danno moltiplicato per la probabilità della sua verificazione supera il costo delle precauzioni che lo avrebbero evitato) sembra idonea a venire in soccorso, come argomenta O. RACHUM-TWAIG, *Whose Robot Is It Anyway?: Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots*, cit., 160 («*In the context of AI-based robots, each factor in this formula becomes very difficult for the potential tortfeasors to know ex ante and no less difficult for courts to determine ex post what the tortfeasors should have known at the time*»).

[49] Cfr. H. ZECH, *Liability for Autonomous Systems: Tackling Specific Risks of Modern IT*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things: Munster Colloquia on Eu Law and the Digital Economy*, cit., 195 s., che rimarca come la questione sia «*especially important for consumers as technology users. Without a clear limitation of the consumers'duties, new AI products are potentially not attractive enough to be broadly accepted*».

[50] Il tema è sviscerato, nei suoi molti aspetti, da A.D. SELBST, *Negligence and AI's Human Users*, cit., 1333, spec. 1346 ove rileva che «*Depending on the state of the science, the decision to use AI may or may not be reasonable. At a certain threshold of error reduction, AI may become a reasonable choice, or the possibility of undetectable errors in individual cases may represent reasons to avoid AI use even if it is safer overall. But the negligence inquiry…asks whether people who are harmed when AI is used can still recover damages. By the time the user is put into a position to act reasonably or unreasonably, the choice to use AI has already been made and cannot factor into the analysis. If the use of AI is judged reasonable at the outset, it cannot later be deemed unreasonable to miss errors that are undetectable by humans. Such a standard turns negligence into strict liability*».

[51] G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, ed. 1975, trad. it. di A. DE VITA con presentazione di S. Rodotà, rist. inalterata, 2015, con presentazione di E. Al Mureden, 50.

[52] L'osservazione costituisce un *locus classicus* della letteratura, di stampo giuseconomico, che difende il primato della responsabilità oggettiva (come modello generale di imputazione del costo degli incidenti): v. già G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, cit., 198. Cfr., nel contesto dell'IA, tra i molti, A. LIOR, *The AI Accident Network:*

care il medesimo accertamento, peraltro, non si rivela di grande ausilio il parametro rappresentato dagli *standard* tecnici elaborati dai c.d. Enti di normalizzazione: invero, in questa fase storica della ricerca e dello sviluppo dell'IA, il processo di standardizzazione – di là dai suoi limiti intrinseci di carattere generale [53] – sembra trovarsi a uno stadio ancora troppo embrionale [54].

Il criterio della colpa presenta, comunque, dei vantaggi. Si tratta infatti di una regola flessibile, alla stregua della quale a ciascuno dei soggetti coinvolti nella realizzazione e messa in servizio del sistema intelligente è imposto un insieme di doveri di comportamento calibrati sulla concreta situazione rischiosa. E va infine senz'altro tenuto presente, sul piano degli effetti socioeconomici delle regole di responsabilità, che la scelta per la colpa sembra proteggere e favorire l'innovazione e lo sviluppo industriale – la storia della responsabilità civile degli ultimi due secoli lo attesta (e in particolare la vicenda della responsabilità del produttore) [55] – almeno nel senso che gli operatori economici dell'effervescente settore dell'IA non si devono fare carico di rischi, allo stato dell'arte (che pure è in costante evoluzione) tecnicamente inevitabili, né del compito di dimostrare, quantomeno fintantoché la distribuzione dei carichi probatori non venga, legislativamente o giudizialmente, alterata, la conformità del proprio processo produttivo allo *standard* di sicurezza esigibile [56].

3. – Le segnalate criticità che interessano la regola della colpa hanno condotto altra parte della dottrina a

---

Artificial Intelligence Liability Meets Network Theory, cit., 1133; O. RACHUM-TWAIG, *Whose Robot Is It Anyway?: Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots*, cit., 1161.

[53] Cfr. G. SPINDLER, *User liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots*, cit., 138, che riassume i problemi della standardizzazione: lentezza del relativo processo, permeabilità alle influenze degli *stakeholders*, possibile incongruenza dello standard rispetto al pericolo individuale (che genera l'incidente).

[54] Sul processo di standardizzazione merita consultare *The Rolling Plan for ICT Standardisation* – 2021, all'indirizzo *https://joinup.ec.europa.eu/collection/rolling-plan-ict-standardisation/artificial-intelligence*, nonché la pagina della Commissione ISO dedicata all'IA: *https://www.iso.org/committee/6794475.html*.

[55] Cfr., con riferimento al primo settore, quello dei trasporti, in cui si è affermata la responsabilità senza colpa, W. ERNST, *General introduction: legal change? Railway and car accidents and how the law coped with them*, in *The Development of Traffic Liability*, a cura di W. Ernst, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 1 ss.; S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, *Liability for Artificial Intelligence*, cit., 14 entro un discorso sull'IA in generale. Cfr., nel panorama dottrinale italiano sugli sviluppi della responsabilità civile, S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 64 ss.; G. TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, in *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Roma-Bari, 1974, a cura di N. LIPARI, 457 ss.; U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974, 177 ss., che ricorda come «il principio *"*nessuna responsabilità senza colpa*"* costituì il punto di equilibrio di due forze…da un lato l'esigenza di compensare il danneggiato…dall'altro quella di evitare eccessivi oneri che potessero ostacolare un'economica industriale in rapida espansione»; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975, 300 ss.; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 657 ss.; M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (2049-2053 cod. civ.)*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, dir. da F.D. Busnelli, Milano, 2009, 13 ss.

[56] Peraltro, la soddisfazione delle esigenze di sviluppo tecnico ed economico del settore si potrebbe ottenere pure fissando per legge una soglia di diligenza esonerante o, quantomeno, idonea, ove rispettata, a far gravare l'onere della prova della colpa sul danneggiato: in questo senso sembra l'articolata proposta di O. RACHUM-TWAIG, *Whose Robot Is It Anyway?: Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots*, cit., 1167 s.: «*I suggest enhancing an existing liability rule, namely negligence, with supplementary rules that will set a predetermined acceptable level of care applicable to designers and operators of AI-based robots (regardless of whether Al is embedded in the product sold to the consumer or Al capabilities are delivered as a service). Such level of care or quasi-safe-harbors, if unmet, will trigger liability […] In contrast, if the rules are met specific tort doctrines such as products liability will not apply, and the basic negligence rule will apply, but plaintiffs will have to prove actual negligence, forming a quasi-safe-harbor*». Come detto poco sopra nel testo, tuttavia, la rapida evoluzione tecnologica, unita alla complessità dei prodotti e servizi che si valgono dell'IA, rende lo scenario di una generale predeterminazione *ex ante* del livello di sicurezza «esonerante» (per programmatori, produttori ed utenti), ad essere ottimisti, arduo da inverare.

suggerire un differente itinerario: i danni provocati dall'IA dovrebbero assumere rilievo attraverso l'adozione di un criterio oggettivo di responsabilità, con particolare riferimento ai soggetti implicati nella catena di creazione del sistema intelligente [57].

Tale regime mira a realizzare una compensazione, tendenzialmente piena, del danno patito dalla vittima, contribuendo in tal modo a creare un clima di fiducia nel pubblico degli utenti e dei consumatori verso i prodotti e i servizi basati sull'Intelligenza Artificiale, alimentandone, per ulteriore conseguenza, la domanda. Una responsabilità svincolata dalla prova del mancato raggiungimento da parte del convenuto di una soglia di diligenza esonerante, inoltre, sembrerebbe idonea a spingere le imprese ad investire nella ricerca e nello sviluppo di soluzioni tecniche che minimizzino i rischi per utenti e terzi [58]. Il punto è però quantomai controverso: v'è infatti chi imputa all'eventuale adozione di criteri oggettivi di imputazione di responsabilità per il settore dell'IA pesanti «*chilling effects*» sull'innovazione [59]. Quali che siano gli effetti sul piano economico della regola, va comunque tenuto presente che l'idea per cui gli incentivi alla ricerca e allo sviluppo dovrebbero essere veicolati attraverso l'istituto aquiliano – nello specifico, mediante l'assorbimento delle esternalità negative prodotte dall'impresa da parte delle vittime – è passibile di critica [60].

In senso contrario all'adozione di una regola di responsabilità oggettiva, in termini generali e con particolare riferimento al settore dell'IA, parrebbero deporre ulteriori argomenti. L'attuale incertezza in merito alla reale rischiosità dei sistemi intelligenti – intesa come prodotto tra la quantità di danni che i medesimi sono in grado di provocare e la probabilità della loro verificazione – rende debole, si fa notare, il mercato assicurativo in questo settore, costringendo gli operatori che comunque intendano offrire una copertura assicurativa a prevedere premi elevatissimi, cui le imprese medio-piccole – e non sono poche le *start-up* (innovative) che contribuiscono al progresso dell'IA [61] – potrebbero non essere in grado di far fronte [62]. Un possibile rimedio all'inverarsi di un tale scenario – di scarsa assicurazione, con conseguente rischio di mancata compensazione dei danni o di decelerazione del processo d'innovazione – viene individuato nella previsione, accanto alla regola di responsabilità oggettiva, di un limite massimo all'importo del danno risarcibile [63]. Soluzione, questa di fissare un «*damages cap*», già peraltro messa a disposizione degli Stati membri dalla Direttiva sul danno da prodotto (v. art. 16), ancorché non accolta in sede di recepimento della medesima in Italia [64].

---

[57] Ciò che non stupisce se si ha consapevolezza del fatto che «L'industrializzazione progressiva, la distribuzione di massa di prodotti e servizi, la stessa diffusione delle tecnologie informatiche, costituiscono…alcuni tra i molteplici fattori che hanno avuto il loro riflesso cospicuo sulla estensione dell'area della responsabilità oggettiva.» (così G. ALPA, *La responsabilità oggettiva*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 962).

[58] Cfr. C. WENDEHORST, *Strict Liability for AI and other Emerging Technologies*, cit., 159 s.; A. LIOR, *The AI Accident Network: Artificial Intelligence Liability Meets Network Theory*, cit., 1134 s.

[59] Cfr. Y. BATHAEE, *The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation*, cit., 931 s.; A. DAVOLA, R. PARDOLESI, *In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto ("driverless")?*, in *Danno e resp.*, 2017, 627 ss. Argomenta – portando ad esempio la diffusione di *robot* chirurgici (non dotati di IA) – nel senso che una regola di *strict liability* non ha effetti disincentivanti sull'innovazione F.P. HUBBARD, *Sophisticated Robots: Balancing Liability, Regulation, and Innovation*, cit., 1839 ss.

[60] Si vedano le considerazioni di G. WAGNER, *Robot liability*, cit., 30. Il problema dovrebbe comunque essere esaminato, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano, anche tenuto conto del precetto compendiato nell'art. 41, cpv. Cost.

[61] All'indirizzo *https://www.ai-startups-europe.eu/* è disponibile una mappatura di molte *start up* europee del settore.

[62] Del problema si fa carico, considerandolo nell'ottica del rischio di concentrazione del mercato in mano a pochi, grandissimi *player*, e offre argomenti che sconfessano l'esito prefigurato nel testo A. LIOR, *Ai strict liability vis-a-vis ai monopolization*, in *Columbia Science and Technology Law Review*, Vol. 22, 2020, 90 ss. al cui lavoro si fa rinvio.

[63] Cfr. G. SPINDLER, *User liability and Strict Liability in the Internet of Things and for Robots*, cit., 136.

[64] Si sofferma sulla stessa, ravvisandovi un miglior bilanciamento tra esigenze di tutela delle vittime e interessi della produzione rispetto all'esclusione dei difetti del prodotto non accertabili in base allo stato dell'arte esistente al momento della messa in circolazione, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 805.

Certamente, si potrebbe obiettare che, laddove un incremento delle misure di sicurezza non sia (allo stato) tecnicamente possibile ovvero non sia comunque desiderabile, nella misura in cui le stesse possono comportare una perdita di funzionalità – segnatamente in termini di autonomia [65] – del sistema intelligente, un regime di responsabilità oggettiva cesserebbe di rappresentare per il produttore e i programmatori un incentivo a perfezionare i propri prodotti o servizi.

Decidere su chi debbano gravare i danni tecnicamente inevitabili è un problema tutt'altro che nuovo per l'istituto aquiliano, il quale tuttavia – e l'affermazione sfiora l'ovvio – non ha di mira solo la prevenzione dell'incidente ma possiede, pure, una funzione compensativa [66]. Anzi, pur nella consapevolezza della complessità dei profili teorici affrontati, pare possibile affermare che la previsione di una responsabilità fondata sul rischio risponde, tra l'altro, proprio all'esigenza di accollare in capo al soggetto che lo assume il costo degli incidenti provocati, a prescindere dalla sua capacità di prevenirli in concreto, di modo che lo stesso sarà incentivato, in considerazione dei costi da sostenere, a regolare, oltre che il *level of safety*, anche il *level of activity* [67]. Ciò però non deve essere inteso nel senso che anche quella oggettiva sarebbe una forma di responsabilità inadeguata rispetto a danni statisticamente non perfettamente prevedibili e, dunque, non pienamente amministrabili alla stregua di costi, come quelli che i sistemi autonomi e intelligenti potrebbero provocare [68].

---

[65] Cfr. Y. BATHAEE, *The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation*, cit., 930.

[66] Il dibattito sui profili funzionali dell'istituto è vasto, acceso ed aperto. In tempi abbastanza recenti, il problema se all'istituto siano ricollegabili funzioni ulteriori alla *compensation* e alla *deterrence*, è stato ulteriormente rinvigorito dal *dictum* di Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2018, parte I, c. 2504 con nota di C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*; in *Danno e resp.*, 2017, 419, con nota di M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, di G. CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages* e di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*; in *La nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1407 con nota di P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*; in *Corriere giur.*, 2017, 1050 ss., con nota di C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità*; in *Giur. it.*, 2017, 1794, con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*. Anche l'ordinanza di rimessione (16 maggio 2016, n. 9978) è stata ampiamente commentata: v., tra gli altri, L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite sui "danni punitivi"*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017, 1 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, 919 ss. Sul tema possono vedersi, senza pretesa di completezza, altresì i contributi di M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 313 ss.; E. AL MUREDEN, *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. Comm.*, 2018, 995 ss.; A. DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, 1309 ss.; G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1084 ss.; M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, *ivi*, 1142 ss.; C. DE MENECH, *Verso il riconoscimento dei danni punitivi*, in *JusCivile*, 2017, 608 ss.; A. CIATTI, *I danni punitivi quello che non vorremmo sentirci dire dalle Corti di* common law, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1 ss.; G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 489 ss. Rimane peraltro sempre valida l'avvertenza per cui i termini impiegati per descrivere le funzioni dell'istituto presentano un elevato tasso di polisemia, la quale si trae leggendo V. ROPPO, *Spigolature su responsabilità oggettiva e funzione deterrente*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, II, Milano, 2008, 453 ss.

[67] La distinzione, di matrice giuseconomica, viene impiegata pure nell'analisi dottrinale relativa alla regolazione del problema del danno da sistema intelligente. Cfr., tra gli altri, H. ZECH, *Liability for AI: public policy considerations*, cit., 152; M. BUITEN, A. De STREEL, M. PEITZ, *Report on EU liability rules for the age of Artificial Intelligence*, cit., 41. L'assunto vale in generale per la *strict liability*: v. M. Faure, *Economic Analysis*, in *Unification of tort law: strict liability*, a cura di KOCH e KOZIOL, Kluwer Law International, The Hague, 2002, 364 ss. V., però, O. RACHUM-TWAIG, *Whose Robot Is It Anyway?: Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots*, cit., 1144, «*It could be argued* [e si richiama S. SHAVELL, *Liability and the Incentive to Obtain Information About Risk,* in *The Journal of Legal Studies*, Vol. 21, 1992, 259 ss.] *that strict liability will require designers to obtain the necessary information to make the optimal cost-benefit analyses of their activity. But in the context of AI-based robots, this may not be technologically possible. In such cases where unpredictability is embedded in the technology, there is no advantage to imposing strict liability for the purpose of creating foreseeability*».

[68] Cfr. Y. BATHAEE, *The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation*, cit., 931 s., ove l'assunto criti-

Stando ad accreditate ricostruzioni dottrinali, si può infatti osservare che l'imprevedibilità sottesa al concetto di caso fortuito – nozione che compendiosamente esprime il limite della responsabilità oggettiva – consiste nell'assoluta estraneità (sovente intesa in termini causali) dell'evento alla sfera di rischio assunto dal soggetto fatto responsabile, non evocando, di contro, l'incapacità di costui di farvi fronte secondo diligenza [69].

In ogni caso, l'opzione per un regime obbiettivo di responsabilità postula l'individuazione del soggetto che si trova nella migliore posizione per prevenire e compensare il danno, dacché se venisse chiamato a rispondere un soggetto che non è grado di incidere efficacemente sul livello dell'attività rischiosa, oppure sulle condizioni di sicurezza del sistema intelligente, la regola di responsabilità potrebbe sortire effetti distorsivi, rendendo coloro che possono incrementare le misure preventive (e che magari hanno maggiori capacità di distribuire il costo del danno) irresponsabili e responsabili, di contro, coloro che nulla possono in tal senso. La crucialità del problema non si coglie soltanto allorché si tratta di decidere se il costo del danno debba essere traslato dalla vittima al danneggiante ovvero rimanere «lì dov'è caduto», bensì pure quando si deve determinare chi, tra i numerosi soggetti coinvolti nella produzione, programmazione, addestramento, messa in servizio o impiego del sistema intelligente, possieda le caratteristiche che lo rendono il miglior candidato alla responsabilità.

Entro tali coordinate, tra le plurime soluzioni che è possibile escogitare, meritano di essere approfonditi due dei possibili approcci che sono emersi nel dibattito eurounitario, tra loro assai distanti: l'uno, tecnologicamente neutrale, che demanda l'individuazione dei presupposti di applicazione del criterio oggettivo di imputazione a una valutazione, da compiersi di volta in volta e in concreto, circa le caratteristiche del sistema intelligente e il contesto in cui il medesimo viene messo in funzione; l'altro, invece, che reclama la previa individuazione di categorie di prodotti e servizi intelligenti omogenei quanto ai rischi di danno che generano, rispetto ai quali, per tale ragione, sarebbe possibile decretare in maniera generale e astratta il soggetto più idoneo a rispondere.

La prima strada è quella intrapresa dalla già richiamata Risoluzione del Parlamento europeo contenente un articolato di regole di responsabilità civile per l'Intelligenza Artificiale. Ivi, si propizia la creazione di un regime generale che attribuisce a un soggetto indicato come «operatore» – categoria che si ritrova già nel la-

---

cabile giusta il quale «*strict liability only makes sense if the creator of a computer program can anticipate the program's harmful effects ahead of time and adjust the program accordingly*»; R. CALO, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, in *California Law Review*, Vol. 103, 2015, 555, il quale estende puramente e semplicemente l'affermazione, fatta a proposito del *tort of negligence*, della necessaria *foreseeability* dell'evento dannoso pure al campo della responsabilità oggettiva.

[69] Cfr., senza pretesa di completezza e nella consapevolezza delle differenze nella ricostruzione teorica di ciascun Autore, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*3, Milano, 2021, 374 ss.; U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, cit., 262, sulla scorta del pensiero dello stesso Trimarchi; C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito la responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1978, 53 ss.; M. COMPORTI, *Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva*, in *Foro it.*, 1985, c. 2649 ss.; F. ANELLI, *Caso fortuito e rischio di impresa*, Milano, 1990, 36 ss.; P.G. MONATERI, *Responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 172 s.; R. PUCELLA, *La causalità incerta*, Torino, 2007, 183 ss. Con riferimento all'IA, cfr. A. LIOR, *The AI Accident Network: Artificial Intelligence Liability Meets Network Theory*, cit., 1135 ove s'afferma che «*it is problematic to provide a safe harbor to creators who have made something they knowingly cannot predict. The fact that they cannot predict the decision-making process of the AI entity is by itself predictable, and the broken causal link of the black box cannot be turned into a liability shield worn by AI creators*». Può essere utile rammentare come parte della dottrina penalistica che si è occupata della tenuta dell'istituto della colpa – cui sono sottese le ben note esigenze proprie di tale ramo del diritto – al cospetto dell'avvento degli algoritmi «intelligenti» abbia notato che: «nell'ambito dell'IA la colpa potrebbe operare solo al prezzo della sua definitiva consustanziazione con la responsabilità oggettiva. Se, infatti, ogni evento cagionato dal sistema, di per sé imprevedibile, viene rimproverato perché, *ab initio*, *genericamente prevedibile*, salta definitivamente il criterio di copertura del rischio tipico, che costituisce l'irrinunciabile DNA della colpa… è responsabilità oggettiva allo stato puro…»: così C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1763.

voro condotto dal Gruppo di esperti nominato dalla Commissione cui si è fatto cenno in apertura [70] – la responsabilità per i danni derivanti da servizi e prodotti *AI-driven*: regime che si fonda sulla distinzione – anch'essa echeggiante il risultato di quello stesso lavoro – tra sistemi intelligenti ad alto rischio e sistemi non ad alto rischio [71]. Per questi secondi il criterio di responsabilità è individuato nella colpa – presunta, salva la prova contraria – «in caso di eventuali danni o pregiudizi causati da un'attività, dispositivo o processo fisico o virtuale guidato dal sistema di IA» (art. 8): il livello di diligenza stabilito, però, appare talmente elevato da far dubitare di essere in presenza di un regime fondato sulla colpa, pur se considerata in relazione allo specifico contesto in cui l'attività (in senso latissimo) si svolge [72]. Vi sono, poi, i sistemi ad alto rischio, il quale viene definito come «un potenziale significativo in un sistema di IA che opera in modo autonomo di causare danni o pregiudizi a una o più persone in modo casuale e che va oltre quanto ci si possa ragionevolmente aspettare», da valutarsi tenuto conto del fatto che la «importanza del potenziale dipende dall'interazione tra la gravità dei possibili danni o pregiudizi, dal grado di autonomia decisionale, dalla probabilità che il rischio si concretizzi e dalla modalità e dal contesto di utilizzo del sistema di IA» (art. 3, lett. *c*). Con riferimento ad essi si propone un regime di responsabilità di tipo esplicitamente oggettivo, che ha per limite la «forza maggiore» e che, al pari di quella fondata sulla colpa, non trova esonero nel fatto che il danno derivi dall'esplicarsi dell'autonomia del sistema intelligente (art. 4, commi 1 e 3).

Molte potrebbero essere le osservazioni rivolte alla regolamentazione raccomandata dal Parlamento europeo in relazione ai danni riconducibili all'impiego di sistemi intelligenti ad alto rischio, ad esempio, con riferimento alla previsione di un limite all'importo del risarcimento, articolato secondo il tipo di danno che viene in gioco, o di obblighi assicurativi in capo agli operatori, che stanno ad indicare l'opportunità che l'onere economico in cui la responsabilità consiste risulti sostenibile per chi lo deve sopportare (v. artt. da 4 a 6). Neppure ci si può soffermare sulla bontà della scelta di far dipendere l'applicabilità dell'una o dell'altra regola di responsabilità dalla *magnitudo* del rischio stimabile in astratto che subito evoca il modello – preso *ex professo* a riferimento dagli autori della proposta in esame [73] – delle «attività pericolose» e che trova qualche riscontro nella letteratura specialistica sul tema [74].

---

[70] *Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, cit., 5 s. Esso si trova pure nel progetto di relazione (elaborato in seno alla Commissione Juri) che costituisce la base della Risoluzione del Parlamento europeo citata nel testo. Vedine l'analisi in A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., 1353.

[71] *Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation*, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, cit., *ibidem*, ove si suggerisce che «*Strict liability is an appropriate response to the risks posed by emerging digital technologies, if, for example, they are operated in non-private environments and may typically cause significant harm*». Come già osservato, pure la proposta di Regolamento europeo sulla sicurezza dei sistemi d'IA adotta un approccio fondato sulla classificazione dei livelli di rischio.

[72] Cfr. C. WENDEHORST, *Strict Liability for AI and other Emerging Technologies*, cit., 157.

[73] Si veda il considerando *sub* lett. C del preambolo della *Risoluzione*: «l'ordinamento giuridico di uno Stato membro può adeguare le proprie norme in materia di responsabilità per alcuni soggetti o render[l]e più oggettive per alcune attività; che la responsabilità oggettiva significa che una parte può essere ritenuta responsabile pur in assenza di colpa; che numerose norme nazionali in materia di responsabilità civile ritengono il convenuto oggettivamente responsabile se un rischio che egli stesso ha creato per il pubblico, come ad esempio nel caso di automobili o attività pericolose, o un rischio che non è in grado di controllare, come nel caso di animali, causa danni o pregiudizi».

[74] Cfr., ad es., E. KARNER, *Liability for Robotics: Current Rules, Challenges, and the Need for Innovative Concepts*, in *Liability for artificial intelligence and the internet of things*, cit., 122 s. «*it is clear that even on the basis of the pace of technical development alone, it is fruitless to rely solely on isolated, individual rules for various different autonomous systems. To prevent gaps in protection or value contradictions developing in the law, a general, strict liability rule structured according to levels of dangerousness is required as well*». Nel pensiero dell'A. l'approdo a una *general rule* dovrebbe comunque rappresentare l'esito di un processo regola-

Ciò che piuttosto interessa esaminare è la proposta di far dipendere da una definizione elastica ed incerta di operatore l'imputazione del costo del danno, la quale, a propria volta, si regge su una definizione di «controllo» altrettanto elastica e indefinita [75]. Controllo è infatti «qualsiasi azione di un operatore che influenza il funzionamento di un sistema di IA e quindi il grado in cui l'operatore espone terzi ai potenziali rischi associati all'operatività e al funzionamento del sistema di IA» (art 3, lett. *g*). Dunque, come gli autori della proposta in esame riconoscono nel prevederne la responsabilità in solido, plurimi possono essere gli «operatori» del sistema intelligente, ossia chi, appunto, ne ha il controllo, sicché l'azione risarcitoria potrebbe venire indirizzata indifferentemente verso uno di costoro – per es., colui che entra direttamente in contatto con il danneggiato, che non necessariamente è il soggetto meglio posizionato per prevenire o gestire il rischio – salva la ripartizione del danno, in sede di regresso, tra i differenti operatori (art. 11) [76].

Invero, gli scenari immaginabili, insieme tecnologici e giuridici, potrebbero differire ampiamente tra loro. Se possono darsi sistemi intelligenti i cui «comportamenti» dipendono fortemente dalla loro personalizzazione e dal loro impiego – e in tale misura sono dunque riconducibili al singolo utente finale – nonché dagli aggiornamenti del *software* che questi deve provvedere ad effettuare, altri prodotti o servizi risultano, di contro, «chiusi», le relative *performance* dipendendo per lo più da scelte di soggetti collocati lungo la catena produttiva ovvero di chi gestisce l'infrastruttura cui il sistema è connesso [77].

Muove, tra l'altro, proprio dalla constatazione della varietà delle situazioni di rischio che il ricorso a tecniche di Intelligenza Artificiale è in grado di generare il secondo degli approcci sopra evocati, così come dalla premessa che, mediante la regola di responsabilità, non si dovrebbe perseguire esclusivamente lo scopo di assicurare il risarcimento di tutti i danni connessi a un'attività particolarmente pericolosa in cui è implicato un sistema d'IA, dovendo la disciplina normativa altresì: favorire, evitando peraltro l'incerta sovrapposizione tra regimi di responsabilità potenzialmente concorrenti, l'accesso alla giustizia per le vittime (anche in relazione alle c.d. *small claims*); promuovere, secondo gli scopi ritenuti socialmente desiderabili, certe tecnologie piuttosto che altre; evitare che gli attori economici possano esternalizzare il costo dei danni dai medesimi creati [78].

Di qui, la proposta di individuare – settore per settore, *recte* tipologia di applicazione per tipologia di applicazione, con abbandono del principio della c.d. neutralità tecnologica – quale sia il soggetto che si trova nella migliore posizione per identificare, prevenire e gestire il rischio e sul quale andrebbe, quindi, obbligatoriamente «canalizzata» l'azione risarcitoria, lasciando poi al meccanismo del regresso (ma il punto non è ulteriormente approfondito) il compito di allocare più equamente il danno in relazione ai rischi gravanti sui di-

---

torio la cui prima fase consiste nell'adozione di «*risk-based liability rules for specific autonomous systems of particular practical importance*».

[75] Cfr. A. BERTOLINI, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, cit., 85 s. «*if adopted legislation resorted to an umbrella-term, potentially encompassing different parties at once (e.g.: the producer, owner, professional and or private user, custodian, service provider), many subjects could be deemed responsible towards the victim, and determining which one to sue would again become costly, discouraging access to justice and leading to undercompensation in alternative causation scenarios described above. This might also lead to overdeterrence, in particular when duties to insure are established upon the responsible party. Indeed, if more than one of the agents involved in the production, use or provision of a good or service were to qualify as potentially responsible parties, they would all need to insure against the same harm, leading to an increase in the cost of good or service, beyond what is reasonable and useful. This would also delay innovation*».

[76] L'art. 12 della proposta del Parlamento precisa però che «L'operatore non ha il diritto di proporre un'azione di regresso, a meno che la persona interessata non abbia interamente ricevuto il risarcimento che le spetta ai sensi del presente regolamento».

[77] Per la distinzione tra sistema aperto e sistema chiuso v. U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità la strategia della commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1257 ss., ove ulteriori riferimenti.

[78] Quest'approccio, detto di «*risk-management*», è coltivato da A. BERTOLINI, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, cit., 77 ss.

versi attori (professionali e non) coinvolti, secondo modalità differenti, nella realizzazione e nel funzionamento del sistema [79].

La proposta in parola, postulante una valutazione dell'impatto dell'IA in molti settori già oggetto di speciale regolazione a livello nazionale ovvero eurounitario (basti ad esempio pensare alle differenti norme esistenti in materia di responsabilità medica e a quelle in materia di danni da circolazione stradale), possiede l'indubbio vantaggio di rendere maggiormente «sartoriale» e armonica l'introduzione di nuove regole, ove paragonata all'innesto nel sistema di una previsione di responsabilità di carattere generale e trasversale. D'altro canto, però, va tenuto presente che l'analiticità nella regolazione – anche a voler trascurare l'eventualità che le scelte regolatorie assunte si rivelino infine non congrue rispetto agli obbiettivi perseguiti – potrebbe tradursi, a causa del tempo inevitabilmente necessario per la valutazione dei rischi, per la discussione e l'adozione del criterio di responsabilità, in un ritardo cronicizzato della normativa rispetto allo sviluppo tecnologico [80].

Inoltre, l'identificazione del miglior candidato ad essere convenuto in giudizio con l'azione risarcitoria può costituire un'operazione difficile a compiersi in astratto.

Sotto un primo profilo, infatti, occorre tener presente che l'idea per cui è possibile identificare un soggetto idoneo, in generale, a minimizzare meglio di altri i molteplici e disomogenei rischi connessi a un sistema intelligente si scontra con l'osservazione che, a seconda del momento temporale e dello specifico rischio presi in considerazione, l'esito dell'analisi potrebbe variare. Se, poi, come pare indispensabile, si includono nel discorso anche considerazioni legate alla capacità di ripartire il costo del danno – ad esempio per l'impresa attraverso il gioco dei prezzi, per il consumatore mediante l'assicurazione – trovare una soluzione univoca diviene missione ancora più complicata [81]. Acquista allora fondamentale rilevanza la (sapiente) combinazione della prescelta regola oggettiva di imputazione della responsabilità civile con altri meccanismi, quali l'assicurazione obbligatoria, atta a coprire la prevedibile insolvibilità del soggetto fatto responsabile, ove questi non abbia naturalmente una tasca profonda. Allo stesso modo, diviene importante la previsione di doveri di monitoraggio e tracciamento dell'attività del sistema intelligente, nonché l'imposizione dell'obbligo di mettere i relativi risultati a disposizione di chi dovrebbe rispondere, ma che non può decidere se e in che misura rendere trasparente il sistema e che è comunque chiamato ad operare la stima e la minimizzazione del rischio. Ciò vale a maggior ragione se si hanno pure di mira obbiettivi di promozione di certune applicazioni tecnologiche: il loro perseguimento, infatti, potrebbe richiedere di modellare la regola di responsabilità in vario senso (limitando ad es. l'importo risarcitorio massimo conseguibile) e/o di affiancarla a forme differenti di socializzazione del costo degli incidenti [82].

---

[79] Cfr. ancora A. BERTOLINI, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, cit., 96 ss., che analizza partitamente alcuni scenari di danno, come quelli legati, ad es., all'impiego di auto a guida autonoma, all'uso di sistemi esperti in medicina. L'approccio in parola trova voci favorevoli: v. A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1353. Cfr., altresì, M. BUITEN, A. DE STREEL, M. PEITZ, *Report on EU liability rules for the age of Artificial Intelligence*, cit., spec. 60 ss., ove s'afferma che «*Given the need to differentiate for AI-driven applications based on the context in which they are used, the question is how broadly a horizontal regime can ultimately apply. If most high-risk AI applications will be regulated elsewhere, following the sector-specific rules with a liability regime would be the preferred approach*».

[80] S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, *Liability for Artificial Intelligence*, in *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things: Munster Colloquia on Eu Law and the Digital Economy*, cit., 21.

[81] Cfr., in relazione ad entrambe le criticità sollevate nel testo, B.A. KOCH, *Product liability 2.0 – Mere Update or New Version?*, in *Liability for artificial intelligence and the internet of things*, cit. 110 s.

[82] Non manca chi propone (nel peculiare contesto delle *driverless car*) di introdurre per l'impresa produttrice del robot un regime di responsabilità oggettiva limitata dalla previsione di regole operative sancite *ex ante* A. DAVOLA, R. PARDOLESI, *In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto ("driverless")?*, cit., 628, con parallela istituzione di un fondo di garanzia per le vittime atto

Sotto altro profilo, va osservato che la convinzione per cui il meccanismo delle azioni di regresso (o manleva) consentirebbe di conseguire gli obbiettivi della giustizia e dell'efficienza nell'allocazione del costo del danno può essere messa in discussione, come si tenterà di mostrare all'esito di una breve analisi del tema condotta *de iure condito* [83].

4. – Quale essa sia, la scelta che compirà il legislatore europeo – che di ciò è pienamente cosciente – non potrà che fare i conti, da un lato, con l'assetto delle regole vigenti all'interno dei differenti Paesi membri e, dall'altro, con il diritto comune dei prodotti.

Già si sono illustrate le ragioni, di politica (anche del diritto), che sconsigliano un approccio frammentato e frammentario nella regolazione del fenomeno dell'Intelligenza Artificiale, anche sotto il profilo della responsabilità civile; approccio di cui il settore della guida automatizzata e connessa rappresenta – già ad oggi – un esempio assai limpido [84]. Per meglio comprendere le medesime, tuttavia, può essere utile mostrare, anche se dal limitato punto di vista dell'ordinamento italiano, come potrebbe risultare disciplinata l'allocazione dei danni provocati da sistemi di intelligenza artificiale in applicazione dei criteri di imputazione nazionali, considerati, tra l'altro, nella loro «interazione» con la disciplina della *product liability* di fonte eurounitaria.

Proprio da quest'ultima appare consigliabile muovere per metterne in luce, con la dottrina europea che si è occupata del tema, i plurimi difetti – in parte già accennati – che la rendono non del tutto adeguata a fronteggiare i nuovi scenari di rischio introdotti dalla diffusione di sistemi intelligenti.

Nello specifico, si è sottolineata la necessità di superare la distinzione tra «prodotto» e «servizio» onde far rientrare anche i servizi nel campo di applicazione della disciplina in esame, posto che non di rado essi vengono forniti in maniera separata e distinta da un bene mobile dotato di corporeità (si pensi, banalmente, a un'applicazione per lo *smartphone* implementata con l'IA) [85].

Per una ragione non dissimile, premesso che lo stesso rappresenta l'elemento di maggior valore del bene complessivamente considerato, è stata messa in evidenza l'opportunità di chiarire la qualificazione giuridica dell'*embedded software*. Ciò benché, preme evidenziarlo, con riferimento all'ipotesi in cui l'incorporazione del *software* nel prodotto avvenga in seno alla catena produttiva, alcuni autori propongano di considerarlo

---

a coprire il danno non a carico dell'operatore. Già si sono tuttavia sottolineate le difficoltà insite in un progetto di predeterminazione degli *standard* di sicurezza – in disparte il profilo, di centrale importanza, di chi dovrebbero essere i relativi autori – di sistemi programmati per evolvere nel loro comportamento.

[83] Si pensi, nell'ottica della prova del difetto e del nesso eziologico tra questo ed il danno, ad un errore di programmazione dell'algoritmo con cui funziona il sistema intelligente foriero di danno, non accertabile *ex post*, ovvero all'ipotesi in cui rimanga (giudizialmente) dubbio se il comportamento deviante sia frutto del *machine learning* avvenuto precedentemente o, di contro, successivamente alla messa in circolazione dello *smart device*. Del problema si mostra consapevole lo stesso A. BERTOLINI, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, cit., 116 ss. con riferimento alla regolazione del danno cagionato da droni, quando rileva che: «*the criticalities of the PLD regarding informational asymmetry, the development risk defense and the victim's burden to prove the causal nexus between the damage and the defect of a widely used, albeit advanced technology, may prove burdensome, and limit the possibility of further apportionment of liability through secondary litigation*».

[84] Per una panoramica delle scelte compiute sul tema nell'ambito dei singoli ordinamenti europei A. BERTOLINI, M. RICCABONI, *Grounding the case for a European approach to the regulation of automated driving: the technology-selection effect of liability rules*, in *European Journal of Law and Economics,* novembre 2020, 243 ss., spec. 273 ss.; Sui profili di responsabilità civile peculiari alle *driverless car* la letteratura è già vasta. Cfr., senza pretesa di completezza, U. RUFFOLO, E. Al MUREDEN, *Autonomous vehicles e responsabilità nel nostro sistema ed in quello statunitense*, in *Giur. it.*, 2019, 1704 ss.

[85] Sul punto v. la *Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità*, 19 febbraio 2020, COM(2020) 64 final, 15 e, in dottrina, U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità la strategia della commissione europea*, cit., 1259.

alla stregua di una «componente» di quest'ultimo, con la conseguenza che, a diritto vigente, ossia in virtù dell'art. 3, comma 1 della Direttiva, si potrebbe predicare la responsabilità civile (oltre che del produttore del bene finito) anche dello sviluppatore della componente [86].

Oltre che il suo ambito di applicazione, alcuni profili centrali della disciplina di fonte comunitaria sono stati oggetto di censura in relazione alle evidenziate caratteristiche dei sistemi intelligenti.

In particolare, si è da più voci affermata l'eccessiva gravosità degli incombenti probatori di competenza del danneggiato – soprattutto del difetto e del nesso tra questo ed il danno – rispetto alla complessità e all'opacità del dispositivo o del servizio implementato mediante l'IA: possibili linee di riforma vengono individuate in un alleggerimento di tali oneri, mediante l'espressa previsione della possibilità di fare ampio ricorso a presunzioni [87], nonché, più radicalmente, in un'autentica inversione dell'*onus probandi* a favore del danneggiato, al ricorrere, in concreto, di determinati presupposti [88].

La stessa nozione di difetto, su cui il plesso normativo considerato risulta imperniata, di fronte all'emergere dei nuovi rischi di danno indotti dalla diffusione delle tecnologie riconducibili al paradigma dell'IA, mostra sintomi di inadeguatezza. Sotto un primo profilo, si denuncia – condivisibilmente – la difficoltà di calibrare la valutazione circa le legittime aspettative di sicurezza del grande pubblico rispetto agli algoritmi intelligenti: risulta infatti tutt'altro che agevole stabilire se tale valutazione debba compiersi paragonando l'algoritmo che guida il prodotto con la sicurezza offerta da algoritmi analoghi [89], ovvero con la sicurezza garantita dall'uomo impegnato ad espletare identici compiti [90], rimanendo peraltro da chiarire, ove sposata tale

---

[86] Cfr. in questo senso, tra gli altri, A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., 1346, ove si sottolinea che «Il soggetto che ha il controllo del prodotto infatti potrebbe essere diverso da colui che ne è stato materialmente il fabbricante»; M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, in *Contratto e impresa*, 2020, 1186, la quale sostiene altresì che «Qualora… il software dotato di intelligenza artificiale non sia incorporato in uno specifico dispositivo, l'ideatore del programma potrebbe considerarsi il fabbricante del prodotto finito». Soluzione, quest'ultima, che deve fare i conti con la definizione di prodotto quale bene mobile, dunque, secondo una diffusa opinione, come *res corporalis*: v., infatti, G. WAGNER, *Robot Liability*, in *Liability for artificial intelligence and the internet of things*, cit., 41 s. M. DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, 307.

[87] Approfondiscono il punto A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., 1349 s., la quale evidenzia il ruolo che potrebbe avere, ai fini probatori, l'installazione nei sistemi intelligenti di meccanismi (es. *black box*) che ne garantiscano maggiore trasparenza; A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 2019, 1723, constatando che, pur non essendo, quello della prova del difetto, un problema nuovo per l'utilizzatore (posto che l'asimmetria informativa tra questi e il produttore caratterizza anche molti settori merceologici «tradizionali»), la natura intelligente del prodotto lo acuisce, e, dunque, invita «a percorrere la via sinora soltanto tracciata dalla Corte di Giustizia sulla scia della semplificazione del rigore della prova scientifica richiesta, da temperare con il ricorso a principi di vicinanza della prova al fine di garantire l'effettività della tutela del consumatore».

[88] Cfr. *Expert Group – New Technologies Formation*, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, cit., 42 ss.

[89] Il problema è diffusamente trattato da J. S. BORGHETTI, *How can Artificial Intelligence be Defective?*, in *Liability for artificial intelligence and the internet of things*, a cura di S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, cit., 68 ss., che avverte sul fatto che «*algorithms should also be or become able to do things that humans are not capable of doing, in which case a comparison with a reasonable human behaviour is pointless*».

[90] Cfr. A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, cit., 1019; F.P. PATTI, *The European road to autonomous vehicles*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 43, 2019, 144 ss. «*Not focusing on the circumstances of the crash means accepting the possibility that an AV's manufacturer will elude liability even if in the individual circumstances the vehicle causes a crash that a human could easily avoid*». Né si manca di vagliare ulteriori ipotesi per tentare di dipanare questo nodo così delicato (e senz'altro centrale) della materia: v. A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., 1350 s., che approfondisce, tra l'altro, la possibilità di far capo, per valutare la difettosità, al *risk-utility test* impiegato negli Stati Uniti per vagliare i *design* e gli *informational defects*, mettendone in luce il costo elevato e la complessità che ridondano a svantaggio dell'attore danneggiato.

ultima ipotesi, se si debba tener conto del complessivo aumento di sicurezza recato dall'innovazione all'attività in questione.

Sotto altro profilo, è stato convincentemente evidenziato come l'IA sia in grado addirittura di sollevare dubbi, talvolta, circa la più appropriata identificazione della natura del difetto. In particolare, alle volte appare difficile comprendere se il comportamento dannoso del sistema dipendente dal processo di apprendimento possa considerarsi manifestazione di un difetto di fabbricazione ovvero di costruzione: ciò perché, a dispetto dell'identità dell'algoritmo di cui tutti, appunto, i prodotti della medesima serie risultano dotati, il processo di *machine learning* varia da dispositivo intelligente a dispositivo intelligente [91]. Come noto, l'opzione per la qualificazione del difetto in termini di *manufacturing defect* – l'impiego della terminologia statunitense riecheggia l'origine della distinzione in considerazione – determina l'applicazione di una regola di responsabilità senz'altro oggettiva, venendo in rilievo l'ult. comma dell'art. 117 cod. cons., con cui il legislatore italiano ha per vero chiarito quanto già implicitamente sancito dalla Direttiva e, cioè, che «un prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie» [92].

I punti di maggiore criticità, tuttavia, sembrano riguardare le difese del produttore, che potrebbero, nel contesto algoritmico, trovare spazio in misura superiore rispetto a quanto accade con i prodotti «tradizionali». Segnatamente, le capacità di apprendimento del sistema intelligente potrebbero agevolare l'accoglimento dell'eccezione di cui all'art. 7, lett. *b* della Direttiva del 1985, poiché il processo di *learning* avviene in una fase successiva alla messa in circolazione del prodotto, in relazione alla quale – a diritto invariato – il produttore non è chiamato a rispondere [93]. Rimane da indagare se sia possibile superare tale limite facendo leva sulla tesi giusta la quale dalla normativa in materia di sicurezza sarebbe lecito ricavare obblighi di monitoraggio (dunque di ritiro, richiamo ecc.) post-produzione idonei, ove violati, a far conseguire un esito risarcitorio all'utilizzatore (o al *bystander*) danneggiato [94].

---

[91] Cfr. U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità la strategia della commissione europea*, cit., 1260 ss.; T. ENGELHARDT, *Who pays? On artificial agents, human rights and tort law*, cit., 294.

[92] Cfr., *ex permultis*, U. CARNEVALI, sub *art*. 117, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., 758 s.; M.L. LOI, sub *art. 5*, in *Commentario al d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, cit., 550.

[93] Il problema è chiaramente avvertito nella *Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità*, 19 febbraio 2020, COM(2020) 64 final, 18. In dottrina è stato comunque osservato che di difetto genetico potrà parlarsi allorché al programmatore (o al produttore, se l'algoritmo è incorporato) sia imputabile la «mancata attivazione di *"*blocchi di sicurezza*"*…mancata previsione di meccanismi volti a impedire l'esecuzione di comandi errati provenienti dall'uomo o, comunque, a correggere l'errore umano…mancanza di sufficienti *"*barriere*"* idonee ad ostacolare tali fenomeni potrebbe allora essere considerata difetto»: così A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, cit., 1722.

[94] Cfr. T. ENGELHARDT, *Who pays? On artificial agents, human rights and tort law*, cit., 295. La proposta di Regolamento del 21 aprile 2021 ribadisce il dovere di monitorare le condizioni di sicurezza dei propri prodotti. In particolare, l'art. 21 prevede che «i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio che ritengono o hanno motivo di ritenere che un sistema di IA ad alto rischio da essi immesso sul mercato o messo in servizio non sia conforme al presente regolamento adottano immediatamente le misure correttive necessarie per rendere conforme tale dispositivo, ritirarlo o richiamarlo, a seconda dei casi. Essi informano di conseguenza i distributori del sistema di IA ad alto rischio in questione e, ove applicabile, il rappresentante autorizzato e gli importatori». Presso la dottrina italiana è aperta la discussione circa la possibilità di fondare sulle normative in materia di sicurezza dei prodotti un'azione risarcitoria autonoma, dunque non dipendente dal ricorrere del presupposto del difetto delineato nella Direttiva sulla *product liability*. In particolare, secondo taluni, il danneggiato potrebbe agire nei confronti del produttore – al di fuori del perimetro applicativo della normativa speciale – dimostrandone positivamente la colpa per omessa adozione delle misure imposte dalle regole sulla sicurezza: cfr., tra gli altri, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., 813.; A. ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 1001 ss. Non manca, tuttavia, chi sostiene l'esistenza di un'«obbligazione di sicurezza dei consumatori», il cui «inadempimento» darebbe luogo a una responsabilità civile del fabbricante; tesi che poggia, tra l'altro, sul rilievo che i rapporti tra Direttiva 2001/95/CE e 85/374/CEE, regolati dall'art. 17 della prima, andrebbero intesi in termini

Analogamente, sempre perché come riferimento è assunto il momento della messa in circolazione del prodotto, la c.d. *risk of development defense* – ossia l'esenzione di responsabilità per i difetti che lo stato dell'arte, cristallizzato in quel punto della linea del tempo, non permetteva di scoprire – avrebbe vocazione a trovare maggior spazio di operatività in relazione all'imprevedibile comportamento deviante del sistema intelligente, nonché alla rapida evoluzione tecnologica che caratterizza tale frontiera della ricerca [95].

Avuto riguardo ai due ora segnalati aspetti è stato suggerito di modificare la disciplina della *product liability* nel senso di posticipare il momento temporale di riferimento, fissandolo al termine del ciclo di vita del prodotto ovvero alla scadenza di un periodo di monitoraggio post-produzione. Sul punto, merita segnalare che la citata proposta di Regolamento in materia di sicurezza contempla obblighi di monitoraggio ai fini della valutazione della persistente conformità (o non) dei sistemi intelligenti immessi sul mercato (art. 61): si può però dubitare del fatto che la previsione in parola consenta, di per sé sola, di superare in via ermeneutica i casi di esonero di responsabilità previsti dalla Direttiva [96].

Gli evidenziati difetti della Direttiva potrebbero venire «emendati», *recte* scongiurati, dal ricorso pratico alle regole nazionali di responsabilità civile, sulle quali il discorso deve ora proiettarsi. Nell'ambito del nostro ordinamento, com'è noto, le norme europee sul danno da prodotto si contendono il campo con l'articolo 2050 cod. civ., dettato con riferimento alle attività pericolose. A dispetto delle critiche mosse al riguardo – fondate sull'esigenza di mantenere armonizzati i sistemi nazionali [97] – è prevalsa in giurisprudenza la tesi giusta la quale l'art. 127 del Codice del consumo, che recepisce l'art. 13 della Direttiva del 1985, dev'essere

---

di complementarietà e non di specialità (della seconda rispetto alla prima): cfr. A. CORDIANO, *Sicurezza dei prodotti e tutela preventiva dei consumatori*, Padova, 2005, spec. 169 ss., la quale si spinge a ipotizzare un «illecito del fabbricante» (p. 215) da violazione delle norme sulla sicurezza nella fase anteriore all'immissione in commercio. Esito, quest'ultimo, refutato da altra dottrina, in ragione della specialità della disciplina *ex* Direttiva 85/374/CEE con riferimento alla (sola) fase *pre-market*: v. F. CAFAGGI, *La responsabilità dell'impresa per i prodotti difettosi*, in *Trattato di dir. priv. europeo*2, a cura di Lipari, Padova, 2003, 575 s. Secondo un'altra opinione, «in caso di conoscenza o conoscibilità sopravvenuta [all'immissione in commercio] del rischio, non è predicabile una responsabilità ai sensi degli artt. 114 ss. […] Ciò non di meno, se il produttore resta inerte… viola i doveri posti dalla regolamentazione sulla sicurezza generale dei prodotti […] nella disciplina sulla sicurezza… vengono in questione dei precetti da osservare per non introdurre, con l'immissione sul mercato del prodotto, un rischio che superi il livello ritenuto accettabile secondo i parametri ivi forniti»: così R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milano, 2012, 172 ss., la quale ritiene che i doveri di contenimento del rischio al di sotto di un livello di sicurezza accettabile, compendiati nelle previsioni di *product safety*, conducano a un'imputazione *oggettiva* della responsabilità al fabbricante che li abbia violati (parendo alla stessa A. riduttivo il ricorso alla nozione di colpa).

[95] Cfr. A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, cit., 1352; F.P. PATTI, *The European road to autonomous vehicles*, cit., 142, ad avviso del quale «*The systems adopt autonomous decisions that could be wrong and cause harm also if the manufacturer has fulfilled the required safety duties. It is questionable whether in the future it would be a suitable solution to wholly eliminate the development*», che però, non condividendo la regola che rimette agli Stati membri l'opzione in merito, è dell'avviso che «*especially to assure competition in the single market and a high level of protection for the victims, it seems preferable to exclude the development risk defense by means of European legislative intervention*». Cfr. pure le conclusioni cui giunge *l'Expert Group – New Technologies Formation* nel citato studio *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, evocando una prevedibilità dell'imprevedibilità in chiave giustificativa: «*In view of the need to share benefits and risks efficiently and fairly, the development risk defence, which allows the producer to avoid liability for unforeseeable defects, should not be available in cases where it was predictable that unforeseen developments might occur*».

[96] Obblighi di monitoraggio, al cospetto di peculiari rischi in capo al prodotto messo in circolazione, sono dettati all'interno di molte altre normative verticali sulla sicurezza: v., ad es., art. 8, par. 4, Dir. 2014/33/UE sulla sicurezza degli ascensori; art. 7, par. 4, 2016/426/UE sugli apparecchi che bruciano carburanti gassosi.

[97] Cfr. F. GALGANO, *Responsabilità del produttore*, in *Contratto e impresa*, 1986, 995 ss.; P.G. MONATERI, *La cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo isolamento italiano* (nota a Cass., 17 dicembre 2009, n. 26516), in *Danno e resp.*, 2010, 569 ss., e in E. AL MUREDEN, *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore. Casi e materiali*2, cit., 130 ss.; E. AL MUREDEN, *Danni da consumo di alimenti tra legislazione di settore, principio di precauzione e responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 2011, e in E. AL MUREDEN, *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore. Casi e materiali*[2], cit., 261 ss.

interpretato come norma che autorizza il danneggiato a fare ricorso, indistintamente, al rimedio europeo e ai rimedi nazionali, ove ne ricorrano i relativi presupposti [98]. La genericità della locuzione «attività pericolose», peraltro, consente di far valere il criterio di imputazione codicistico non solo nei confronti dei soggetti appartenenti alla catena della produzione, bensì pure verso gli intermediari, come l'osservazione della prassi pretoria mette in luce [99]. L'«allineamento» che, per questa via, si ottiene tra il regime di responsabilità del produttore – si potrebbe dire, del fornitore del sistema intelligente – e di quello dei distributori, non solamente risulta estraneo al disegno della Direttiva, che fa rispondere gli intermediari solamente in casi eccezionali [100], ma sembra altresì dissonante rispetto al progetto di Regolamento (presentato dalla Commissione il 21 aprile 2021) in tema di sicurezza dei sistemi, nella misura in cui questo fa gravare sui soggetti che a vario titolo stanno in relazione con il sistema intelligente obblighi fortemente differenziati (art. 28).

Non si può peraltro mancare di dare atto che parte della dottrina ha avanzato l'ipotesi che si possa fare riferimento alle regole in tema di responsabilità vicaria (artt. 2047-2049 cod. civ.). Il punto – ossia se si possa assimilare il sistema d'IA alla stregua di un soggetto delle cui «azioni» altri, in qualità di sorvegliante o di committente, può venir chiamato a rispondere – non può essere qui approfondito [101]. Sia però consentito notare come l'applicazione delle evocate regole postuli, evidentemente, il ricorso all'analogia. Ricorso all'analogia che sembra tuttavia generalmente precluso, non già in ragione presunto carattere eccezionale delle stesse, bensì dall'esistenza di altre regole che espressamente disciplinano la materia [102].

In particolare, oltre alla già citata disposizione di cui all'art. 2050 cod. civ., ogniqualvolta il sistema intelligente possa considerarsi alla stregua di una cosa potrà venire in rilievo la disposizione successiva, la quale

---

[98] Cfr. le ricognizioni offerte da G. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contratto e impresa*, 2008, 617 ss.; A. FUSARO, *Attività pericolose e dintorni. Nuove applicazioni dell'art. 2050 cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 2013 e in E. AL MUREDEN, *I fatti illeciti. Casi e materiali*3, cit., e in *La responsabilità del produttore*, a cura di G. ALPA, Milano, 2019, 393 ss. Per un riscontro recente v. Cass. 10 maggio 2021, n. 12225, in *Corriere giur.*, 2021, 1003 ss., sulla quale v. E. AL MUREDEN, *Il danno da farmaco tra valenza delle norme tecniche armonizzate e responsabilità per esercizio di attività pericolosa*, in *Contratto e impresa*, 2021, 1038 ss.

[99] Per un riscontro vedasi Cass. 12 marzo 2019, n. 7007, in *Dejure*, in cui la Corte Suprema ha avallato la statuizione del giudice d'appello secondo cui «la responsabilità [del distributore] inoltre si deve inquadrare ai sensi dell'art. 2050 cod. civ., in ragione del pericolo costituito dalla vendita di materiale esplosivo, in ciò correttamente interpretando quanto già statuito da questa Corte in materia di esercizio di attività pericolose»; Cass. 30 agosto 2004, n. 17369, in *Pluris*, ove la secca affermazione giusta la quale «una volta accertato che il mini vogatore per cui è causa costituisce uno strumento pericoloso ai sensi dell'art. 2050 cod. civ., ne consegue, sotto il profilo giuridico, che anche il soggetto che abbia provveduto alla distribuzione dello stesso incorre nella responsabilità sancita da tale norma in riferimento a tutti gli eventi dannosi che possono verificarsi in dipendenza o in occasione dell'uso dello strumento medesimo, ancorché non causati da fatti specifici a lui imputabili».

[100] La scelta francese di aggravare la posizione del *fornisseur*, equiparandola a quella del produttore, in spregio ai precetti della Direttiva, è stata censurata da CGCE, 14 marzo 2006, C-177/04, in *Foro it.*, 2006, c. 318 ss., con nota di A. Bitetto, *Responsabilità oggettiva solo per il produttore*.

[101] Si fa dunque rinvio a A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, C. FRANCO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2012, 513; M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e* accountability. *Verso nuovi paradigmi?*, in *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di PIZZETTI, Torino, 2018, 357 ss.; M. COSTANZA, *L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, 1686 ss.

[102] Segnala l'assenza di una *eadem ratio* tra fattispecie di responsabilità vicaria citate e ipotesi di danno cagionato dal sistema intelligente U. RUFFOLO, *La responsabilità da Artificial intelligence, algoritmo e smart product: per i fondamenti di un diritto dell'intelligenza artificiale self-learning*, in *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2020, 115 ss. Peraltro, a diritto invariato, il sistema intelligente risulta sfornito di capacità patrimoniale, a differenza dei soggetti della cui condotta si risponde in base alle fattispecie in considerazione, risultando così, evidentemente, alterato l'assetto di interessi fissato dal legislatore con le medesime, nell'ambito del quale non si esclude la possibilità di recuperare il costo del danno presso il «responsabile» diretto: cfr. G. Finocchiaro, *Intelligenza Artificiale e responsabilità*, cit., 192; M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, cit., 1181.

– non senza vivaci contrasti – si ritiene esprima, almeno tendenzialmente, un criterio oggettivo di responsabilità [103]. Conseguentemente, in base all'art. 2051 cod. civ., l'utilizzatore – non sempre coincidente con il proprietario o con il titolare di altro diritto reale – del sistema potrebbe essere chiamato a rispondere, in qualità di custode, per i danni cagionati dal medesimo, salvo il caso fortuito.

Nella delineata ottica, sembra innegabile che gli artt. 2050 e 2051 siano in grado di fronteggiare il fenomeno dell'IA sotto il profilo dei suoi risvolti dannosi, consentendo alla vittima di rivolgersi nei confronti dei differenti soggetti che producono, addestrano, mettono in funzione, impiegano (a vario titolo e per vari scopi) il sistema intelligente [104].

Purtuttavia, può osservarsi che la moltiplicazione degli obbligati a risarcire il danno non rappresenta, necessariamente, la soluzione ottimale, né quella preferibile in chiave di bilanciamento tra esigenze di tutela delle vittime e di promozione dell'innovazione tecnologica (a monte, quanto alla ricerca e allo sviluppo, così come a valle, quanto alla diffusione dei ritrovati tecnici). L'ascrizione della responsabilità al custode del sistema o all'esercente l'attività pericolosa – di produzione, distribuzione, gestione dell'infrastruttura del sistema intelligente (grazie alla quale questo può funzionare) – presuppone che il meccanismo del regresso costituisca strumento di (ri-)allocazione efficace ed efficiente del costo del danno. Del che, come si accennava, si può dubitare, considerando anzitutto il rischio di insolvenza degli altri coobbligati in solido al risarcimento del danno, che, come non si è mancato di rilevare, può esitare nell'allocazione del costo del danno in capo a chi – pur rivestendo chiaramente il ruolo di *peripheral tortfeasor* – abbia l'avventura di essere solvibile [105]. Va inoltre considerata sia la disomogeneità tra i criteri di imputazione oggettivi poco sopra evocati – accreditata da parte della dottrina [106] – sia quella, ancora più significativa, tra questi e la regola della colpa, la quale pure potrebbe trovare spazio nei confronti di soggetti a vario titolo implicati nel funzionamento del sistema intelligente. Tale disomogeneità si può riflettere negativamente in sede di applicazione dei criteri che sovraintendono al riparto della responsabilità tra i coobbligati al risarcimento – una combinazione tra colpa e causalità nell'ambito del 2055 cod. civ. [107], cui si aggiunge un richiamo alla «dimensione del rischio» nel-

[103] V., però, l'analisi di F.P. PATTI, *Il declino della responsabilità oggettiva (a margine dell'art. 2051 cod. civ.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 977 ss. (ove ulteriori riferimenti), volta a mettere in luce come l'interpretazione in questa chiave dell'art. 2051 cod. civ. sia, a dispetto delle affermazioni di certa giurisprudenza, tutt'altro che pacificata.

[104] Cfr. U. RUFFOLO, *La responsabilità da Artificial intelligence, algoritmo e smart product: per i fondamenti di un diritto dell'intelligenza artificiale self-learning*, cit., 105; ID., *Intelligenza Artificiale,* machine learning *e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 1689 ss., spec. 1700 ss.

[105] Cfr. F. DEGLI UBERTI, *La solidarietà nella responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1969, 295 ss. Va però sottolineato che Cass., 10 novembre 1979, n. 5799, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art 2055 cod. civ., con riferimento all'art 3 Cost., sotto il profilo della disparita di trattamento tra il caso in cui il danneggiato sopporta interamente le conseguenze dell'insolvenza dell'unico danneggiante e il caso dei coobbligati solidali in cui il danneggiato riesce a conseguire tutta la prestazione da parte di uno dei coautori del danno, anche se dichiarato responsabile in misura irrisoria, trattandosi di scelta legislativa, posta a tutela della vittima, rientrante nella potestà discrezionale del legislatore.

[106] Com'è noto, l'ascrizione dell'art. 2050 cod. civ. all'area della responsabilità oggettiva è vivacemente dibattuta, né manca chi vi ravvisa un'ipotesi di responsabilità che, seppur oggettiva, lo sarebbe «meno» di quella contemplata nella disposizione immediatamente successiva: cfr. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*3, cit., 429 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, Torino, 1998, 1010 s.; M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (2049-2053 cod. civ.)*, in *Codice civile. Commentario*, già dir. da P. Schlesinger e continuato da F.D. BUSNELLI, Milano, 2009, 159 ss.; Id., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, 265 ss.; P. ZIVIZ, *Le attività pericolose,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 1988, II, 191; D. DE MARTINI, *Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa*, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, 981.

[107] Il coordinamento tra criterio della «gravità della colpe» ed «entità delle conseguenze che ne sono derivate» ha dato molto da discutere alla dottrina. Si sofferma sul dibattito A. GNANI, *La responsabilità solidale (art. 2055 cod. civ.)*, in *Codice civile. Commentario*, già dir. da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 208 ss., il quale, rifuggita ogni proposta che neghi in generale rilevanza a uno dei due criteri, ne propone un contemperamento in concreto.

l'art. 121 Cod. cons. [108] – nel senso che potrebbe condurre a un'allocazione del danno (anche eventualmente per l'operare del canone residuale della presunzione di equivalenza) in capo al soggetto meno idoneo (comparativamente o in assoluto) a prevenirlo o amministrarlo. In particolare – a completamento del discorso interrotto al termine del paragrafo precedente – va rimarcato il fatto che accogliendo la tesi giusta la quale la responsabilità del produttore sarebbe regolata esclusivamente dalla Direttiva del 1985 vi è il serio rischio che danni imputabili *ex* art. 2051 cod. civ., ad es., al proprietario di un *robot* di compagnia, possano rimanere – vuoi per la difficoltà di provare il difetto o il nesso eziologico tra questo e il danno, vuoi, ancora, per l'operare delle c.d. esimenti (art. 7) – a carico esclusivo di quest'ultimo [109].

5. – Il *restyling* della Direttiva sulla *product liability*, finalizzato ad adeguarla al rinnovato contesto tecnologico, che parrebbe essere nei piani della Commissione [110], è destinato a coordinarsi con le già ricordate

[108] L'introduzione del criterio delle «dimensioni del rischio», che echeggia la nota tesi di P. TRIMARCHI (*op. cit.*, 454 ss.), complica le geometrie del regresso. Sul coordinamento tra i criteri v., oltre a Trimarchi, D. POLETTI, sub *art. 9*, in *Commentario al d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, 597 ss., spec. 603 ss., la quale conclude nel senso che «la norma finisce per lasciare – forse più della stessa previsione del comma 2 dell'art. 2055 cod. civ. – ampio spazio alla discrezionalità del giudice»; A. Gnani, *La responsabilità solidale (art. 2055 cod. civ.)*, cit., 248 ss. Questione pregiudiziale (e ulteriore fattore d'incertezza) è se la norma speciale, che fa letteralmente riferimento a «più persone» responsabili del danno, si applichi solamente a soggetti qualificabili come produttori oppure anche ad altri, cui il danno sia comunque imputabile (soggetti appartenenti alla catena distributiva del prodotto, così come all'utilizzatore finale). Lo esclude, ad es., D. POLETTI, sub *art. 9* d.P.R., cit., 600 ss. *Contra*, F. DI GIOVANNI, sub *art. 9, d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, in G. ALPA, U. CARNEVALI, G. GHIDINI, U. RUFFOLO, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1990, 149 ss. Pesa, sul punto, il fatto che l'art. 5 dell'articolato europeo (disposizione trascurata dal legislatore italiano) si riferisca alla corresponsabilità «in applicazione di questa Direttiva»: la stessa Direttiva, però, all'art. 9 evoca proprio l'ipotesi di concorso tra produttore di prodotto difettoso e «terzo», al fine di non escludere, a fronte dell'«intervento» di quest'ultimo, la responsabilità del primo. Incline a ritenere che l'art. 121 cod. cons. riguardi solamente i soggetti della catena produttiva sembra essere la Cassazione: v., anche se con riferimento ai rapporti tra produttore e fornitore, Cass. 13 dicembre 2018, n. 32226, in *Italgiure*, secondo cui «L'inerenza della norma alla responsabilità del produttore, ed il suo inserimento nel titolo del Codice del consumo dedicato alla responsabilità del produttore, escludono dal campo della responsabilità solidale il fornitore, per il quale l'art. 4 della legge citata (ora art. 116 del codice del consumo) prevede una speciale disciplina». Il fatto che il criterio di riparto fondato sul rischio possa ritenersi per via interpretativa operante anche qualora l'art. 121 cit. non sia applicabile (dunque quando è l'art. 2055 cod. civ. la norma fonte della solidarietà risarcitoria) induce a ridimensionare il problema: *contra*, tuttavia, A. GORASSINI, *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, 1990, 267 ss., il quale aderisce all'opinione (oramai minoritaria) secondo cui l'art. 2055 cpv. cod. civ. potrebbe applicarsi solamente nei rapporti tra danneggianti a titolo di colpa.

[109] Cfr. A. BERTOLINI, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, cit., 116 ss., il quale, con riferimento alla regolazione del danno cagionato da droni, rileva che: «*the criticalities of the PLD regarding informational asymmetry, the development risk defense and the victim's burden to prove the causal nexus between the damage and the defect of a widely used, albeit advanced technology, may prove burdensome, and limit the possibility of further apportionment of liability through secondary litigation*». Rispetto all'idea di far gravare sull'utente (ovvero sul proprietario) la responsabilità oggettiva si vedano le osservazioni di E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1839 ss., la quale nota che «… essa sembra criticabile per almeno due ragioni. Da un lato, perché non tiene conto del canale alternativo della responsabilità del produttore. Si tratta della via che sarebbe verosimilmente più spesso praticata dalle potenziali vittime di incidenti, sia per la maggiore solvibilità delle compagnie produttrici rispetto al singolo acquirente del prodotto, se persona fisica, sia per il regime attualmente applicabile, che già agevola la posizione dell'attore […] In secondo luogo, poiché vorrebbe inasprire il regime applicabile all'utente finale della macchina, che potrebbe appartenere a una categoria di soggetti vulnerabili, come anziani o persone con disabilità, per soddisfare i cui bisogni la tecnologia è stata anzitutto concepita […] il semplice fatto di legare una responsabilità oggettiva alla proprietà della macchina non consentirebbe di articolare la distinzione, invece rilevante, tra mero uso personale per scopi privati e impiego sistematico e organizzato all'interno di dinamiche commerciali». V., altresì, le notazioni di M. RATTI, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo*, cit., 1183 s., testo e nota 37.

[110] Nelle conclusioni della *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo sull'applicazione della direttiva del Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed*

spinte alla creazione di un quadro normativo generale dedicato alla responsabilità per danni cagionati da sistemi intelligenti [111].

Sul punto, pare lecito osservare che quand'anche estesa sino a ricomprendere veri e propri «servizi», e non già soltanto prodotti, la Direttiva del 1985 rimane – in ogni caso – strumento di governo della sola responsabilità dell'impresa. Invero, come l'esperienza italiana – o forse meglio sarebbe dire gli scenari immaginabili facendo riferimento alle norme domestiche – permette di lumeggiare, l'adozione di regole sulla responsabilità dell'impresa che produce ovvero si avvale, onde fornire i propri servizi, di sistemi intelligenti lascia affidata alla variabile geometria dei criteri di imputazione presenti nei diversi ordinamenti nazionali le questioni concernenti la responsabilità di soggetti non professionali, con il pericolo, gravido di conseguenze poco desiderabili, di alleggerire la posizione della prima a scapito di quella dei secondi.

Per tale ragione, coltivando l'idea che la regola di responsabilità debba essere variamente plasmata alla luce dell'esigenza (oltre che di tutelare le vittime, anche) di proteggere le attività socialmente desiderabili o di sfavorire quelle che lo sono meno, sia che si preferisca percorrere la strada di interventi calibrati su specifici settori, sia che si proceda a foggiare soluzioni orizzontali, valevoli per tutti i sistemi caratterizzati dal ricorso alle tecniche di IA, appare consigliabile che siano le Istituzioni comunitarie ad affrontare il problema del danno da sistema intelligente in modo compiuto. Procedere a «dosare», ad un unico ed unitario livello di regolazione, le responsabilità dei diversi soggetti che risultano implicati, a vario titolo, nel funzionamento del sistema intelligente, coordinando *specific* e *collective deterrence*, reca con sé l'indubbio vantaggio di offrire un quadro maggiormente certo a tutti gli operatori, facilitando tra l'altro la vittima nella valutazione in merito all'individuazione del (probabile responsabile e dunque) soggetto passivo dell'azione risarcitoria [112].

Non v'è chi non veda, tuttavia, come il perseguimento dell'obbiettivo di dettare una disciplina di così ampia portata imponga di affrontare – nel senso di ricomprendere nel perimetro normativo anche – le diverse componenti fondamentali della fattispecie della responsabilità civile: tra l'altro, si tratterebbe di prescegliere quali danni possano essere risarciti, quali dovrebbero essere i criteri di riparto della responsabilità nei rapporti interni alla pluralità dei danneggianti (ove fosse scelta la regola della solidarietà), secondo quale canone apporzionare la responsabilità tra danneggiante o danneggiato (secondo, cioè, lo schema della *comparative* o della *contributory negligence*), e così via. Tutti i segnalati aspetti concorrono, con la scelta dei criteri di imputazione, alla soluzione del problema del danno da sistema intelligente, almeno nella misura in cui si ritenga (come chi scrive reputa) che l'istituto aquiliano possa essere strumento idoneo allo scopo [113].

---

amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi (direttiva 85/374/CEE), cit., 9 ss., dopo aver analizzato i limiti della Direttiva al cospetto delle nuove tecnologie emergenti, si afferma che «la Commissione intende istituire un quadro di responsabilità per danno da prodotti difettosi positivo e affidabile, che promuova l'innovazione, l'occupazione e la crescita proteggendo nel contempo i consumatori e la sicurezza del pubblico». Sulla revisione della Direttiva sul danno da prodotto nell'ottica del suo adattamento ai prodotti che sfruttano l'Intelligenza Artificiale la Commissione ha avviato una consultazione, attualmente ancora in corso: v. *https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12979-Civil-liability-adapting-liability-rules-to-the-digital-age-and-artificial-intelligence_en.*

[111] Cfr. M. INFANTINO, *La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo continentali*, cit., 1774.

[112] Così, prevedere che l'utilizzatore finale risponda solamente a titolo di colpa, la cui prova grava sull'attore, significa, da un lato, incentivare costui ad osservare uno standard di condotta diligente nell'impiego del sistema intelligente e, dall'altro, «canalizzare» (il lemma s'intenda in senso atecnico) tendenzialmente l'azione risarcitoria su altri soggetti che rispondono oggettivamente, salva la prova in sede di regresso da parte di costoro di una colpa assorbente dell'utilizzatore che sposti interamente su di lui il costo del danno.

[113] Di contro, svaluta totalmente l'attitudine del sistema dei *torts* a costituire incentivi efficienti rispetto alla prevenzione degli incidenti, J. YOSHIKAWA, *Sharing the Costs of Artificial Intelligence: Universal No-Fault Social Insurance for Personal Injuries*, cit., 1172 s.

FEDERICA PES

Dottoranda di ricerca in Management and Law – Università Politecnica delle Marche

L'ASSICURAZIONE *LONG TERM CARE* ED IL *GENUS* DELLE ASSICURAZIONI DELLA SALUTE NEL MERCATO ITALIANO [*]

SOMMARIO: *1. L'assicurazione* Long Term Care *nel panorama italiano. – 2. I caratteri del contratto assicurativo* Long Term Care*. – 3. Il rischio di non autosufficienza nelle polizze LTC nazionali. – 4. La qualificazione del negozio. – 5. L'insufficienza di un tentativo qualificatorio fondato sulla natura dell'evento – 6. La funzione del negozio. – 6.1. Il* genus *delle assicurazioni della salute. – 6.2. Le assicurazioni di persone ed il sistema assicurativo spagnolo. – 6.3. La funzione dell'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza. – 7. Nuove tendenze digitali del mercato assicurativo LTC.*

1. – Nell'ambito del mercato assicurativo italiano, tra le più moderne coperture dei rischi attinenti alla salute, sta assumendo un rilievo sempre maggiore l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza [1], anche nota come polizza *Long Term Care* (*LTC*) [2].

---

[*] Lo scritto è destinato alla pubblicazione negli atti del III Congreso Internacional de Derecho de Seguros, tenutosi da remoto nelle giornate del 6-7-8 ottobre 2021 ed organizzato dall'Universidad Pontificia Comillas.

[1] Sul contratto di assicurazione contro il rischio di non autosufficienza, si richiamano, tra tutti, perlopiù in ordine cronologico decrescente, V. FERRARI, *Le assicurazioni contro il rischio di non autosufficienza*, in *Diritto alla salute e contratto di assicurazione*, a cura di P. CORRIAS, E. PIRAS, G. RACUGNO, Napoli, 2019, 237 ss.; E. NOTARNICOLA, *Nuovi attori nel settore: il comparto assicurativo e l'offerta* Silver *o* Long Term Care, in *Il futuro del settore* LTC. *Prospettive dai servizi, dai gestori e dalle* policy *regionali. 2° Rapporto Osservatorio* Long Term Care, a cura di G. FOSTI, E. NOTARNICOLA, Milano, 2019, 55 ss., consultabile all'indirizzo *https://www.cergas.unibocconi.eu/sites/default/files/files/fosti_notarnicola.pdf*; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Le assicurazioni contro i danni alla persona*, Milano, 2019, 247 ss.; A. BUGLI, Long Term Care *e assicurazione: vuoti normativi e potenziali sinergie con contrattazione collettiva e RCA,* in *Quaderno di approfondimento 2018. Le sfide della non autosufficienza. Spunti per un nuovo disegno organizzativo per la copertura della non autosufficienza*, a cura di Centro Studi e Ricerche Itinerari Previdenziali, con il supporto scientifico di Assoprevidenza, 32 ss., reperibile in *www.itinerariprevidenziali.it*; L. GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie e prestazioni diretta di assistenza: il caso delle polizze* long-term care, in *Prestazioni di* facere *e contratto di assicurazione*, a cura di P. CORRIAS, G. RACUGNO, Milano, 2013, 39 ss. e, prima ancora, Id., *Tutela degli anziani ed assicurazioni per l'assistenza di lungo periodo alla luce dei diritti fondamentali*, in *Diritto privato europeo e diritti fondamentali*, a cura di G. COMANDÉ, Torino, 2004, 213 ss.; S. Paci, *Le coperture assicurative per il rischio di non autosufficienza*, in *Assicurazioni*, 4, 2013, 577 ss., e, antecedentemente, ID., *Tipologie di coperture assicurative offerte in Italia*, in *Il rischio di non autosufficienza e l'offerta assicurativa in Italia*, a cura di S. PACI, Milano, 2003, 129 ss.; L. DI NELLA, *Le assicurazioni per il rischio di non autosufficienza. Modelli e tutele*, in *Rass. dir. civ.,* 2013, 2, 335 ss.; D. DE STROBEL. *Le assicurazioni per il rischio di non autosufficienza* Long Term Care*. I profili giuridici*, in *Dir. fisc. ass.*, 2004, 1, 147 ss.; V. PETRONE, *Il rischio di non autosufficienza delle persone e le assicurazioni* Long Term Care*: alcune riflessioni giuridiche*, in *Il rischio di non autosufficienza e l'offerta*, cit., 111 ss.; E. PITACCO, *Le assicurazioni* Long Term Care *nel nuovo scenario demografico*, in *Assicurazioni*, 2002, 3-4/1, 409 ss.

[2] Nel presente scritto, per indicare l'assicurazione "contro il rischio di non autosufficienza", verranno altresì utilizzati, in modo interscambiabile, i termini "*Long Term Care*" o "*LTC*".

Nata ed affermatasi nella tradizione giuridica statunitense degli anni '70, la polizza compare nella prassi mercantile italiana solo a partire dalla fine degli anni '90 [3], quale forma di garanzia contro la perdita dell'autonomia personale. Difatti, tramite la stessa, l'assicuratore si impegna al versamento di una rendita o – a seconda della fisionomia della polizza – all'erogazione di una prestazione in natura oppure, ancora, al rimborso delle spese sostenute, al verificarsi della perdita dell'autosufficienza del soggetto assicurato, intesa come perdita della capacità di compiere gli atti più semplici del vivere quotidiano, derivante da infortunio, malattia ovvero dallo stesso naturale processo di senescenza.

La figura, ancora poco diffusa [4], seppure in crescita [5], nel settore assicurativo italiano, riveste estremo interesse sociale in quanto rappresenta una delle possibili risposte al noto problema della non autosufficienza [6], soprattutto nell'attuale periodo storico di crisi demografica, di sofferenza del *welfare* pubblico nazionale e, da ultimo, di emergenza sanitaria.

Quanto al primo aspetto, infatti, si apprezza l'indubbio rilievo sociale di siffatto modello assicurativo in considerazione delle caratteristiche della popolazione italiana [7], già oggi – e ancor più in prospettiva futura – prevalentemente composta da individui in età avanzata [8], esposti, in misura maggiore rispetto agli altri, al pericolo di non autosufficienza [9], nonché da nuclei familiari poco numerosi, nell'ambito dei quali il soggetto

---

[3] La polizza *Long Term Care* affonda le radici nella tradizione statunitense ove si afferma nel 1974; a seguire, si diffonde in altri Paesi, e, in particolare, nel 1985, in Germania – in cui è nota con il termine *Pflegeversicherung* – e, nel 1986, in Francia – ove è conosciuta come *Assurance Dépendance* –, per poi fare la sua comparsa in Gran Bretagna nel 1991 e, solo a partire dal 1997, nel mercato assicurativo italiano. Cfr. ISVAP, *Quaderno n.3*, Long Term Care (LTC) – *le prospettive per il mercato assicurativo italiano. Due modelli a confronto: Germania e Stati Uniti*, 1998, 30, in *www.ivass.it*.

[4] Questo è quanto emerge dalla Relazione annuale dell'IVASS relativa all'anno 2020, ove peraltro l'Autorità di vigilanza nazionale del mercato assicurativo segnala di aver recentemente vagliato, a fronte del dilagare del fenomeno della non autosufficienza su scala nazionale, la possibilità di prevedere un modello obbligatorio di assicurazione *Long Term Care*: più specificamente, riporta che "alla luce della necessità impellente di costituire un solido impianto in grado di erogare le prestazioni *LTC* in modo generalizzato e considerato il ritardo accumulato dal nostro Paese rispetto a Stati con analoga distribuzione della popolazione (Francia e Germania), si è esplorata, con alcune semplificazione una prima analisi d'impatto di un possibile modello di assicurazione obbligatoria contro la non autosufficienza"; per maggiori approfondimenti in ordine a quest'ultimo profilo, si rinvia ad IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2020*, Roma, 30 giugno 2021, spec. 132 ss., in *www.ivass.it.* Sulla scarsa diffusione della polizza *LTC*, v. altresì IVASS, *Ruolo e prospettive della Sanità complementare dopo il Covid 19. Il punto di vista dell'IVASS*, 21 ottobre 2020, 18, *ivi*.

[5] Cfr. E. NOTARNICOLA, *Nuovi attori*, cit., 61.

[6] Per un quadro generale della portata del fenomeno, degli interventi e delle politiche nel settore *LTC*, v., più di recente, *L'assistenza agli anziani non autosufficienti in Italia. 7° Rapporto. 2020/2021. Punto di non ritorno*, a cura di NNA. Network non autosufficienza, Santarcangelo di Romagna, 2021, consultabile all'indirizzo *https://www.luoghicura.it/wp-content/uploads/2020/12/NNA_2020_7%C2%B0_Rapporto.pdf*; *Le prospettive per il settore socio-sanitario oltre la pandemia* (*3° Rapporto Osservatorio* Long Term Care), a cura di G. FOSTI, E. NOTARNICOLA, E. PEROBELLI, Milano, 2021, *passim*, in *www.cergas.unibocconi.eu*; *Quaderno di approfondimento*, cit., *passim*; M. ARLOTTI, A. PARMA, C. RANCI, *Politiche di* LTC *e disuguaglianze nel caso italiano: evidenze empiriche e ipotesi di riforma*, in *Politiche sociali*, I, 2020, 125 ss. Per una descrizione su scala mondiale dei sistemi LTC, anche con specifico riguardo al comparto assicurativo, si veda quanto recentemente pubblicato dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OECD): OECD, *Long-term Care and Health Care Insurance in OECD and Other Countries*, 2020, all'indirizzo *www.oecd.org/fin/insurance/Long-Term-Care-Health-Care-Insurance-in-OECD-and-Other-Countries.htm*.

[7] In ordine ai *trends* che caratterizzano lo scenario demografico e sociale italiano ed alla rilevanza che nell'ambito di quest'ultimo assume la copertura *LTC*, v., tra tutti, L. DI NELLA, *Le assicurazioni*, cit., 336; E. Pitacco, *Le assicurazioni*, cit., 409 ss.; L. Gremigni Francini, *Tutela*, cit., 214.

[8] Gli indicatori demografici degli ultimi anni sono consultabili sul sito www.istat.it. Cfr. gli indicatori demografici relativi all'anno 2020 all'indirizzo *https://www.istat.it/it/files/2021/05/REPORT_INDICATORI-DEMOGRAFICI-2020.pdf.*

[9] V. Istat-Ministero Della Salute, *Gli anziani e la loro domanda sociale e sanitaria anno 2019. Rapporto commissione per la riforma dell'assistenza sanitaria e sociosanitaria per la popolazione anziana-Istat*, 7 giugno 2021, consultabile all'indirizzo *https://www.istat.it/it/files//2021/06/rapporto_commissione_anziani.pdf*, da cui emerge che oltre 2,7 milioni di persone rispetto ad una popolazione di riferimento di circa 6,9 milioni di *over* 75 "presentano gravi difficoltà motorie, comorbilità, compromissioni

privo di autonomia si ritrova sovente costretto a cercare fuori dalle mura domestiche gli strumenti adeguati per far fronte ai suoi bisogni di assistenza.

In ordine al secondo profilo – nel contesto di crisi del sistema di *welfare* pubblico che investe anche il settore *LTC* [10] – lo strumento assicurativo potrebbe costituire, seppur in via sussidiaria rispetto alla tutela di matrice pubblicistica [11], un importante tassello del programma di sostegno del soggetto non autosufficiente [12], soprattutto ove si consideri il ruolo di terzo pilastro della previdenza che l'assicurazione privata è chiamata oramai a svolgere [13] "in una congiuntura, quale quella attuale, caratterizzata dalle crescenti difficoltà dello Stato sociale che, sull'apporto integrativo della assicurazione privata deve necessariamente contare" [14].

Infine, quanto alla terza prospettiva, è noto come la stessa emergenza sanitaria da Covid-19 abbia suscitato un'attenzione particolare verso la tematica assicurativa anche sanitaria [15] e, in particolare, rispetto all'assicurazione *Long Term Care* [16] ed alle assicurazioni della salute in genere, inducendo gli operatori professio-

---

dell'autonomia nelle attività quotidiane di cura della persona e nelle attività strumentali della vita quotidiana. Tra questi, 1,2 milioni di anziani dichiarano di non poter contare su un aiuto adeguato alle proprie necessità, di cui circa 1 milione vive solo oppure con altri familiari tutti *over* 65 senza supporto o con un livello di aiuto insufficiente"; cfr., inoltre, *Italia, un paese di anziani non autosufficienti: l'emergenza ignorata*, 27 giugno 2019, in *www. Ilsole24ore.com*; *Nel 2030 un italiano ogni 12 sarà anziano e non autosufficiente: più cure a casa e meno Rsa*, 24 maggio 2021, *ivi*.

[10] Da tempo, sono state riscontrate la disorganicità e la scarsa efficienza del modello *LTC* italiano, nonché la correlata esigenza di un'innovazione dello stesso [tra tutti, cfr. Social Protection Committee (SPC) and the European Commission (DG EMPL), *Joint report prepared by the Social Protection Committee (SPC) and the European Commission (DG EMPL)*, *Long-Term Care Report Trends, challenges and opportunities in an ageing society Country profiles*, Vol. II, 2021, 182 ss., consultabile all'indirizzo *https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/b39728e3-cd83-11eb-ac72-01aa75ed71a1*]. Pertanto, attualmente, in sede nazionale – con ritardo rispetto agli altri Paesi – è stato promosso l'avvio di una vera e propria riforma organica della materia da attuarsi entro la fine della legislatura nell'auspicio di addivenire ad un sistema maggiormente funzionale, capace di rispondere alle differenti dimensioni del fenomeno della non autosufficienza, anche grazie ad un migliore coordinamento degli attori coinvolti. In ordine a quest'ultimo aspetto v. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) italiano, definitivamente approvato il 13 luglio 2021, spec. 208 ss., in *www.camera.it*, ove si prevede la destinazione di investimenti per gli interventi sul settore nonché, più specificatamente, la messa a punto di una riforma della materia entro la fine della legislatura; in merito alle prime iniziative e proposte sul tema cfr. *Cantiere Welfare per gli anziani non autosufficienti, Cittadinanzattiva e Forum Disuguaglianze e Diversità tengono a battesimo le proposte sul Pnrr. I ministri Speranza e Orlando in pista per l'integrazione sociosanitaria*, 20 luglio 2021, in *www.sanita24.ilsole 24ore.com*.

[11] La questione della non autosufficienza risulta, infatti, di prioritario interesse del regolatore pubblico alla luce degli artt. 32 e 38 Cost. Sul tema v. P. Rescigno, *Anziani cronici non autosufficienti, doveri della famiglia ed obblighi delle istituzioni (Premesse civilistiche)*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 1174 s.; M. Dogliotti, *Ancora sugli anziani cronici non autosufficienti: sono imputabili i parenti o i responsabili delle strutture sanitarie?*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 1178 ss.; S. Orrù, *La cura e l'assistenza all'anziano non autosufficiente da parte del* caregiver *familiare fra diritti fondamentali ed effettività di tutela*, in *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, a cura di P. Corrias ed E. Piras, Napoli, 2021, spec. 79 ss. Per un quadro del sistema di tutela LTC italiano, si rinvia a C. Conforti, T. Tafaro e N. Borrillo, *La definizione di non autosufficienza*, in *Quaderno di approfondimento*, cit., 20 ss.; *L'assistenza agli anziani*, cit., 31 ss.; L. Gabrielli, *L'assistenza ai soggetti non autosufficienti in Italia*, in *Il rischio di non autosufficienza e l'offerta*, cit., 5 ss.

[12] Cfr. L. Di Nella, *Le assicurazioni*, cit., 381; V. Ferrari, *Le assicurazioni*, cit., 245 s.

[13] Si veda S. Levantesi, *La valutazione del rischio di non autosufficienza nelle assicurazioni* Long Term Care, *seminario Centro studi Adepp*, Roma, 26 aprile 2011, 15, consultabile all'indirizzo *https://www.adepp.info/wp-content/uploads/2012/03/la_valutazione_del_rischio_.pdf*; E. Notarnicola, *Nuovi attori*, cit., 55.

[14] Così, testualmente, Cass., sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1282, la quale riconosce il ruolo di terzo pilastro della previdenza svolto dal contratto di assicurazione sulla vita.

[15] In dottrina, i riflessi della pandemia Covid-19 sul settore assicurativo sono stati affrontati recentemente, tra tutti, in termini generali, da P. Corrias, *La gestione dei rischi pandemici nei contratti assicurativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 5, 1390 ss.; M. Bin, G. Volpe Putzolu, *Assicurazione e pandemie (primi spunti)*, in *Assicurazioni*, 2020, 1/1, 81 ss.

[16] In tal senso, Social Protection Committee (SPC) and the European Commission (DG EMPL*), Joint report,* cit., 182.

nali a valorizzare tali coperture tramite la previsione, tra l'altro, dell'erogazione di servizi tecnologici di assistenza e monitoraggio da remoto a beneficio del cliente [17].

Alla luce delle ragioni illustrate, l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza – quale strumento giuridico virtuoso a tutela di interessi primari della persona – merita di essere maggiormente considerata anche tenuto conto dell'attenzione che, viceversa, è stata dedicata ad altre tipologie di assicurazioni sanitarie e, segnatamente, alle assicurazioni infortuni.

In questa sede, pertanto, premessi i tratti caratteristici della copertura, si intende esaminare la natura giuridica della stessa, considerandola tanto isolatamente quanto nell'ampio *genus* delle assicurazioni sanitarie [18], senza escludere, in chiusura, un cenno alle forme che queste ultime garanzie potranno assumere alla luce della transizione digitale in atto [19].

2. – Nell'ordinamento giuridico nazionale, analogamente a quanto può dirsi più in generale per le assicurazioni della salute [20], non è dedicata all'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza una disciplina organica, né si rinvengono dei riferimenti alla figura nel quarto libro del codice civile, nel capo XX, concernente la regolamentazione del contratto assicurativo (art. 1882 ss. cod. civ.).

La copertura viene menzionata all'art. 2, comma 1, del codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209/2005), ai sensi del quale rientra nel ramo IV vita "l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza" garantita "mediante contratti di lunga durata, non rescindibili, per il rischio di invalidità grave dovuta a malattia o a infortunio o a longevità".

A delineare l'istituto concorre altresì l'art. 8, del Regolamento ISVAP, 16 marzo 2009, n. 29 [21], rubricato "Assicurazione contro il rischio di non autosufficienza", che distingue l'ipotesi di assicurazione "che copre il rischio di non autosufficienza per invalidità grave dovuta a malattia, infortunio o longevità, quando la prestazione consiste nell'erogazione di una rendita", inquadrata nel ramo IV vita, da quella diversa in cui "la prestazione consiste nel risarcimento, totale o parziale, del costo per l'assistenza ovvero in una prestazione in natura, nei limiti del massimale assicurato", classificata, invece, nell'ambito del ramo danni 2 Malattia.

Una più dettagliata descrizione della copertura in esame è contenuta nel d.m.fin., 22 dicembre 2000, n. 47, recante il titolo "Assicurazioni per il rischio di non autosufficienza nel compimento degli atti della vita quotidiana". Tale normativa, pur avendo rilievo eminentemente fiscale essendo intesa a fissare le caratteristiche delle polizze i cui premi sono soggetti a detrazione d'imposta, va nondimeno considerata in quanto è indicativa dei connotati principali del modello contrattuale maggiormente diffuso [22]. In altri termini, sep-

[17] Sull'offerta assicurativa del settore salute ai tempi del Covid-19, cfr. IVASS, Report *Analisi* Trend *Offerta Prodotti Assicurativi*, *gennaio-giugno 2021*, settembre 2021, 6 ss., in *www.ivass.it*; IVASS, *Report. Analisi* trend *offerta prodotti assicurativi, (gennaio-giugno 2020)*, ottobre 2020, 6 s., *ivi*; ma v. *infra* par. 7.

[18] Con il termine "assicurazioni della salute" si intende far riferimento all'insieme dei contratti assicurativi volti alla tutela del diritto alla salute *ex* art. 32 Cost., nell'ambito dei quali si annoverano generalmente l'assicurazione infortuni e malattie, l'assicurazione delle spese mediche, nonché la stessa assicurazione contro il rischio di non autosufficienza. Sul tema si veda più ampiamente il par. 6.1.

[19] V. *infra* par. 7.

[20] Nella disciplina codicistica, si allude unicamente alle "assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro e le disgrazie accidentali" nella disposizione di cui all'art. 1916, comma 4, cod. civ. la quale prevede l'operatività del diritto di surroga dell'assicuratore anche nell'ambito della copertura infortunistica; sul punto, v., *infra*, nota 94.

[21] Relativo alle istruzioni applicative in merito alla classificazione dei rischi per ramo.

[22] In tal senso, V. PETRONE, *Il rischio*, cit., 117 s.; L. DI NELLA, *Le assicurazioni*, cit., 348; D. DE STROBEL, *Le assicurazioni,* cit., 150 s.

pur siffatta regolamentazione illustri le caratteristiche che deve presentare la polizza *LTC* per essere soggetta a determinati benefici fiscali, escludendo da tali vantaggi le altre possibili configurazioni del medesimo modello contrattuale che da tali caratteristiche si discostino, la stessa offre quantomeno alcune indicazioni sulla struttura concreta della copertura assicurativa. Segnatamente, alla luce di tale regolamentazione – che, peraltro, all'art. 1, si occupa altresì di enucleare una definizione di "rischio di non autosufficienza" [23] – e, soprattutto, dell'art. 2, rubricato "Caratteristiche del contratto", si deduce che la polizza *Long Term Care* fiscalmente virtuosa può essere, tra l'altro: *i)* stipulata nell'ambito dell'assicurazione malattia oppure dell'assicurazione sulla vita; *ii)* "fornita in via autonoma oppure in abbinamento ad altre coperture assicurative o alle forme di previdenza complementare, individuale o collettiva (…)"; *iii)* essere a vita intera, nel caso di polizza stipulata nell'ambito dell'assicurazione sulla vita, ovvero di durata decennale con rinnovo obbligatorio alla scadenza da parte dell'impresa di assicurazione, se conclusa nell'ambito dell'assicurazione malattia; oppure, infine, operare per tutta la durata del rapporto lavorativo nell'ipotesi di polizza collettiva stipulata dal datore di lavoro. Ancora, tra le sue caratteristiche, siffatta polizza: *iv)* non contempla la possibilità di recesso da parte dell'assicuratore, mentre, dall'altra, disciplina l'esercizio del diritto di recesso e di riduzione in capo all'assicurato; *v)* se stipulata nell'ambito di un'assicurazione sulla vita, ha ad oggetto l'erogazione di una rendita, vitalizia o temporanea; se conclusa nell'ambito di un'assicurazione malattia, contempla, invece, un rimborso delle spese di assistenza sostenute oppure l'erogazione di una prestazione in natura.

Peraltro, proprio prestando attenzione al versante fiscale, si evidenzia che l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza risente di una forte incentivazione [24]: in tal senso, si consideri anche la disposizione di cui all'art. 51 TUIR, comma 2, lett. f-*quater* [25], dalla cui lettura si ricava che i contributi e i premi versati dal datore di lavoro a favore della generalità dei dipendenti o di categorie di dipendenti, per prestazioni, anche di tipo assicurativo, aventi ad oggetto il rischio di non autosufficienza, non concorrono a formare il reddito da lavoro dipendente [26].

Al di là, però, dei pochi riferimenti normativi inerenti all'istituto, è soprattutto dall'analisi della prassi assicurativa del settore che si desumono i tratti essenziali della figura in esame, caratterizzata per essere un contratto di lunga durata e non rescindibile in cui l'impresa di assicurazione, a fronte del pagamento del premio, si impegna, al verificarsi della condizione di non autosufficienza, ad una prestazione che può assumere natura eterogenea.

---

[23] V., *infra*, nota 38.

[24] Sul punto, S. PACI, *Tipologie*, cit., 280 s.

[25] La lettera è stata inserita dall'art. 1, comma 161, l. 11 dicembre 2016, n. 232, a decorrere dal 1° gennaio 2017.

[26] Specificatamente, la norma stabilisce che non concorrono a formare il reddito da lavoro dipendente "i contributi e i premi versati dal datore di lavoro a favore della generalità dei dipendenti o di categorie di dipendenti per prestazioni, anche in forma assicurativa, aventi per oggetto il rischio di non autosufficienza nel compimento degli atti della vita quotidiana, le cui caratteristiche sono definite dall'articolo 2, comma 2, lettera d), numeri 1) e 2), del decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali 27 ottobre 2009, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 12 del 16 gennaio 2010, o aventi per oggetto il rischio di gravi patologie". A sua volta, la disposizione inerente alle caratteristiche delle prestazioni relative al rischio di non autosufficienza, citata nella norma appena riportata, si riferisce a: "1) prestazioni sociali a rilevanza sanitaria da garantire alle persone non autosufficienti al fine di favorire l'autonomia e la permanenza a domicilio, con particolare riguardo all'assistenza tutelare, all'aiuto personale nello svolgimento delle attività quotidiane, all'aiuto domestico familiare, alla promozione di attività di socializzazione volta a favorire stili di vita attivi, nonché le prestazioni della medesima natura da garantire presso le strutture residenziali e semi-residenziali per le persone non autosufficienti non assistibili a domicilio, incluse quelle di ospitalità alberghiera; 2) prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, correlate alla natura del bisogno, da garantire alle persone non autosufficienti in ambito domiciliare, semi-residenziale e residenziale, articolate in base alla intensità, complessità e durata dell'assistenza". Sul punto, cfr. V. FERRARI, *Le assicurazioni*, cit., 238 s.

Volendo, pertanto, rappresentare il fenomeno nelle sue principali ramificazioni, come risultante dal dettato normativo nonché dalla prassi del mercato, si ricava quanto segue [27].

In prima battuta, muta, nell'ambito dei differenti modelli di polizza, la tipologia di prestazione alla quale è tenuto l'assicuratore. L'ipotesi di copertura *LTC* più diffusa è quella in cui viene garantito, al verificarsi della perdita di autonomia dell'assicurato, il versamento di una rendita, di importo fisso ovvero variabile a seconda del grado di non autosufficienza manifestato dal soggetto (*Long Term Care* con prestazione c.d. indennitaria) [28].

Altre volte, ma più di rado, la polizza può prevedere il rimborso all'assicurato delle spese che quest'ultimo dimostri di sostenere per far fronte ai propri bisogni di assistenza (*Long Term Care* con prestazione c.d. risarcitoria) [29].

Infine – ancor più raramente – la prestazione assicurata può consistere nell'erogazione di servizi di assistenza presso il domicilio dell'assicurato o apposite strutture sanitarie convenzionate (*Long Term Care* con prestazione c.d. di servizio). Siffatto modello, proprio di altre esperienze sovrannazionali [30] ed implicante alla base una sviluppata organizzazione imprenditoriale capace di garantire l'erogazione diretta di prestazioni di assistenza, stenta a prendere piede nel mercato assicurativo *LTC* italiano, ma è auspicabile che si affermi nel prossimo futuro [31].

Stante la molteplicità delle prestazioni deducibili ad oggetto della garanzia sopra descritte, è stata messa in luce l'opportunità di offrire coperture *LTC* che consentano, direttamente all'assicurato, di optare per la tipologia di prestazione più consona alle proprie esigenze proprio nel momento in cui si realizza la perdita di autonomia; naturalmente, la prospettiva, se attuabile, potrebbe rivelarsi interessante in quanto si accorderebbe al soggetto non autosufficiente il vantaggio di valutare e selezionare al momento debito la risposta più adeguata alla sua circostanziata condizione [32].

Quanto al premio da versarsi, esso, a seconda della singola polizza, può essere: *i)* periodico con una determinata temporaneità; *ii)* periodico a carattere vitalizio non temporaneo; *iii)* premio unico, da pagarsi in un'unica soluzione [33].

Le coperture *Long Term Care* si differenziano sotto altri rilevanti profili: la polizza può essere stipulata in forma individuale oppure collettiva [34]; può essere autonoma – destinata, cioè, unicamente a garantire contro il

---

[27] Per una dettagliata descrizione dei singoli modelli di polizza *LTC* si rinvia agli scritti di E. PITACCO, *Le assicurazioni*, cit., 417 ss.; L. DI NELLA, *Le assicurazioni*, cit., 340 ss.

[28] Diversa è l'ipotesi del contratto *LTC* con rendita maggiorata (c.d. *enhanced annuity*), il quale costituisce un semplice contratto di rendita vitalizia immediata, a premio unico, in quanto l'individuo al momento della stipulazione versa già in condizione di non autosufficienza e necessita di assistenza [cfr. E. PITACCO, *Le assicurazioni*, cit., 418 s.; S. BARISON, *Contratti nuovi, nuove tecnologie e tutela della persona: il trattamento dei dati genetici nell'assicurazioni di* long term care, in *Persona e tutele giuridiche*, a cura di G. COMANDÉ, Torino, 2003, 230].

[29] La polizza *LTC* a carattere c.d. risarcitorio può essere autonoma ovvero complementare rispetto ad un'assicurazione malattia. Sul punto cfr. E. PITACCO, *Le assicurazioni*, cit., 420 s.

[30] Cfr. ISVAP, *Quaderno n.3*, cit., 30, ove, ad esempio, si allude alla diffusione di polizze di tal tipo nel mercato assicurativo giapponese.

[31] In tal senso, v. L. GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie*, cit., spec. 45 s.

[32] L. GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie*, cit., 45, al quale si rinvia.

[33] Così E. PITACCO, *Le assicurazioni*, cit., 418; L. DI NELLA, *Le assicurazioni*, cit., 341, ai quali si rinvia per gli opportuni approfondimenti.

[34] Recentemente si registra una maggiore fantasia degli operatori assicurativi nell'offerta di polizze *LTC* 'di gruppo' che prevedono una serie di vantaggi economici. Cfr. *Zurich lancia la polizza* long term care "*condivisa*", 18 febbraio 2020, in *www.ilsole 24ore.com*.

rischio di non autosufficienza – ovvero accessoria rispetto ad altri tipi di copertura [35]; a vita intera e, dunque, coprire il rischio per una durata coincidente con la vita dell'assicurato, oppure temporanea e, pertanto, operare per il solo periodo di efficacia stabilito [36].

Generalmente, si riscontrano dei limiti alla possibilità di assicurarsi contro il rischio di non autosufficienza, legati soprattutto all'età anagrafica: in linea tendenziale, stando a quanto emerge dall'attuale offerta del mercato assicurativo, l'età minima richiesta è ricompresa – con variazioni significative in ciascuna polizza – tra i 18 ed i 40 anni, mentre l'età massima non può superare i 70-75 anni [37]. In merito alle clausole di delimitazione del rischio, se da una parte viene attendibilmente esclusa la copertura della non autosufficienza conseguente a determinate condotte dell'assicurato (quali, ad esempio, partecipazione a guerre o tumulti popolari, lesioni volontarie, tentato suicidio, mancata ottemperanza delle cure mediche prescritte, e simili), dall'altra, va segnalato che talune polizze escludono altresì la copertura della perdita di autonomia anche allorquando quest'ultima derivi da patologie mentali non di origine organica, come la depressione, le psicosi e via discorrendo.

Infine – per quanto in questa sede si siano tratteggiate solo alcune delle caratteristiche delle coperture *LTC* – i modelli diffusi nella prassi possono talvolta prevedere, oltre alla prestazione principale alla quale è tenuto l'assicuratore, prestazioni aggiuntive di cura e consulenza a favore dell'assicurato, le quali, come si vedrà meglio nel prosieguo, sono in certi casi connotate dall'uso di dispositivi digitali.

3. – Un aspetto sul quale è opportuno soffermarsi concerne l'individuazione del c.d. rischio di non autosufficienza, posto che della stessa non si riscontra una definizione legislativa univoca [38] nell'ampia e frammentaria normativa dedicata al settore *LTC* [39].

Appuntando l'attenzione sul comparto assicurativo, si può affermare che, in tale ambito, per condizione di non autosufficienza si intende quello stato, causato da infortunio o da malattia ovvero dal naturale processo di senescenza, in ragione del quale un soggetto non risulta più in grado di compiere le attività elementari del vivere giornaliero [40].

Nelle coperture *LTC* attualmente più diffuse in Italia si ricorre alla scala c.d. *ADL* (*Activities of Daily Living*) secondo la quale un soggetto è da ritenersi non autosufficiente quando non è in grado di compiere, in

---

[35] La polizza *LTC* può essere, ad esempio, integrativa rispetto ad un'assicurazione sulla vita o malattia. Si segnala, inoltre, la c.d. assicurazione sulla salute a vita intera, che si caratterizza per essere, sino all'entrata in quiescenza dell'individuo, un'assicurazione *Income Protection* a fronte dell'incapacità dell'assicurato di svolgere attività lavorativa, e, successivamente, un'assicurazione *Long Term Care*. Sul punto, e per le altre forme *LTC* integrative, v. L. Di Nella, *Le assicurazioni*, cit., 342 ss.

[36] Cfr. E. Notarnicola, *op. cit*., 60.

[37] I dati si ricavano dall'esame delle coperture *LTC* attualmente offerte dalle principali compagnie assicurative; si vedano altresì le caratteristiche delle polizze maggiormente diffuse sul mercato, aggiornate ad aprile 2019, in E. Notarnicola, *Nuovi attori*, cit., 63.

[38] Una specifica illustrazione del concetto è contenuta, come si accennava, nel d.m.fin., 22 dicembre 2000, n. 47, sopra citato, in cui, all'art. 1, comma 1, il legislatore fiscale si riferisce ai contratti che assicurino contro il "(…) rischio di non autosufficienza nel compimento in modo autonomo degli atti della vita quotidiana" intendendo per questi ultimi "quelli concernenti l'assunzione degli alimenti, l'espletamento delle funzioni fisiologiche e dell'igiene personale, la deambulazione, l'indossare gli indumenti". Inoltre, sempre ai sensi della suddetta normativa, si precisa che "si considera non autosufficiente anche il soggetto che necessita di sorveglianza continuativa" nonché, al comma 2 della medesima disposizione, che "lo stato di non autosufficienza si considera realizzato anche in caso di incapacità di svolgere, anche solo in parte, uno o più degli atti indicati nel comma 1".

[39] Sul punto cfr. C. Conforti, T. Tafaro, N. Borrillo, *La definizione*, cit., 20 ss.

[40] L. Di Nella, *Le assicurazioni*, cit., 337.

genere, almeno 4 su 6 attività giornaliere strettamente basilari consistenti in: I) lavarsi; II) vestirsi; III) utilizzare i servizi igienici; IV) spostarsi dal letto alla poltrona e viceversa; V) assolvere alle funzioni fisiologiche; VI) alimentarsi. Il numero delle attività di riferimento può variare: talvolta, ad esempio, l'individuo è considerato non autosufficiente quando incapace di svolgere almeno 3 su 4 dei suddetti atti. Solo in alcune polizze, inoltre, la non autosufficienza si considera altresì realizzata, a prescindere dal giudizio derivante da tale scala di valutazione, nell'ipotesi di perdita irreversibile delle capacità mentali, causata dal morbo di *Alzheimer* o da altre forme di demenza senile [41].

La scala *ADL*, nella sua applicazione più semplice, potrebbe ad ogni modo rivelarsi imprecisa [42] dal momento che non ammette giudizi intermedi circa la capacità del soggetto di compiere le attività menzionate: in altri termini, il modello *ADL* più elementare, poiché consente di valutare esclusivamente in via alternativa se la persona sia capace o meno di svolgere un certo atto, non sembra cogliere appieno le diverse sfumature dell'autonomia individuale.

Al suddetto problema pare ovviare l'adozione di un sistema a punti, di fatto contemplato in diverse polizze *Long Term Care*, nell'ambito delle quali si attribuisce un determinato punteggio all'assicurato a seconda del livello di autonomia manifestato nel compimento di ciascuna attività e, successivamente, in base all'ammontare complessivo del punteggio ottenuto, si stabilisce se egli sia in stato di non autosufficienza (di solito è richiesto un punteggio minimo di 40-45/60).

Ancor più accurato è il c.d. indice di *Barthel* [43], il quale, prendendo in esame un maggior numero di attività basilari, si distingue dal modello precedente per graduare ulteriormente l'attribuzione del punteggio di valutazione, funzionando in tal guisa quale metro di giudizio maggiormente rigoroso.

Tuttavia, l'elenco delle attività che, sulla base della scala *ADL* e dell'indice di *Barthel*, assumono rilievo ai fini della valutazione circa la non autosufficienza dell'assicurato sembrerebbe alquanto limitato: infatti, stando a tali parametri, si ometterebbe di considerare la capacità dell'assicurato di svolgere i principali atti afferenti alla sfera cognitiva, atti che, invece, costituiscono un'importante espressione della sua autonomia.

In tal senso, una valutazione più completa potrebbe aver luogo qualora si adottasse, sulla scia della proposta assicurativa statunitense, la scala *IADL* (*Instrumental Activities of Daily Living*). Essa, infatti, considera anche altre attività di carattere sociale e domestico, perlopiù trascurate nelle polizze *Long Term Care* italiane, quali: usare il telefono, fare la spesa, preparare il cibo, governare la casa, fare il bucato, spostarsi tramite mezzi di trasporto, assumere farmaci ed usare il denaro [44]. Ebbene, pare che proprio l'inabilità a compiere, perlomeno a livelli sufficienti, le attività appena menzionate costituisca uno dei problemi più diffusi tra la popolazione anziana [45] che, spesso, pur essendo capace di svolgere le attività fisiche indispensabili per la sopravvivenza, incontra notevoli difficoltà, ad esempio, nella gestione quotidiana del denaro [46] ovvero nel go-

---

[41] Ciò è quanto si ricava dall'analisi dell'attuale offerta assicurativa del settore; in dottrina, tra tutti, cfr. recentemente V. Ferrari, *Le assicurazioni*, cit., 240.

[42] Cfr. L. Di Nella, *Le assicurazioni*, cit., 339.

[43] L. Di Nella, *Le assicurazioni*, cit.; E. Pitacco, *Le assicurazioni*, cit., 416.

[44] Cfr. E. Pitacco, *Le assicurazioni*, cit., 417.

[45] Si veda M. Vecchietti, *Nuove sfide per l'assicurazione salute: la gestione della non autosufficienza,* in *Quaderno di approfondimento*, cit., 55, il quale evidenzia che, utilizzando quale metro di giudizio la scala *IADL*, un maggior numero di individui risulterebbe in condizioni di scarsa autonomia: difatti, per poco meno di un terzo degli *over* 65 e della metà degli *over* 75, si rivela particolarmente difficoltoso compiere almeno un'attività domestica quotidiana.

[46] Ci si riferisce soprattutto alla capacità di assegnare il giusto valore al denaro e di ponderare l'uso dello stesso. Come noto, infatti, gli anziani risultano spesso vittime di operazioni commerciali svantaggiose concluse proprio presso il loro domicilio. Si tratta di un fenomeno che assume specifico rilievo nell'ambito della disciplina consumeristica (v. in particolare art. 26 c. cons.) e che in tempi

verno, in termini minimi di sicurezza domestica, della casa oppure, ancora, nella corretta assunzione dei farmaci prescritti.

In definitiva, si ritiene dunque che, solo dal combinato utilizzo delle scale *ADL* e *IADL*, potrebbe emergere la poliedricità della condizione di non autosufficienza, la quale può inevitabilmente incidere, non solo sulla sfera fisica del soggetto, ma anche sulle sue capacità cognitive e relazionali.

Alla luce di quanto sopra, occorre, in primo luogo, che l'assicurando, al momento della sottoscrizione della polizza, presti la dovuta attenzione ai parametri adottati dalla singola compagnia assicurativa nella determinazione della condizione di non autosufficienza coperta, trattandosi, appunto, di condizione rimessa a criteri convenzionali mutevoli, e che, prima ancora, l'impresa definisca chiaramente i termini dell'evento dedotto in rischio, senza ricorrere a clausole poco trasparenti [47].

In secondo luogo, è evidente che il cliente potrebbe avere interesse a garantirsi, non solo contro le forme di non autosufficienza, più estreme e di carattere fisico, poste in luce dalla scala *ADL*, ma anche rispetto alle altre, non trascurabili, manifestazioni della perdita di autonomia riconosciute da modelli più accurati ai quali si è fatto riferimento. Ai fini di fornire una risposta appagante al multiforme fenomeno della non autosufficienza, sembra, pertanto, auspicabile che il mercato assicurativo italiano – che in qualche caso isolato ha già mostrato un'apertura verso la perdita di autonomia sia fisica che sociale dell'individuo [48] – predisponga un'offerta maggiormente variegata: anche altri gradi di non autosufficienza, che – in virtù soprattutto della scala *IADL* – possono assumere rilievo, meritano, infatti, piena tutela assicurativa alla luce del fondamento costituzionale di cui all'art. 38, commi 2 e 5, Cost., nonché, nella dimensione sovrannazionale di riferimento, ai sensi dell'art. 25 della Carta di Nizza (*i.e.* Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), in forza del quale "L'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale".

4. – Muovendo da una concezione dicotomica del contratto assicurativo [49], occorre, ora, ricondurre il contratto di assicurazione contro il rischio di non autosufficienza nell'alveo di uno dei due tipi assicurativi contemplati dall'art. 1882 cod. civ.

Posta, infatti, una disciplina comune ad entrambe le categorie assicurative (artt. 1882-1903 cod. civ.), dalla collocazione della fattispecie discende, in via tendenziale, l'applicazione delle disposizioni relative

---

recenti ha costituto oggetto di attenzione della Direttiva (UE) 2019/2161, del 27 novembre 2019, la quale ha specificato che gli Stati membri sono abilitati a tutelare maggiormente il consumatore contro le pratiche commerciali sleali poste in essere nel contesto di visite al domicilio o di escursioni, prendendo atto che tali "pratiche spesso prendono di mira persone anziane o altre categorie di consumatori vulnerabili" (si vedano in particolare i Considerando nn. 54 e 55).

[47] Rileva la necessità di individuare in modo trasparente la condizione di non autosufficienza, pena la vessatorietà della clausola *de qua*, L. Di NELLA, *Le assicurazioni*, cit., 374.

[48] Si allude alla presenza, nel mercato assicurativo italiano, di un modello di polizza *LTC* che, nel definire la non autosufficienza coperta, tiene conto, non solo della capacità di svolgimento di alcune attività fisiche elementari, ma, seppur in misura minore, anche di un eventuale *deficit* di carattere cognitivo dell'individuo allorché esso si estrinsechi nell'incapacità di porre in essere attività socio-gestionali, quali, tra tutte, usare il telefono o gestire le finanze.

[49] La concezione dicotomica del contratto assicurativo – secondo la quale l'art. 1882 cod. civ. contempla due tipi assicurativi autonomi e diversi sul piano funzionale – si contrappone tradizionalmente alla visione unitaria dello stesso. Per un'illustrazione del problema, si rinvia, tra tutti, a P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 2016, 13 ss.; più recentemente, v. ID., *Le assicurazioni sulla vita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. MENGONI e P. SCHLESINGER, continuato da V. ROPPO e F. ANELLI, Milano, 2021, 65 ss.

all'assicurazione contro i danni (artt. 1904-1918 cod. civ.) ovvero di quelle che regolano l'assicurazione sulla vita (artt. 1919-1927 cod. civ.).

Per lungo tempo l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza è rimasta estranea alla tradizione giuridica italiana e, pertanto, sulla qualificazione di tale contratto si riscontra, non solo – per quel che consta – l'assenza di casistica giurisprudenziale, ma anche una minore attenzione da parte della dottrina, almeno rispetto a quella manifestata con riguardo al contiguo problema della natura delle assicurazioni infortuni e malattie.

La letteratura formatasi ha ad ogni modo rilevato la difficoltà di collocare *tout court* la copertura *Long Term Care* nel ramo danni ovvero in quello vita [50], al pari di quanto avviene con riferimento agli altri contratti di assicurazione attinenti alla persona [51].

Il legislatore, dapprima nella l. 22 ottobre 1986, n.742 (nella Tabella in allegato, lett. A) [52], e, successivamente, nel d.lgs. n. 174/1995 (nell'Allegato I, lett. A) [53], inquadrava nel ramo IV vita "l'assicurazione malattia di cui all'articolo 1, numero 1, lettera d), della direttiva CEE n. 79/267 del 5 marzo 1979" ossia, ai sensi della normativa comunitaria appena menzionata costituente la prima direttiva vita, «l'assicurazione praticata in Irlanda e nel Regno Unito, denominata "*permanent health insurance*" (assicurazione malattia, a lungo termine, non rescindibile)». Ebbene, in quest'ultima categoria assicurativa – peraltro presa anche successivamente quale modello di riferimento nella regolamentazione di matrice europea [54] – era ricondotta nella prassi interpretativa anche l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza, con conseguente collocamento della stessa, in forza del suddetto rinvio normativo, nell'ambito del ramo IV vita.

Infatti, stando alla normativa inglese, e, segnatamente, all'*Insurance Companies Act* del 1982 (*Schedule* I, n. IV), la categoria della *Permanent Health Insurance* (c.d. *PHI*) ricomprendeva in sé i contratti contro il rischio di incapacità della persona – causata da una lesione derivante da infortunio, malattia ovvero senescenza – necessariamente di lunga durata e non rescindibili da parte dell'assicuratore se non in ragione di circostanze eccezionali espressamente menzionate nella polizza [55]. In siffatta categoria, si riteneva, dunque, di ricondurre altresì l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza, in quanto anch'essa garanzia *long term*, non rescindibile, facente fronte ad una condizione di incapacità della persona originata da cause di diversa natura [56].

Tuttavia, non sono mancate voci che hanno ritenuto di non condividere l'inquadramento dell'assicurazione *LTC* nel novero delle *PHI* ed il conseguente collocamento della prima nel ramo IV vita. In particolare, si è posta in luce la divergenza tra i due contratti [57]: dalla letteratura sul tema [58], è emerso, infatti, che con

---

[50] V. in particolare L. Di Nella, *Le assicurazioni*, cit., 358 s.; V. Petrone, *Il rischio*, cit., 118 s.

[51] Così L. Gremigni Francini, *Assicurazioni sanitarie*, cit., 53.

[52] Legge abrogata dal d.lgs. n. 174/1995.

[53] Poi abrogato dal codice delle assicurazioni private.

[54] Il riferimento a tale categoria assicurativa era presente, infatti, anche nell'art. 2, punto 1, lett. *d)*, della successiva Direttiva Vita 2002/83/CE. In seguito, muta in parte l'allusione alla suddetta classe assicurativa: v., *infra*, nota 60.

[55] La menzionata normativa inglese inquadrava, infatti, nella categoria delle *Permanent Health Insurance* i "*contracts of insurance providing specified benefits against risks of persons becoming incapacitated in consequence of sustaining injury as a result of an accident or of an accident of a specified class or of sickness or infirmity, being contracts that – (a) are expressed to be in effect for a period of not less than five years, or until the normal retirement age for the persons concerned, or without limit of time, and (b) either are not expressed to be terminable by the insurer, or are expressed to be so terminable only in special circumstances mentioned in the contract*".

[56] Sull'argomento, cfr. V. Petrone, *Il rischio*, cit., 120 ss.

[57] Si veda D. De Strobel, *Le assicurazioni*, cit., 155 ss.

[58] In dottrina, tra gli scritti più risalenti sulla figura della *PHI*, si segnalano: E. Pitacco, *L' innovazione nel settore delle "assicu-*

l'espressione *Permanent Health Insurance* si allude, in realtà, ad una figura assicurativa volta a garantire specificamente contro il rischio di invalidità professionale, ossia contro il rischio di perdita della capacità lavorativa (causata da infortunio, malattia o senescenza) e di correlata produzione di reddito, e, dunque, ad un contratto assicurativo che, pur essendo di lunga durata e non rescindibile al pari del contratto di assicurazione contro il rischio di non autosufficienza, costituisce, tuttavia, un modello differente rispetto a quest'ultimo. Inoltre, la ricostruzione interpretativa sopra svolta ha suscitato perplessità a fronte dell'eterogeneità delle coperture *LTC* diffuse nella prassi, eterogeneità ritenuta di ostacolo ad un inquadramento monolitico dell'assicurazione *Long Term Care* in un solo ramo [59].

Come sopra accennato, il legislatore italiano ha, ad ogni modo, preso espressa posizione all'art. 2, comma 1, dell'attuale codice delle assicurazioni private, dirimendo ogni dubbio e includendo in via esplicita e diretta anche l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza nel ramo vita IV [60].

Successivamente, però, all'art. 8 del Regolamento ISVAP n. 29/2009, dopo aver confermato la collocazione della polizza nel ramo vita qualora la prestazione dell'assicuratore consista nel versamento di una rendita, ha ricondotto, invece, le ipotesi di copertura in cui l'impresa si impegna alla rifusione delle spese ovvero ad una prestazione in natura al ramo danni 2 Malattia. Così operando, il legislatore ha, dunque, dimostrato di non accogliere una visione monolitica della figura *de qua*, prospettando, di fatto, un diverso inquadramento in ragione della differente prestazione dedotta in contratto.

La suddetta tendenza pare invero inserirsi in un solco già tracciato dallo stesso legislatore fiscale nel d.m.fin., 22 dicembre 2000, n. 47: difatti, già in quel testo normativo, si differenziava tra coperture contro il rischio di non autosufficienza stipulate nell'ambito dell'assicurazione sulla vita, aventi ad oggetto una rendita, e quelle, concluse nell'ambito dell'assicurazione malattia, contemplanti, invece, un rimborso di spese oppure una prestazione di cura (v. art. 2, comma 4) [61].

Tale criterio legislativo di classificazione [62], tuttavia, suscita qualche perplessità [63].

Pare infatti che la qualificazione del contratto assicurativo debba essere legata a parametri diversi e più consistenti rispetto alla tipologia di prestazione dedotta in contratto: occorre cioè verificare, primariamente, la natura – dannosa o "attinente alla vita umana" – dell'evento considerato dalle parti e, allorché quest'ultimo presenti entrambi i connotati e non offra, quindi, indicazioni sufficienti, prestare specifica attenzione alla funzione svolta dal negozio [64].

---

razioni sulla salute": le coperture PHI, DD, LTC, in *Dir. ec. ass.*, 1992, 2-3, 350 ss.; L. FILANGIERI, *Il mercato britannico della* Permanent Health Insurance, *ivi*, 1995, 2-3, 525 ss. Più recentemente, v. A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Le assicurazioni*, cit., 234 ss.

[59] V. PETRONE, *Il rischio*, cit., spec. 122; D. DE STROBEL, *Le assicurazioni*, cit., spec. 155.

[60] Nell'ambito dell'ordinamento sovrannazionale, si noti peraltro che, attualmente, l'art. 2 (comma 3, lett. *a*) della Direttiva *Solvency* II (Direttiva 2009/138/CE), nell'indicare le assicurazioni sulla vita soggette alla disciplina normativa, si riferisce anche al "tipo di assicurazione malattia a lungo termine, non rescindibile, praticata attualmente in Irlanda e nel Regno Unito" senza, però, far più uso della dicitura "*Permanent Health Insurance*", prima, invece, presente nella regolamentazione di matrice comunitaria.

[61] Cfr., L. GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie*, cit., 50.

[62] La classificazione per rami operata dal legislatore assume, ad ogni modo, valore puramente indicativo. Cfr., tra tutti, P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 53 e 75; S. LANDINI, *Polizze sanitarie nelle dinamiche contemporanee della longevità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2019, 516.

[63] Cfr., sul punto, L. GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie*, cit., 52 s., il quale, peraltro, rileva come il criterio utilizzato dal legislatore sia sintomatico della difficoltà di individuare la reale natura contrattuale di figure assicurative, come quella in esame, al confine tra il ramo danni e quello vita.

[64] Su tale aspetto si veda P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione*, cit., 54 ss.

5. – Cominciando ad esaminare la natura dell'evento dedotto nel contratto di assicurazione *LTC*, occorre, dunque, domandarsi se il rischio di non autosufficienza si riferisca ad un evento dannoso oppure ad un evento "attinente alla vita umana".

A tal riguardo, è stato anzitutto sostenuto che l'assicurazione *Long Term Care* non sia agevolmente riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni; ciò sia poiché il rischio di non autosufficienza può realizzarsi anche indipendentemente da un evento causale di carattere patologico, sia in quanto il rischio assumerebbe una connotazione particolare in quanto incidente sulla sfera delle persone e non delle cose [65].

Si ritiene di dover esaminare separatamente le due considerazioni.

Il primo rilievo [66] pone in luce che la condizione di non autosufficienza non costituirebbe, sempre, un vero e proprio danno avuto riguardo alla sua fonte [67], ben potendo tale condizione originare anche dal naturale processo di invecchiamento dell'individuo e non derivare, quindi, da un evento causale patologico [68]. In questa ipotesi, la natura fisiologica dell'evento a monte – la senescenza – non consentirebbe di ravvisare, a valle, un vero e proprio danno.

Va, però, osservato che la longevità di cui all'art. 2, comma 1, cod. ass., non pare tanto una longevità fisiologica – intesa come processo, perdurante per tutto l'arco della vita umana, di per sé neutro – quanto piuttosto una longevità degenerativa, capace, difatti, di determinare nell'individuo, non solo il *naturale* decadimento psico-fisico, ma anche un'inabilità di una certa gravità e, più nello specifico, una privazione dell'autonomia. Verso siffatta opzione interpretativa sembra deporre, invero, lo stesso dato normativo, il quale allude specificamente ad una longevità causa di "invalidità grave".

In altri termini, mentre, ad esempio, nell'assicurazione di sopravvivenza, l'evento dell'invecchiamento viene in rilievo quale evento di durata privo di qualsivoglia connotazione e, dunque, unicamente quale evento della vita e non dannoso, sembrerebbe, invece, che nell'ambito dell'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza, anche alla luce dello stesso tenore letterale del dato positivo, il legislatore abbia inteso delineare l'invecchiamento in una sua dimensione particolare: dimensione che – spesso legata evidentemente ad elementi in sé patologici, quali, ad esempio, le malattie della demenza senile ovvero al verificarsi di accadimenti lesivi che, di per sé lievi, colpiscono maggiormente l'individuo anziano in ragione della naturale condizione psico-fisica in cui versa – si rivela in grado di causare, non solo una fisiologica sfioritura dell'individuo, ma anche una più grave lesione della sua integrità psico-fisica.

In tal senso, dunque, pare che anche il processo di invecchiamento, come descritto legislativamente nel contesto dell'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza, possa considerarsi un evento patologico fonte di una vera e propria lesione e, pertanto, quantomeno in astratto, possa essere inquadrato quale possibile *sinistro*, se per tale si intende, in ambito assicurativo, un qualsiasi evento produttivo di danno.

Sembra, invece, del tutto condivisibile il secondo rilievo [69], volto ad affermare che in tale ipotesi il rischio

---

[65] Per entrambi i rilievi cfr. L. DI NELLA, *Le assicurazioni*, cit., 358; L. GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie*, cit., 48 s.; si vedano altresì le considerazioni di V. PETRONE, *Il rischio*, cit., 118 s.

[66] V. nota immediatamente sopra.

[67] Cfr. le osservazioni di M. GAGLIARDI, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, in *Riv. it. med. leg*., 4, 2015, 1329; L. GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie*, cit., 49.

[68] In questo caso, la perdita di autonomia rappresenterebbe una semplice e naturale conseguenza del decadimento psico-fisico dell'essere umano allo scorrere del tempo ed all'avanzare dell'età. Più in generale, su tale concetto, cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione privata contro gli infortuni nella teoria del contratto di assicurazione*, Milano, 1968, 15 s., ove si legge che "non può essere considerato danno la minore efficienza fisica conseguente alla vecchiaia e l'annientamento fisico in dipendenza di cause naturali (c.d. morte naturale)".

[69] V. nota 65.

di non autosufficienza assumerebbe, ad ogni modo, una connotazione particolare in ragione del bene sul quale la condizione di non autosufficienza incide.

Infatti, la perdita di autonomia costituisce una vicenda riguardante la sfera della persona e non delle cose, sulle quali, per contro, è modellata la disciplina dell'assicurazione contro i danni. In altri termini, come si dirà meglio in seguito con riguardo alle assicurazioni della salute in genere, anche allorché si ritenga concretizzabile un danno, ci si dovrebbe, poi, interrogare sulla concreta compatibilità con la figura in esame della regolamentazione codicistica dell'assicurazione contro i danni concepita, appunto, con riguardo alle assicurazioni di cose o, tutt'al più, del patrimonio.

Stabilita la possibilità di qualificare la condizione di non autosufficienza alla stregua di un danno, seppur attinente alla sfera della persona, ci si chiede, ora, se tale condizione possa al contempo integrare un evento della vita.

Si segnala, infatti, che taluni interpreti hanno escluso di collocare la copertura in esame nel ramo vita, osservando che il rischio di non autosufficienza non riguarda un evento "attinente alla vita umana", *rectius* un evento relativo alla durata della stessa [70].

Tale osservazione pare ad ogni modo superabile rilevando che l'evento della vita al quale allude l'art. 1882 cod. civ. non necessariamente debba riguardare i soli eventi inerenti alla durata dell'esistenza. Difatti, dal punto di vista letterale, il precetto normativo si riferisce ad un "evento attinente alla vita umana", senza altro aggiungere in ordine a profili di durata; per giunta, è altresì noto che anche eventi diversi dalla morte e dalla sopravvivenza, quali la natalità o la nuzialità, siano generalmente considerati delle vicende della vita ai sensi della norma evocata [71].

Sulla scia di tale opinione, pare allora che la condizione di non autosufficienza possa costituire pienamente una vicenda "attinente alla vita umana" *ex* art. 1882 cod. civ. Più precisamente, in essa si ravvisa un'ampia condizione esistenziale dell'individuo, alla quale, peraltro, quest'ultimo si trova naturalmente più esposto proprio a causa dello scorrere del tempo e del sopraggiungere dell'età avanzata.

In conclusione, da quanto sinora esposto, sembrerebbe che la condizione di non autosufficienza possa essere astrattamente qualificata in modo ambivalente: sia, cioè, alla stregua di un danno derivante da un sinistro – pur sempre incidente sulla persona e non su di una cosa – sia quale evento della vita umana.

6. – Posto, dunque, che l'evento – al contempo dannoso e attinente alla vita – si rivela di per sé insufficiente a fondare un efficace tentativo di qualificazione, assume preminente rilievo, ai fini di operare una corretta collocazione sistematica del contratto in esame, soffermarsi sulla funzione svolta dallo stesso [72].

Si rammenta, infatti, che mentre l'assicurazione contro i danni è tradizionalmente connotata dalla funzione indennitaria, e, dunque, è volta alla riparazione di un danno causato da un sinistro attraverso una prestazione strettamente quantificata in ragione della lesione realizzatasi [73], invece, l'assicurazione sulla vita assol-

[70] Così, V. PETRONE, *Il rischio*, cit., 118; cfr. anche L. DI NELLA, *Le assicurazioni*, cit., 358; L. GREMIGNI FRANCINI, *Assicurazioni sanitarie*, cit., 49.

[71] Cfr. P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 53, al quale si rinvia; in giurisprudenza v., in particolare, Cass. 21 giugno 1971, n. 1941, in *Foro it*., 1971, I, 2505; Cass. 2 ottobre 1972, n. 2802, in *Assicurazioni*, 1973, II, 212.

[72] Cfr. P. CORRIAS, *Il contratto*, cit., 54 ss.; più in generale, sulla funzione del contratto, si veda, per tutti, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, spec. 249 ss.; 355 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti (Parte generale)*3, Torino, 2009, 171 ss., spec. 175.

[73] Si veda G. PARTESOTTI, *La polizza stimata*, Padova, 1967, 1 ss., spec. 69 ss. (riprodotto in ristampa anastatica nella *Collana della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, Napoli, 2017).

ve una funzione – da sempre meno nitida anche in ragione del più vago tenore letterale della seconda parte dell'art. 1882 cod. civ. [74] – di tipo previdenziale ed è, pertanto, diretta a far fronte – tramite l'erogazione di un capitale o di una rendita – a bisogni ed esigenze che generalmente sorgono al verificarsi di certi eventi della vita umana [75], integrando un modello contrattuale, in cui, da una parte, viene lasciata ai contraenti maggiore libertà nella determinazione della prestazione garantita, e, dall'altra, viene riservato all'assicurato un regime di maggiore favore, in virtù della natura degli interessi tutelati [76].

Ebbene, giunti a tal punto, prima di potersi soffermare sulla specifica funzione svolta dal contratto di assicurazione *Long Term Care*, pare necessario svolgere un discorso unitario in merito al più ampio *genus* delle assicurazioni della salute [77].

6.1. – L'assicurazione *Long Term Care*, come sinora delineata, viene infatti inquadrata nella categoria delle assicurazioni della salute [78], categoria alla quale sono generalmente ricondotte anche l'assicurazione delle spese mediche e le assicurazioni infortuni e malattie.

I contratti evocati trovano la loro nota unificante nel fatto di essere diretti alla tutela del diritto alla salute inteso in senso lato, quale diritto primario dell'individuo, costituzionalmente riconosciuto all'art. 32 Cost. e, secondo una certa impostazione, rinvengono, come si vedrà, un comune fondamento normativo nell'art. 38 Cost.

Appare appena il caso di precisare che la categoria delle assicurazioni della salute [79] costituisce una categoria diversa e più ampia rispetto a quella delle assicurazioni contro i danni alla persona [80]. Infatti, in quest'ultimo *genus* assicurativo vengono solitamente ricomprese le coperture contro gli infortuni e le malattie – e si potrebbe ritenere di ricondurre, alla luce di quanto sopra, anche l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza – ma dallo stesso rimane esclusa l'assicurazione delle spese mediche, volta ad assicurare, per le ragioni che si stanno per illustrare, contro un danno al patrimonio.

Ciò precisato, e focalizzando l'attenzione sulle figure assicurative della salute, occorre rilevare che esse, afferendo, seppur in diversa misura, alla dimensione della persona umana e, al contempo, costituendo delle garanzie contro dei danni, paiono tutte in qualche modo destinate a porre dei problemi in ordine alla loro natura, spesso al confine tra il ramo danni e quello vita.

Sull'assicurazione delle spese mediche si riscontra, a dire il vero, una tendenziale concordanza di opinioni. Tale copertura viene, infatti, tradizionalmente collocata nell'ambito dell'assicurazione contro i danni,

---

[74] Sul punto, G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione privata*, cit., 121.

[75] Sulla funzione previdenziale svolta dal contratto di assicurazione sulla vita, v. recentemente P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 61 ss.

[76] Emblematica in tal senso è la disposizione di cui all'art. 1923, comma 1, cod. civ., la quale contempla, nell'ambito dell'assicurazione sulla vita, una deroga all'art. 2740 cod. civ., disponendo che "Le somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario non possono essere sottoposte ad azione esecutiva o cautelare".

[77] La necessità di una visione unitaria della categoria delle assicurazioni della salute pare emergere, peraltro, da alcuni indici normativi: si pensi, ad esempio, all'art. 11, comma 3, cod. ass., che, in deroga al principio per cui l'oggetto sociale delle imprese di assicurazione debba essere limitato all'esercizio dei soli rami danni oppure dei soli rami vita, ammette l'esercizio congiunto dei rami vita e dei rami danni infortuni e malattie. Sul punto, si rinvia più ampiamente a P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 32 s., 76 s.

[78] Sulle assicurazioni della salute, si richiamano, tra tutti, P. CORRIAS, *Le assicurazioni sulla vita*, cit., spec. 31 ss., 72 ss.; *Diritto alla salute e contratto*, cit., 141 ss.; M. GAGLIARDI, *Salute*, cit., 1321 ss.; S. LANDINI, *Il ruolo delle assicurazioni nella tutela della salute*, in *Diritto e salute*, 1, 2017, 88 ss.

[79] Altrimenti dette assicurazioni sanitarie. Si veda P. CORRIAS, *Le assicurazioni sulla vita*, cit., 72 ss.

[80] In merito a tale categoria, v., tra tutti, G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, 151 ss.

quale ipotesi di assicurazione del patrimonio con applicazione della relativa disciplina: essa garantisce all'assicurato – tramite una prestazione monetaria – il rimborso delle spese sanitarie che lo stesso ha sostenuto a seguito di un infortunio o di una malattia, proteggendo, dunque, il suo patrimonio dalle perdite [81].

Tuttavia, si è opportunamente prospettata la necessità di una rilettura di siffatto contratto [82] in chiave non esclusivamente patrimoniale. Più nello specifico, è stato osservato che anche il contratto di assicurazione delle spese mediche, in quanto volto a far fronte ad un evento che incide sul bene della salute, manifesterebbe una non trascurabile nervatura previdenziale ai sensi dell'art. 38 Cost. [83].

La natura dell'assicurazione contro gli infortuni e le malattie costituisce, invece, diversamente dalla qualificazione della copertura delle spese mediche, una questione tutt'oggi irrisolta del diritto assicurativo, dalla quale discende la difficoltà di individuare, in assenza di disciplina legislativa di riferimento, le disposizioni applicabili.

Tramite tale contratto, l'assicuratore garantisce il versamento di una somma di denaro – determinata previamente in via forfettaria – a fronte della morte, dell'invalidità (parziale o totale) permanente ovvero dell'inabilità temporanea dell'assicurato, conseguente ad infortunio – inteso quale evento fortuito, violento ed esterno – o malattia.

La copertura presenta un carattere composito in quanto, da un lato, opera al verificarsi di una lesione dell'integrità psico-fisica dell'individuo a seguito di un sinistro e, dunque, di un evento dannoso, mentre, dall'altro, l'evento dedotto in contratto – al quale fa fronte una prestazione dell'assicuratore preventivamente determinata – attiene alla vita umana e, nella specie, lede interessi personali del massimo rilievo costituzionale.

Ciò ha comportato che, con specifico riguardo alla natura dell'assicurazione contro gli infortuni, si siano consolidate, nell'ampissima letteratura sul tema, distinte correnti di pensiero [84].

Da una parte – in ragione dell'attinenza alla vita umana dell'evento dedotto in rischio e del valore inestimabile della persona umana – si è ritenuto che l'assicurazione contro gli infortuni configuri un'ipotesi di assicurazione sulla vita [85]. Dall'altra, è stata messa in luce la funzione di riparazione del danno svolta dalla copertura rispetto alla lesione dell'integrità psico-fisica – lesione suscettibile di valutazione in termini economici, seppur in via forfettaria e convenzionale – e, pertanto, si è ritenuto che l'assicurazione infortu-

---

[81] *Ex multis*, A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*12, Milano, 2019, 140, 190 s.; M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in *Trattato di diritto commerciale*2, diretto da G. COTTINO, Padova, 2011, 465 s.

[82] Cfr. A. DURANTE, *Aspetti peculiari dell'assicurazione rimborso spese sanitarie*, in *Dir. prat. ass*., 1975, 662 s., per il quale tramite tale assicurazione "ci si assicura non già soltanto per difendere il patrimonio dalla eventualità di perdite (danno emergente, sub specie di esborsi), ma per proteggere la propria personalità psico-fisica da menomazioni, per non soffrire dolori, per conservare integra la capacità di lavoro e di guadagno, ed è per questo che l'assicurazione della quale parliamo non può essere semplicisticamente annoverata tra quelle genericamente patrimoniali". V. altresì G. BERTI DE MARINIS, *La natura delle polizze di spese mediche*, in *Diritto alla salute e contratto*, cit., 247 ss., spec. 250, per il quale tali assicurazioni "(..) proteggono il patrimonio di un assicurato malato o infermo e, tale dato, andrebbe più attentamente valorizzato al fine di conferire la corretta collocazione assiologica a tali negoziazioni".

[83] In tal senso P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 76, il quale afferma che "le assicurazioni di spese mediche, in quanto miranti a tutelare interessi di natura squisitamente personale – quale, appunto, l'integrità psico-fisica e, quindi, la salute – sono anch'esse connotate dalla funzione previdenziale e costituiscono, quindi, null'altro che una *species* di assicurazioni sulla salute"; prima ancora, v. ID., *Il contratto*, cit., 58.

[84] Per una dettagliata rassegna delle posizioni assunte sul tema si veda M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, *Le assicurazioni contro i danni*, Padova, 2012, 572 ss.

[85] Tra tutti, M. DONATI, *La natura giuridica dell'assicurazione volontaria contro gli infortuni,* in *Assicurazioni*, 1953, I, 41; V. COLASSO, *L'assicurazione infortuni. Profili giuridici*, Milano, 1970, 13; A. CORRADINI, *L'assicurazione successiva contro il rischio degli infortuni,* in *Monit. Trib*., 1960, 313.

ni costituisca un'assicurazione contro i danni [86] con conseguente applicazione del principio indennitario.

Non sono, poi, mancate voci che hanno prospetto trattarsi di un contratto misto [87], tale da integrare un'assicurazione contro i danni, nell'ipotesi di lesione non mortale e, viceversa, un'assicurazione sulla vita ove l'evento dedotto in contratto sia la morte dell'assicurato; nonché tesi che hanno ipotizzato di trovarsi dinnanzi ad un vero e proprio *tertium genus* contrattuale, non pienamente riconducibile a nessuno dei due singoli tipi assicurativi contemplati all'art. 1882 cod. civ. [88].

La giurisprudenza, che inizialmente riconduceva tale copertura nell'ambito dell'assicurazione sulla vita [89], ha poi mutato il proprio indirizzo [90] ravvisandovi un'ipotesi di assicurazione contro i danni, eccettuata l'ipotesi di assicurazione contro gli infortuni mortali che continua ad essere qualificata, in ragione dell'evento di natura mortale dedotto in rischio, nel tipo vita. Quest'ultimo orientamento risulta oggi prevalente [91], con la conseguenza che al contratto *de quo* – in caso di infortunio non mortale – si considera applicabile il principio indennitario [92].

Si tratta tuttavia di un indirizzo che, in ordine all'ipotesi di polizza contro gli infortuni non mortali, ha sollevato diverse perplessità [93].

Infatti, l'evento dedotto in contratto, certamente dannoso, rispetto al quale il contratto assicurativo esplica una funzione riparatoria, inerisce pur sempre alla persona e non ad un oggetto. In tal senso – oltre a considerare lo stesso tenore letterale della disciplina dell'assicurazione contro i danni, incentrata sulla dimensione del patrimonio e non delle persone [94] – si osserva, in linea con le argomentazioni proprie della posizione pre-

---

[86] *Ex multis*, tra coloro che ritengono che l'assicurazione contro gli infortuni rappresenti un'ipotesi di assicurazione contro i danni, v. G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, cit., *passim*, spec. 159 ss.; T. ASCARELLI, *Sulla natura dell'assicurazione facoltativa infortuni,* in *Assicurazioni*, 1937, II, 294 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private,* III, Milano, 1956, 507 ss.; G. De Zuccato, *Assicurazione infortuni: uno spiraglio di luce,* in *Dir. ec. ass*., 2006, 403 ss.

[87] V. in particolare G. FANELLI, voce *Assicurazione privata contro gli infortuni*, in *Enc. dir*., III, Milano, 1958, 588; A. DE BERNARDINIS, *L'assicurazione facoltativa contro gli infortuni*, *l'art. 1910 cod. civ. e la disciplina dei contratti comunitaria*, in *Resp. civ. prev.,* 2000, 38.

[88] Cfr. V. SALANDRA, *Natura e disciplina giuridica dell'assicurazione privata contro gli infortuni,* in *Assicurazioni,* 1948, I, 3 ss.; E. PASANISI, *L'assicurazione infortuni nella disciplina legislativa del contratto di assicurazione*, *ivi*, 1962, I, spec. 388 ss.; R. TEDESCHI, *Natura giuridica dell'assicurazione facoltativa contro gli infortuni*, in *Riv. dir. comm*., 1950, II, 388 ss.

[89] Cfr. Cass. 7 settembre 1966, n. 2336; Cass. 9 settembre 1968, n. 2915, in *Giur. it*., 1969, I, 1, 877; Cass. 18 giugno 1998, n. 6062, in *De Jure.*

[90] Fondamentale l'arresto di Cass., sez. un., 10 aprile 2002, n. 5119, in *Assicurazioni*, 2002, II, 105 ss.

[91] Tra tutte, inquadrano l'assicurazione contro gli infortuni non mortali nell'ambito dell'assicurazione contro i danni, spesso ai fini di decidere circa l'operatività del principio della c.d. *compensatio lucri cum damno* nel concorso tra le somme derivanti a titolo di risarcimento del danno da parte del terzo danneggiante e quelle erogate dall'impresa in forza di una polizza infortuni, Cass. 11 gennaio 2007, n. 395, in *Resp. civ. prev*., 2007, 1294 ss.; Cass. 11 giugno 2014, n. 13233, in *De Jure;* Cass. 11 giugno 2014, n. 1353, *ivi*; Trib. Genova 16 maggio 2016, n. 1732, *ivi*; Trib. Parma 20 ottobre 2017, n. 1465, *ivi*; Cass. 27 maggio 2019, n. 14358, *ivi*.

[92] In tal senso, oltre a Cass. sez. un. 10 aprile 2002, n. 5119, cit., v., da ultimo, Cass. sez. un., 22 maggio 2018, n. 12565, in *De Jure*; Cass. 8 aprile 2021, n. 9380, *ivi*.

[93] Differenti contributi hanno recentemente esaminato l'operatività del principio della *compensatio lucri cum damno* nell'ipotesi di concorso tra somme dovute a titolo di risarcimento del danno da parte del terzo responsabile e somme erogate da parte dell'impresa assicurativa, soffermandosi in chiave critica sulla qualificazione attribuita alla polizza infortuni non mortali. Cfr. a tal riguardo R. Pardolesi e P. Santoro, *Sul nuovo corso della* compensatio, in *Danno resp*., 4, 2018, spec. 428 ss.; M. HAZAN, *Risarcimento e indennizzo (nella polizza infortuni): cumulo o scorporo?*, *ivi*, 10, 2014, spec. 921 ss.; L. LOCATELLI, *La polizza contro gli infortuni non mortali: un contratto a causa variabile?*, in *Resp. civ. prev.,* 2019, 1, spec. 338 ss.

[94] Dalla disamina del nucleo di norme dedicato all'assicurazione contro i danni, nonché dallo stesso tenore letterale delle disposizioni, emerge, infatti, una regolamentazione incentrata sulle cose inanimate. Una norma di singolare rilievo è rappresentata dall'art. 1916 cod. civ., che, affermando l'operatività del diritto di surroga dell'assicuratore, non solo nell'ambito delle assicurazioni contro i danni, ma altresì in riferimento all'assicurazione contro le disgrazie accidentali opera una precisazione che evidentemente non si sarebbe resa necessaria ove la copertura contro gli infortuni fosse stata considerata del ramo danni; si segnala, tuttavia, che tale precetto

cedente, che il contratto in esame, tutelando l'integrità psico-fisica della persona, garantisce un interesse che non può essere oggetto di una rigida commercializzazione al pari di ciò che avviene per gli oggetti [95]. In considerazione della concezione che gli ordinamenti moderni, nazionali e sovrannazionali, hanno dell'essere umano [96], insomma, non sembra del tutto agevole – ancorché si assegni un valore in via convenzionale – ritenere che il bene tutelato non debba assumere rilievo in punto di disciplina contrattuale, senza operare una qualche distinzione tra "assicurazione di cose" e "assicurazioni di persone".

Inoltre, pur riconoscendosi all'assicurazione infortuni non mortali una funzione riparatoria del bene della salute leso, non si può negare alla copertura in esame una venatura di matrice previdenziale [97]. Questa discende, infatti, dallo stesso dettato costituzionale di cui all'art. 38 Cost. [98], dato dal quale non pare possibile prescindere in sede di ricostruzione concettuale dell'assicurazione *de qua*. Alla luce della norma evocata, non si comprenderebbe, ad esempio, perché un soggetto, al verificarsi di un evento inerente alla sua esistenza, non abbia diritto a conseguire una prestazione liberamente determinata – purché adeguata [99] – alla stregua di quanto avviene per altri eventi della vita (quali la natalità, la nuzialità e simili), nonché a godere delle norme di favore che proprio nel precetto di cui all'art. 38 Cost. trovano il loro degno riconoscimento. Si tratterebbe, infatti, di una tutela eventualmente accordata al soggetto in virtù di una preventiva forma di reperimento di risorse che egli ha avuto cura di procurarsi erogando, in cambio di tale prospettiva, un corrispettivo, ossia il premio, e che, soprattutto, non solo pare totalmente legittima ai sensi dell'art. 1882 cod. civ., ma trova fondamento di massimo valore costituzionale [100].

In tal senso, tra le diverse tesi ricostruttive volte a coniugare i differenti aspetti di tale copertura, è stato posto in luce che l'assicurazione infortuni sarebbe effettivamente idonea a esplicare una funzione previdenziale, pur essendo volta complessivamente a ristorare in senso lato un pregiudizio alla salute dell'individuo. L'interesse dell'assicurato – volto ad ottenere un ristoro per la condizione di salute lesa –, quantunque differente da quello, proprio di altre ipotesi di assicurazioni sulla vita, al solo mantenimento di un certo tenore di vita, sarebbe, infatti, pur sempre riconducibile alla dimensione assistenziale propria dell'assicurazione sulla vita ai sensi dell'art. 38 Cost., da ritenersi in tal caso prevalente ed assorbente rispetto a quella indennitaria [101].

---

normativo è, secondo altra opinione, indice, al contrario, della natura indennitaria del contratto assicurativo *de quo*. Sul modo di intendere ai fini qualificatori l'art. 1916 cod. civ., si veda, tra tutti, V. Salandra, *Natura*, cit., 7 s. In generale, sull'operatività del diritto di surroga dell'assicuratore, anche nell'ambito dell'assicurazione contro gli infortuni, v. recentemente P. Corrias, *Diritto di surrogazione dell'assicuratore e vincolo di solidarietà*, in corso di pubblicazione, in *Banca, borsa, tit. cred.*

[95] Cfr. le considerazioni di R. PARDOLESI, P. SANTORO, *Sul nuovo corso*, cit., 428.

[96] In tal senso, v. Cass. 9 settembre 1968, n. 2915, cit., secondo la quale "Mentre nell'assicurazione contro i danni il danno viene considerato in riferimento a cose materiali ed inanimate, suscettibili di proprietà e soggette perciò, per se stesse, ad un'obiettiva valutazione economica, nell'assicurazione contro gli infortuni e le disgrazie accidentali quello che viene in considerazione è il corpo umano nella sua interezza e nelle sue singole componenti, e cioè un bene tutt'affatto particolare, rispetto al quale, per la considerazione etica che i paesi civili hanno della vita umana, non è configurabile un puro e semplice contratto d'indennità come efficace strumento di riparazione del danno prodottosi".

[97] Anche in tempi più recenti, si riconosce – seppur con percorsi ed esiti ricostruttivi divergenti – la possibilità che il contratto in esame possa altresì adempiere una funzione previdenziale. A tal proposito, cfr. M. HAZAN, *Risarcimento*, cit., spec. 925; L. LOCATELLI, *La polizza*, cit., spec. 347.

[98] Cfr. P. CORRIAS, *Le assicurazioni*, cit., 74.

[99] V. *infra* par. 6.3.

[100] Su tale profilo, v. le considerazioni di L. LOCATELLI, *La polizza*, cit., 347.

[101] Cfr. P. CORRIAS, *Il contratto*, cit., spec. 59 ss.; più recentemente, ID., *Diritto*, cit.

6.2. – Alla luce di quanto sinora osservato in merito alla categoria delle assicurazioni della salute, sembrerebbe opportuno addivenire ad un collocamento sistematico delle stesse che assegni rilievo, ai fini funzionali, tanto alla *natura* quanto al *valore* del bene che esse tutelano.

Tali figure, infatti, pur costituendo delle fattispecie certamente differenti rispetto alle assicurazioni attinenti alla durata della vita umana, afferiscono pur sempre alla tutela della persona e dei suoi valori fondamentali. Pertanto, proprio siffatto oggetto della garanzia assicurativa potrebbe, non solo consentire e giustificare, ma anche rendere più confacente e opportuna l'applicazione di quella disciplina – caratterizzata per riservare una maggiore libertà ai contraenti ed un regime di favore all'assicurato – che connota l'assicurazione sulla vita.

Tale direzione risulta seguita nel sistema assicurativo spagnolo [102]. In Spagna, infatti, la legge attualmente vigente dedicata al contratto di assicurazione – *Ley*, 8 ottobre 1980, n. 50 (c.d. *Ley de Contrato de Seguro*) – differenzia i due principali tipi assicurativi proprio in ragione del bene oggetto della garanzia. Più in particolare, la *Ley de Contrato de Seguro*, posta la definizione del contratto assicurativo ed enucleata la disciplina generale dello stesso (Título I, artt. 1 ss.), contrappone alla classe delle assicurazioni contro i danni – cc. dd. *seguros contra daños – (Título II, artt. 25 ss.)* la classe delle assicurazioni di persone – cc. dd. *seguro de personas* – (Título III, artt. 80 ss.).

Ebbene, proprio in quest'ultima categoria – afferente in senso lato alla sfera dell'individuo – il legislatore spagnolo ricomprende i contratti assicurativi attinenti all'esistenza, all'integrità fisica o alla salute dell'assicurato [103].

Nella classe delle cc.dd. *Seguro de personas*, si rinvengono, cioè, non solo i contratti assicurativi attinenti ad eventi legati alla durata della vita umana, ma anche le singole ipotesi di assicurazioni della salute e, più precisamente: *i)* l'assicurazione infortuni (*seguro de accidentes*) agli artt. 100 ss.; *ii)* l'assicurazione di malattia e assistenza sanitaria (*seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria*) *ex* artt. 105-106; *iii)* l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza (*seguros de dependecia*) di cui agli artt. 106 *ter* ed, in parte, 106 *quater*.

In tal senso, il dato positivo spagnolo potrebbe rappresentare un interessante modello paradigmatico: esso, infatti, individuando nella natura del bene oggetto di tutela il criterio di classificazione dei tipi assicurativi, e così collocando le assicurazioni della salute nell'ambito delle assicurazioni delle persona, riserva alle stesse una posizione che, sul piano valoriale e disciplinare, risulta sistematicamente distante dal contratto di assicurazione contro i danni ed, invece, più prossima all'assicurazione vita.

6.3. – Sulla base delle considerazioni svolte, si ritiene che, nell'assicurazione *Long Term Care*, la *natura* ed il *valore* del bene oggetto della garanzia debbano orientare la qualificazione della stessa verso il ramo vita, in modo financo più pregnante rispetto a quanto è stato appena osservato, sul piano generale, con riguardo alle altre ipotesi di assicurazioni sanitarie [104].

---

[102] Per l'illustrazione dei lineamenti essenziali del contratto di assicurazione nell'ordinamento spagnolo, si veda AA.VV., *Curso de derecho privado*7, Valencia, 2004, 659 ss.

[103] Cfr. l'art. 80 della *Ley de Contrato de Seguro* n. 50/1980 ai sensi del quale "*El contrato de seguro sobre las personas comprende todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado*".

[104] Si rammenta che, in questa ipotesi, lo stesso legislatore – all'art. 2, comma 1, cod. ass. – ha collocato la copertura nel ramo vita, salvo poi limitare tale inquadramento alla sola ipotesi di garanzia *LTC* avente ad oggetto una rendita.

Può, infatti, escludersi che l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza svolga una funzione meramente riparatoria: al contrario, la copertura – strutturata, come suggerisce la stessa denominazione *Long Term Care*, quale contratto di assistenza a lungo termine – pare più che altro diretta a garantire – al verificarsi di un evento che attiene ampiamente alla persona umana e che, anche da un punto di vista valoriale, rinviene nell'art. 38 Cost. un fondamentale riconoscimento costituzionale – una prestazione adeguata al soddisfacimento di esigenze e bisogni di lunga durata dell'individuo.

Ricorrendo a tale polizza, sembra, insomma, che l'interesse dell'assicurato sia propriamente quello di garantirsi dei mezzi in denaro (o in natura) nell'ipotesi in cui si verifichi la perdita dell'autonomia psico-fisica, avvalendosi di una forma di reperimento di risorse che l'ordinamento giuridico ritiene meritevole di un trattamento di favore alla luce degli interessi tutelati [105]. Si riterrebbe, pertanto, che l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza realizzi la funzione previdenziale propria dell'assicurazione sulla vita [106], concorrendo specificamente a garantire quei "mezzi adeguati alle (…) esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia (…)" che, ai sensi dei commi 2 e 5 dell'art. 38 Cost., sono predisposti e assicurati a favore dei lavoratori e – si ritiene – in generale dei cittadini [107].

Va precisato che, poiché, per le ragioni sinora illustrate, siffatto inquadramento della figura è sorretto dalla natura dell'evento dedotto e, ancor più, dalla funzione realizzata dal contratto, non incide sulla qualificazione della stessa il tipo di prestazione promessa e, segnatamente, la circostanza che l'impresa di assicurazione si impegni ad una prestazione differente dall'erogazione di una rendita, sia essa una prestazione di rimborso spese oppure una prestazione di assistenza alla persona [108].

Nella prima ipotesi – nella quale, cioè, oggetto della garanzia sia una prestazione di rifusione delle spese sostenute dall'assicurato – non si reputa, infatti, che la copertura cessi di svolgere una funzione previdenziale, in quanto questa prestazione è pur sempre idonea a soddisfare le esigenze della persona derivanti dall'invalidità.

In tal caso, pur non potendosi applicare il principio indennitario alla polizza *Long Term Care* per incompatibilità con la suddetta funzione, si ritiene che la prestazione di rimborso dell'assicuratore debba pur sempre essere correlata agli effettivi oneri sostenuti dall'assicurato. Si è, difatti, sostenuto su un piano generale – e, dunque, con riguardo a tutte le assicurazioni della salute – che anche quando il contratto assicurativo realizzi una funzione previdenziale, le prestazioni garantite non possano prescindere totalmente dalle esigenze maturate a seguito dell'evento: l'art. 38 Cost., infatti, impone che le stesse siano determinate sulla base di un canone di adeguatezza; canone che, seppur più elastico rispetto a quello indennitario, dovrebbe impedire l'erogazione di prestazioni del tutto incongrue [109].

Anche nella seconda ipotesi – ossia quella in cui la polizza abbia ad oggetto una prestazione di *facere* da parte dell'impresa di assicurazione – si ritiene non venga meno la funzione di natura previdenziale svolta dal

---

[105] Cfr. altresì L. Di Nella, *Le assicurazioni*, cit., 358 s.

[106] Riconosce all'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza una funzione previdenziale P. Corrias, *Le assicurazioni*, cit., 75 e, prima ancora, Id., *Prestazioni di* facere *e causa del contratto di assicurazione*, in *Prestazioni di* facere *e contratto*, cit., 28. V. altresì la posizione di L. Di Nella, *Le assicurazioni*, cit., 362, il quale ritiene che la funzione previdenziale ed il principio, avente supremazia gerarchica, di tutela della persona può giustificare l'applicazione dell'art. 1923 cod. civ. all'assicurazione *Long Term Care*.

[107] Cfr. P. Corrias, *Il contratto*, cit., 39, spec. nota 97, il quale ritiene che la portata applicativa della norma debba essere estesa a favore del cittadino in genere.

[108] In tali termini, P. Corrias, *Prestazioni*, cit., 29.

[109] Così P. Corrias, *Le assicurazioni*, cit., 61, al quale si rinvia, e, prima ancora, Id., *Il contratto*, cit., 61. In giurisprudenza, in tal senso, v. Trib. Treviso 11 giugno 2019, n. 1285.

contratto, posto che – come è stato osservato – quest'ultima ben si può realizzare tramite prestazioni diverse da quelle di carattere monetario [110].

Tuttavia, in questo caso, rimane da verificare la concreta compatibilità dell'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza avente ad oggetto una prestazione di *facere* con la disciplina dell'assicurazione sulla vita.

Ad essa potrebbe ostare, in primo luogo, il dato letterale di cui all'art. 1882 cod. civ.: mentre, infatti, la prima parte della norma – relativa all'assicurazione contro i danni – contempla un generico obbligo dell'assicuratore di rivalere il danneggiato, ammettendo, sia prestazioni pecuniarie che di altra natura, purché integrative dell'interesse leso, la seconda parte della disposizione – dedicata all'assicurazione sulla vita – richiama, più specificamente, una prestazione dell'assicuratore consistente in un "un capitale o una rendita" [111]. Tale argomento potrebbe essere però superato ricordando la diffusa convinzione per la quale l'art. 1882 cod. civ., non essendo più idoneo a ricomprendere e disciplinare i variegati modelli assicurativi affermati nelle prassi, non debba oggigiorno essere letto in modo eccessivamente rigido e vincolante [112].

Il reale ostacolo a ricorrere alla disciplina dell'assicurazione sulla vita sembra, invero, più sostanziale che letterale [113] ed è rappresentato dal fatto che questa è notoriamente modellata sulle prestazioni di somme di denaro [114]. Pertanto, diverse disposizioni potrebbero rivelarsi difficilmente applicabili in concreto ai contratti assicurativi, come quello in esame, aventi ad oggetto una prestazione di *facere* da parte dell'assicuratore [115].

7. – La nota e progressiva transizione digitale del comparto medico [116], sottoposta all'attenzione e costituente oggetto di ingenti investimenti delle istituzioni italiane e sovrannazionali [117], assume interesse anche

---

[110] In tal senso, G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni*, cit., 77.

[111] Sul punto, cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni*, cit., 78; P. CORRIAS, *Prestazioni di* facere *e causa*, cit., 18; G. FANELLI, *Assicurazione sulla vita e intermediazione finanziaria*, in *Assicurazioni*, 1986, I, 192.

[112] G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni*, cit., 78; in generale, su tale profilo, si veda anche V. PETRONE, *Il rischio*, cit., 119.

[113] V. G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni*, cit., 78, la quale assegna centralità alla verifica della compatibilità tra il modello contrattuale avente ad oggetto una prestazione in natura e la disciplina sostanziale di uno dei tipi assicurativi di cui all'art. 1882 cod. civ.

[114] Così P. CORRIAS, *Prestazioni di* facere *e causa*, cit., 18.

[115] Si rammenta che la questione attinente alla riconducibilità, allo schema del contratto assicurativo, di un contratto avente ad oggetto una prestazione in natura in capo all'impresa di assicurazione è stata affrontata dalla dottrina soprattutto alla luce dell'introduzione, anche nell'ordinamento nazionale, del contratto di assistenza di cui all'art. 175 cod. ass. Sul tema, tra tutti, si veda *Prestazioni di* facere *e contratto*, cit., *passim.*

[116] Sul concetto di sanità digitale cfr. la definizione data dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, all'indirizzo *https://www.who.int/observatories/global-observatory-for-ehealth*; v. altresì la voce *Sanità Digitale*, in Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Strategia per la crescita digitale, 2014-2020 (3 marzo 2015)*, 89 ss., in *www.agid.gov.it*. In dottrina, sui profili giuridici della digitalizzazione in ambito medico, si richiama, tra tutti, G. Comandé, *Ricerca in sanità e* "data protection*" un "*puzzle*" ...risolvibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2019, 1, 187 ss.; E. STEFANINI, *Telemedicina, "*mHealth*" e diritto*, in *Rass. dir. farm. sal.*, 2016, 5, 1023 ss.; U. IZZO, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cybermedicina*, in *Danno resp.*, 2000, 8-9, 807 ss.; B. STANBERRY, *The Legal and Ethical Aspects of Telemedicine*, London, New York, 1998.

[117] Il fenomeno della digitalizzazione sanitaria è sottoposto all'attenzione – specie nell'attuale contesto di crisi del sistema sanitario nazionale e di emergenza sanitaria mondiale – delle istituzioni italiane e sovrannazionali; basti pensare ai cospicui investimenti destinati al settore che sono stati previsti, in ambito europeo, nel c.d. *Recovery Fund*, e, in sede nazionale, nel c.d. *Recovery Plan.* Sull'interesse mostrato verso la tematica, v., a livello italiano, Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), cit., spec. 221 ss. Sul piano europeo, cfr., in particolare, Regolamento (UE) 2021/522 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 marzo 2021 *che istituisce un programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 («programma UE per la salute»*) (EU4Health) *e che abroga il regolamento (UE) n. 282/2014*, in *https://eur-lex.europa.eu/*; Commissione Europea, *Comunicazione relativa alla trasformazione digitale della sanità e dell'assistenza nel mercato unico digitale, alla responsabilizzazione dei cittadini e*

per quanto concerne il mercato assicurativo, atteso che le nuove tecnologie son sempre più di frequente applicate nell'ambito dei contratti assicurativi della salute, svelando, come intuibile, indubbie potenzialità – e taluni pericoli – sul piano della tutela della persona.

In termini generali, è, infatti, con l'espressione "*Digital Health Insurance*"[118] che si fa riferimento al graduale diffondersi, nel mercato assicurativo italiano, di polizze della salute che prevedono, in via accessoria rispetto alla prestazione principale dell'assicuratore, l'erogazione di una serie eterogenea di prestazioni connotate dal ricorso a strumenti di matrice digitale[119]. Seppur in misura minore rispetto alle altre coperture sanitarie, anche con riguardo all'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza si registra ormai un processo di graduale digitalizzazione[120], invero fortemente auspicato e destinato a permeare l'intero settore *LTC*[121].

In particolare, si comincia a riscontrare l'offerta di polizze *Long Term Care* che contemplano l'installazione presso il domicilio dell'assicurato di *hubs* informatici volti a monitorare i parametri vitali di quest'ultimo[122] nonché di coperture che coniugano la misurazione a distanza dei valori vitali con la fornitura di consulti medici da remoto, talvolta nell'ambito di piani personalizzati di cura alla persona in cui ampio spazio viene riservato alle diverse funzionalità dello strumento digitale[123]. Inoltre, soprattutto in relazione all'anziano che vive da solo, è stata sottolineata la possibilità di predisporre strumenti sensoriali dotati di GPS in grado di registrare eventuali malesseri o infortuni domestici, consentendo poi di localizzare e prestare soccorso all'assicurato[124]; congegni che – va da sé – sono ancor più utili, nel perdurare dell'emergenza sanitaria, a causa del distanziamento sociale imposto, che ha fortemente limitato le visite e l'assistenza fisica alle persone prive di autonomia.

È evidente che le suddette innovazioni tecnologiche possono consentire una più efficace gestione della condizione di non autosufficienza e, in generale, di salute del cliente[125], con notevoli benefici sia sul fronte individuale che su quello collettivo.

---

alla creazione di una società più sana [COM(2018)233 final], Bruxelles, 25 aprile 2018, sempre in *https://eur-lex.europa.eu/*. In ambito internazionale, v. World Health Organization, *Global strategy on Digital Health* 2020-2025, consultabile all'indirizzo *https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/344249/9789240020924-eng.pdf*; peraltro, si segnala che sono state recentemente emesse dall'Organizzazione Mondiale della Sanità le linee guida in materia di sanità digitale, alle quali ha fatto seguito la relativa guida pratica di accompagnamento (cfr. World Health Organization, *WHO Guideline: recommendations on digital interventions for health system strengthening*, 17 April 2019; World Health Organization, *Digital Implementation Investment Guide (DIIG): Integrating Digital Interventions into Health Programmes*, 15 September 2020, consultabili nel sito ufficiale *www.who.int*).

[118] V. IVASS, *Analisi* trend *prodotti assicurativi-Le nuove polizze sulla salute: la* Digital Health Insurance, Roma, 18 settembre 2016, in *www.ivass.it*; A. CAMEDDA, *Sanità digitale e contratto di assicurazione: un nuovo connubio*, in *Diritto alla salute e contratto*, cit., 341 ss.; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Le assicurazioni,* cit., 263 ss.

[119] Per una descrizione del fenomeno e dei profili giuridici connessi, si rinvia ad A. CAMEDDA, *Sanità*, cit*., passim*. Sul progressivo diffondersi di assicurazioni della salute connotate dall'applicazione di dispositivi digitali, cfr. IVASS, Report *Analisi* Trend *Offerta Prodotti Assicurativi*, *gennaio-giugno 2021*, cit., 6 ss., in *www.ivass.it*; ID., Report. *Analisi* trend *offerta prodotti assicurativi, luglio-dicembre 2020*, aprile 2021, 8, *ivi*; ID., *Analisi* trend *offerta prodotti assicurativi*, *(gennaio-giugno 2020)*, cit., 5, *ivi*; ID., Report *Analisi* trend *offerta prodotti assicurativi, (luglio-dicembre 2018)*, maggio 2019, 6 s., *ivi*; *Così l'IoT può cambiare il mercato delle assicurazioni sanitarie*, 2 gennaio 2020, in *www.ilsole24ore.com*.

[120] Evidenzia che le attività di monitoraggio e di supporto da remoto si stanno diffondendo anche nel settore *LTC*, ravvisando un maggiore sviluppo delle stesse in prospettiva futura, E. NOTARNICOLA, *Nuovi attori*, cit., 65. V. altresì le considerazioni di M. VECCHIETTI, *Nuove sfide*, cit., 56 s.

[121] Si veda A. ROTOLO, *Innovazione tecnologica nel settore LTC: diffusione e prospettive*, in *L'innovazione e il cambiamento nel settore della* Long Term Care. *1° Rapporto Osservatorio* Long Term Care, a cura di G. FOSTI, E. NOTARNICOLA, Milano, 2018, 71 ss., consultabile all'indirizzo *https://www.cergas.unibocconi.eu/sites/default/files/files/1%25C2%25B0-Rapporto-LTC.pdf*.

[122] Cfr. M. VECCHIETTI, *Nuove sfide*, cit., 57.

[123] Si veda E. NOTARNICOLA, *Nuovi attori*, cit., 66.

[124] Così A. CAMEDDA, *Sanità*, cit., 352.

[125] Sul ruolo della tecnologia a tutela del cittadino fragile, cfr. *Tecnologie a sostegno della disabilità: indagine ISS sull'esperienza delle persone "fragili" nell'era COVID*, in *www.salute.gov.it.*; *"La tecnologia al servizio del cittadino fragile". Intervista*

Sul piano individuale, infatti, i vantaggi di cui l'assicurato può godere sono ancor più apprezzabili qualora egli sia un soggetto in età avanzata: a titolo esemplificativo, può usufruire dell'assistenza a domicilio, senza dispendio di energia e fatica nel recarsi presso le strutture ospedaliere e, nell'ottica di una maggiore domiciliarità delle cure, senza allontanarsi dal proprio ambiente domestico; nella medesima prospettiva, egli può altresì servirsi del monitoraggio a distanza della propria situazione di salute, peraltro con effetti positivi in termini di prevenzione delle malattie [126].

In una visione a più ampio raggio, gli strumenti digitali, così applicati, si palesano idonei a garantire l'efficienza e la celerità delle prestazioni sanitarie, nonché a consentire la riduzione di costi e oneri di varia natura, soprattutto a fronte della notoria crisi del sistema sanitario nazionale e del modello *LTC* in genere [127], inevitabilmente acutizzata dalla pandemia in corso. Siffatto uso dei dispositivi informatici può altresì contribuire ad integrare ed alleggerire l'attività di assistenza svolta dai *caregivers* [128], attività essenziale, nell'attuale contesto nazionale, nel fornire una risposta al problema della non autosufficienza.

Come è stato posto in luce [129], in virtù dell'impiego degli strumenti digitali, anche il mercato assicurativo, e nella specie quello della salute, è reso più sollecito alla domanda del cliente. Difatti, grazie alla conoscenza di numerose informazioni relative all'assicurato derivanti dal supporto informatico, è possibile per le imprese addivenire ad una migliore individuazione del rischio e, dunque, personalizzare maggiormente l'offerta, garantendo quella più ampia scelta e competitività dei prodotti di cui proprio il settore *LTC* necessita. Tuttavia, se da una parte, il mercato assicurativo potrebbe divenire altresì più inclusivo [130], dall'altra, è stato osservato che si potrebbero realizzare delle forme di discriminazione proprio nei confronti delle categorie più fragili allorquando, in ragione delle caratteristiche messe in luce dai dati a disposizione dell'assicuratore, esse finirebbero per essere danneggiate dalla personalizzazione dei premi assicurativi e, in una certa misura, escluse dal mercato [131].

Inoltre, anche per quanto concerne le coperture *Long Term Care* digitali, si ripresentano le medesime questioni critiche, inerenti alla tutela di alcuni diritti fondamentali della persona, che, come noto, si sono poste in termini generali in correlazione al diffondersi del fenomeno digitale [132]. Senza potersi soffermare sull'argomento, si allude principalmente alla necessità di prestare attenzione al rispetto del diritto alla riservatezza [133], stante lo sfruttamento di un'immensa mole di informazioni relative alla condizione sanitaria

---

a due voci ai curatori dell'evento: il Prof. Stefano Troiano ed il Prof. Mauro Tescaro, all'indirizzo *https://www.dimt.it/news/18477/*.

[126] Sul punto, A. CAMEDDA, *Sanità*, cit., 360, la quale mette in luce come la funzione di prevenzione degli eventi pregiudizievoli svolta dal contratto assicurativo venga ulteriormente enfatizzata dall'uso del digitale.

[127] V. *supra* par. 1.

[128] Cfr. M. VECCHIETTI, *Nuove sfide*, cit., 57.

[129] IVASS, *Analisi* trend *prodotti assicurativi-Le nuove polizze*, cit., 5.

[130] Difatti, l'IVASS ha rilevato che la più precisa profilazione del rischio potrebbe garantire l'ampliamento dell'offerta assicurativa anche a favore di soggetti generalmente esclusi in quanto più rischiosi (IVASS, *Analisi* trend *prodotti assicurativi-Le nuove polizze*, cit., 5).

[131] Sul punto, A. CAMEDDA, *Sanità*, cit., 366; IVASS, *Analisi* trend *prodotti assicurativi-Le nuove polizze*, cit., 15.; ANIA, *Indagine conoscitiva sulle tematiche relative all'impatto della tecnologia finanziaria sul settore finanziario, creditizio e assicurativo*, 6 dicembre 2017, 8, in *www.ania.it.*

[132] Per una riflessione generale sui profili legati alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nell'utilizzo delle nuove tecnologie, v. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in BioLaw Journal-*Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 63 ss.; U. Izzo, *Medicina*, cit., 807 ss.

[133] In materia di protezione dei dati personali, è intervenuto, come noto, il Regolamento UE 2016/679, a seguito del quale, con d.lgs. 10 agosto 2018, n.101, il legislatore italiano ha adeguato il c.d. Codice della Privacy (d.lgs. 196/2003). In dottrina, tra tutti, v. G.D. FINOCCHIARO, *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento Ue n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna,

dell'individuo [134], nonché alla salvaguardia del diritto all'autodeterminazione, laddove i suddetti dati vengano sfruttati dalle imprese ai fini dell'adozione di un sistema di incentivo di scelte e di comportamenti che l'individuo potrebbe essere indotto ad assumere in modo non del tutto consapevole [135].

In conclusione – per quanto in questa sede si è prospettata solo una breve panoramica delle caratteristiche di un fenomeno di estrema attualità ed in continuo divenire – emerge come l'innovazione tecnologica del settore *LTC* offra indiscutibilmente maggiori forme di prevenzione e di protezione della condizione di non autosufficienza del soggetto, il quale, tuttavia, rischia pur sempre di divenire più vulnerabile sotto altri fronti. Le esternalità positive paiono, ad ogni modo, superiori rispetto alle criticità e nel senso di uno sviluppo sicuro delle nuove tecnologie sono, oramai, ampiamente indirizzate le energie delle istituzioni su tutti i campi ed i livelli [136].

Infine, ciò che alla luce dell'avanzata digitale pare emergere in misura più accentuata è il ruolo che l'assicurazione contro il rischio di non autosufficienza, e le altre assicurazioni della salute in genere, possono svolgere, anche in via integrativa rispetto al settore pubblico, nella tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. Siffatte assicurazioni infatti – contemplando in via accessoria servizi digitalizzati volti alla cura e all'assistenza della persona – salvaguardano maggiormente gli interessi esistenziali della persona, così dispiegando, ancora di più, la loro stretta attinenza alla dimensione assistenziale e previdenziale. Tale fenomeno pare, pertanto, rafforzare quanto rappresentato in termini generali sulla natura delle suddette polizze, ossia la difficoltà di poter prescindere dalla considerazione del valore degli interessi tutelati, in sede di collocazione assiologica di tali contratti e, conseguentemente, ai fini dell'individuazione della disciplina agli stessi applicabile.

2019. Per alcune considerazioni di carattere generale sul tema della tutela della *privacy* a fronte dell'utilizzo delle nuove tecnologie, si richiama, recentemente, M. FRANZONI. *Lesione dei diritti della persona, tutela della "*privacy*" e intelligenza artificiale*, in questa *Rivista*, 2021, 1, 4 ss.; con specifico riguardo alla tutela del diritto alla riservatezza nella dimensione del mercato, anche assicurativo, cfr. IVASS, *Analisi* trend *prodotti assicurativi-Le nuove polizze*, cit., 15; S. LANDINI, *Privacy, rischio informatico e assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2019, 1/1, 15 ss.; L. LIGORI, Big Data *e tutela dei dati personali*, in FINTECH*, Introduzione ai profili di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*[2], a cura di M.T. PARACAMPO, Torino, 2021, 145 ss.

[134] La problematica concernente la tutela del diritto alla riservatezza nel campo delle assicurazioni della salute è indubbiamente amplificata alla luce della maggiore quantità di dati a disposizione dell'assicuratore derivanti dal supporto informatico. Tuttavia, la necessità di garantire il rispetto di siffatto diritto si pone anche in relazione alle forme più tradizionali di tali coperture, nell'ambito delle quali, come noto, l'impresa di assicurazione è in grado di disporre di dati strettamente personali dell'individuo, di carattere sanitario e, più specificamente, anche genetico. A riguardo, v. M. GAGLIARDI, *L'assicurazione della salute tra aleatorietà e tutela dell'identità personale*, in *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, a cura di F.D. BUSNELLI, G. COMANDÉ, Milano, 2009, spec. 87. La questione è stata trattata con specifica attenzione alle polizze *Long Term Care* da L. GREMIGNI FRANCINI, *Dati genetici e assicurazioni private long term care*, in *L'assicurazione tra codice civile*, cit., 113 ss.; S. BARISON, *Contratti*, cit., 240 ss.

[135] Cfr. A. CAMEDDA, *Sanità*, cit., 365.

[136] V., *supra*, nota 117. Con specifico riguardo alla transizione digitale del settore assicurativo, ferma la proficuità del fenomeno, si segnala che, di recente, l'Autorità di vigilanza italiana del settore assicurativo ha richiamato l'attenzione sulla necessità di intervenire quantomeno sotto un triplice piano: *i)* la modernizzazione degli strumenti utilizzati e la ristrutturazione "dell'intero sistema informativo aziendale sulla base di un'architettura razionale, integrata e flessibile"; *ii)* la gestione del rischio operativo, con un innalzamento della protezione da rischi cibernetici e la predisposizione di appositi presidi di governo a fronte, soprattutto, del crescente fenomeno di *outsourcing*; *iii)* la *governance* degli algoritmi di intelligenza artificiale, ai fini di evitare discriminazioni più o meno implicite e di garantire l'informazione alla clientela sui modelli adottati. Sul punto v. IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2020-Considerazioni del Presidente Luigi Federico Signorini,* Roma, 1 luglio 2021, 8 s., in *www.ivass.it.*, ove si dà altresì atto che, in ordine al secondo profilo di cui sopra, la problematica, invero comune all'intero mercato finanziario, è oggetto di un Regolamento in fase di definizione in ambito europeo (c.d. *Digital Operational Resilience Act,* DORA). Sul tema della digitalizzazione del mercato assicurativo, si consulti anche ESMA, EBA, EIOPA, *Joint Comittee Final Report on Big Data*, 15 marzo 2018, in *esas-joint-committee.europa.eu*.

JUS CIVILE

GABRIELE PERFETTI

Dottorando di ricerca – Università Ca' Foscari di Venezia

BENI CON ELEMENTI DIGITALI E AGGIORNAMENTI NELLA NOVELLATA DISCIPLINA DEI CONTRATTI DI VENDITA B2C [*]

SOMMARIO: *1. Dinamica della vendita di beni con elementi digitali. – 2. L'impegno del venditore tra autonomia e funzioni del bene. – 3. Tipi e finalità degli aggiornamenti dell'elemento digitale. – 4. La fornitura degli aggiornamenti: conformità al contratto e cooperazione del consumatore. – 5. La disciplina di attuazione italiana (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170). – 6. Considerazioni conclusive.*

1. – Una delle novità più significative della dir. 771/2019/UE del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni [1], che ha abrogato e sostituito la dir. 1999/44/CE del 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo [2], è rappresentata dall'introduzione di re-

[*] L'elaborato trae le proprie origini da un intervento effettuato nel corso del convegno tenutosi presso l'Università di Ferrara nei giorni 16 e 17 giugno 2021 e dedicato al recepimento in Italia della direttiva (UE) 2019/771 relativa ai contratti di vendita mobiliare conclusi da professionisti con consumatori, cui sono stato gentilmente invitato dal Prof. Giovanni de Cristofaro.

[1] Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE, in G.U.C.E. n. L 136 del 22 maggio 2019, 28 ss., sulla quale v. G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari B-to-C: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 205 ss.; T. DALLA MASSARA, *L'imminente attuazione della Dir. UE 2019/771 e il problema del coordinamento con il codice civile: una proposta per il futuro art. 135 c. cons.*, in *Corr. Giur.*, 2021, 1278 ss.; G. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell'Unione europea*, in *Contr. impr.*, 2019, 825 ss.; E. FERRANTE, *La direttiva 19/771/UE in materia di vendita a consumo: primi appunti*, in *Annuario del contratto 2018*, Giappichelli, 2019, 23 ss.; F. ADDIS, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo dir. civ.*, 2, 2020, 5 ss.; A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2020, 806 ss.; M. FACCIOLI, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1, 2020, 250 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*[4], Giappichelli, 2020, 476 ss.; S. PAGLIANTINI., *Il diritto privato europeo in trasformazione*, Giappichelli, 2020, 1 ss.; C. SARTORIS, *La risoluzione della vendita di beni di consumo nella dir. n. 771/2019 UE. Commento a dir. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea n. 771 del 2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2020, 702 ss.; nonché, T. DALLA MASSARA, *La vendita di beni mobili*, Pacini, 2020; A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, ESI, 2019.

[2] Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo in G.U.C.E. n. L 171 del 7 luglio 1999, 12 ss., sulla quale v., senza pretesa di esaustività, A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo. Commento agli artt. 1519bis-1519nonies del Codice civile in attuazione della Direttiva 1999/44/CE*, CEDAM, 2002; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore: l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, 2000; A. LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, diretto da F. Galgano; *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo: artt. 1519 bis-1519 nonies cod. civ. e art. 2 d.lgs. 2 febbraio 2002 n. 24*, coordinato

gole "speciali" dedicate al contratto di vendita avente ad oggetto beni con elementi digitali, entro cui si situa la disciplina degli aggiornamenti.

Il superamento dell'ormai storica disciplina europea delle garanzie nella vendita di beni di consumo si è imposto a ragione della repentina evoluzione degli scambi *b2c*, sempre più gremiti da contratti (conclusi *on-line*) aventi ad oggetto beni digitali [3]: larga parte delle operazioni economiche tra professionisti e consumatori si colloca oggi all'interno del mercato digitale, che ha imposto nuovi equilibri economici e merceologici, anche in ragione dell'ampia diffusione delle logiche della *sharing economy* nonché di tecniche di commercializzazione riconducibili allo schema del *Product-Service Systems* o a quello del *product-as-a-service*.

Si è dunque percepita la necessità non solo di una nuova disciplina a garanzia dell'accesso al mercato e di tutela della concorrenza [4], ma anche di una sistemazione delle categorie di bene e di servizio, in particolare nelle loro accezioni digitali. L'espansione del commercio di "beni che incorporano contenuti digitali o servizi digitali o sono interconnessi ad essi" [5] richiede inoltre l'elaborazione di adeguate tecniche di tutela del contraente debole.

Per (continuare a) "garantire […] un livello elevato di protezione dei consumatori" nonché "aumentare la certezza giuridica per quanto riguarda le norme applicabili ai contratti di vendita di tali prodotti" [6], il legislatore europeo, nel contesto di un intervento il cui livello massimo di armonizzazione ha destato talune perplessità in dottrina [7], ha innanzitutto rimodellato il campo di applicazione [8] oggettivo della disciplina europea della vendita: la nozione di bene di consumo (art. 1, par. 2, lett. b), dir. 1999/44/CE) è sostituita dalla più neutra e all'apparenza meno consumeristica [9] nozione di bene, comprensiva non più solo di "qualsiasi bene mobile materiale" (compresi "l'acqua, il gas e l'elettricità" ove "messi in vendita in un volume delimitato o in quantità determinata"), ma anche di "qualsiasi bene mobile materiale che incorpora o è interconnesso con un contenuto digitale o un servizio digitale in modo tale che la mancanza di detto contenuto digitale o servizio digitale impedirebbe lo svolgimento delle funzioni del bene" (art. 2, n. 5, dir. 771/2019/UE). Trattasi,

---

da L. Garofalo, Cedam, 2003; AA.VV., *L'acquisto di beni di consumo*, IPSOA, 2002; *La vendita dei beni di consumo: artt. 128-135, D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, a cura di C.M. Bianca, Cedam, 2006; E. Corso, *Della vendita dei beni di consumo: art. 1519 bis-1519 nonies*, Zanichelli, 2005.

[3] Cfr. considerando nn. 1-5 della dir. 771/2019/UE.

[4] Il riferimento è non solo alla tripartizione tra bene, contenuto digitale e servizio digitale che si evince osservando le cc.dd. direttive gemelle, ma anche alla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2020 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (COM/2020/842 final, cd. legge sui mercati digitali), su cui si veda *inter alia* G. Contaldi, *Il DMA (Digital Markets Act) tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2, 2021, 292 ss.; P. Manzini, *Unraveling the proposal of Digital Market Act (La proposta di legge sui mercati digitali: una prima mappatura), Relazione al Convegno nazionale ASCOLA Italia "L'antitrust e le sfide del digitale"*, 4 dicembre 2020, in *Orizzonti dir. comm.*, 1X, 2021, 435 ss.; M.W. Monterossi, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. impr.*, 3, 2021, 920 ss.; v. altresì I. Speziale, *La Dir. 2019/2161/UE tra protezione dei consumatori e promozione della competitività sul mercato unico*, in *Corr. giur.*, 4, 2020, 441 ss.

[5] La diffusione di uno degli emblemi della commistione bene-servizio risulta difatti "in rapido aumento tra i consumatori (considerando 5 dir. 771/2019/UE).

[6] *Ibidem.*

[7] V. S. Pagliantini, *L'armonizzazione massima, parziale e temperata, della direttiva 771/2019/UE: una prima lettura*, in *Giur. it.*, 2020, 217 ss.; F. Bertelli, *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 953 ss.

[8] Sul quale v. G. De Cristofaro, *Verso la riforma,* cit., nonché F. Addis, *Spunti esegetici*, cit.

[9] La nozione di bene di consumo si era peraltro già ben liberata dal suo giogo descrittivo: in essa, secondo la giurisprudenza nazionale, che ora trova conferma nelle disposizioni di attuazione della dir. 771/2019/UE, sono ricompresi perfino gli animali da compagnia (v. in merito M. Faccioli, *L'applicabilità della disciplina sulla vendita dei beni di consumo alla vendita di animali*, in *Contr.*, 1, 2019, 19 ss.).

quanto ai secondi, dei beni con elementi digitali, la cui peculiarità è la sussistenza di un nesso di interdipendenza tra la componente mobile materiale del bene e l'elemento digitale integrato tale per cui ove il bene difetti del secondo, il consumatore non potrebbe riceverne le utilità che questo è chiamato ad assicurare, poiché il bene non sarebbe in grado di svolgere le funzioni per le quali è stato ideato e che sono state promesse al consumatore. L'elemento mobile materiale e quello digitale integrato (che può consistere in un contenuto digitale e/o in un servizio digitale) concorrono in egual misura a costituire i caratteri del bene, nonché, nei limiti che si illustreranno, l'oggetto dell'impegno contrattualmente assunto dal venditore-professionista.

Non si tratta, invero, di una categoria ulteriore e diversa rispetto a quella tradizionale dei beni di consumo, quanto piuttosto di un più che diffuso sottotipo dei medesimi, ora reso destinatario di una disciplina *ad hoc*. Già prima dell'emanazione della dir. 771/2019/UE, difatti, i beni con elementi digitali potevano ricondursi nel novero dei beni di consumo, essendo comunque beni mobili materiali [10]. Sicché, anche il consumatore acquirente di un bene con elementi digitali prima del 1° gennaio 2022 [11] poteva avvalersi dell'apparato rimediale proprio della vendita consumeristica europea, ove il bene compravenduto fosse risultato non conforme al contratto, anche nella sua componente digitale integrata [12]. Sennonché le particolarità dei beni dotati di una componente digitale e la (talvolta) elevata complessità, oggettiva e soggettiva, dei rapporti giuridici che li riguardano hanno imposto l'adozione di disposizioni per essi specificamente concepite, anche allo scopo di porre rimedio alle problematiche insorte da quelle prassi di mercato che non potevano, neppure in via interpretativa, essere adeguatamente risolte facendo riferimento alla dir. 1999/44/CE. Tra queste emerge, nello specifico, la disciplina degli aggiornamenti.

In proposito, si deve rilevare che i beni con elementi digitali rappresentano il punto d'incontro di una pluralità di rapporti contrattuali [13]. Essi costituiscono il crocevia del contratto acquisitivo della proprietà del bene, del c.d. *End User License Agreement* [14] nonché dell'intensa attività di intermediazione delle piattaforme (*stores* digitali) presso cui i consumatori – a fronte del pagamento di una somma di denaro e/o grazie alla messa a disposizione dei propri dati personali per fini diversi dal trattamento necessario per la conclusione e

[10] Il *software*, integrato o meno nel bene di consumo, era ritenuto, da parte della dottrina, già ricompreso nella nozione di bene di consumo. Si veda al riguardo A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *La vendita,* cit., 18 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in E. Gabrielli, E. Minervini (a cura di), I contratti dei consumatori, II, Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 986 s.; A. CIATTI, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, 121 s.; G. DE NOVA, in AA.VV., *L'acquisto,* cit., 18 ss.; V. MANNINO, in *Commentario*, cit., coordinato da L. Garofalo, 48 ss.

[11] V., per l'applicazione temporale della disciplina, l'art. 23 dir. 771/2019/UE nonché l'art. 2 d.lgs. 170/2021.

[12] Già nella disciplina previgente alla dir. 771/2019/UE erano oggetto di informativa precontrattuale, e dunque da ritenersi caratteristiche del bene che integri elementi digitali dovute *ex contractu* da parte del professionista, ai sensi degli artt. 48, lett. g) e h), e 49, lett. t) e u) cod. cons., le *"*funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica*"*, nonché *"*qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabili*"*. Si veda in merito G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove leg. civ. comm*., 5, 2014, 917 ss. Le disposizioni che hanno dato origine agli artt. 48 e 49 cod. cons. sono state ora modificate dalla dir. 2019/2161/UE per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, allo scopo di esplicitare che il dovere informativo grava anche sul venditore di un bene con elementi digitali. In particolare, gli artt. 5 e 6 dir. 2011/83/UE come emendati dalla dir. 2019/2161/UE, impongono al professionista di informare il consumatore in merito alla *"*funzionalità dei beni con elementi digitali, del contenuto digitale e dei servizi digitali, comprese le misure applicabili di protezione tecnica*"* e alla *"*compatibilità e interoperabilità pertinente dei beni con elementi digitali, del contenuto digitale e dei servizi digitali, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza*"*.

[13] Cfr. A. DE FRANCESCHI, *La vendita*, cit., 83.

[14] Sui quali v. A. GERACI, *I contratti di licenza d'uso del software*, Università di Parma, 2015.

l'esecuzione del contratto – ottengono l'accesso a contenuti e servizi digitali, forniti in genere da terzi, da fruirsi tramite il bene medesimo.

Taluni beni con elementi digitali (si pensi non solo agli *smartphones* o ai *personal computers*, ma anche alle più evolute *smart Tv*) si presentano, cioè, come nodo di una pluralità di contratti ad essi *lato sensu* afferenti, tramite i quali il consumatore-utente si assicura la possibilità di godere di ogni funzionalità del bene acquistato, nonché quale mezzo utilizzato dal consumatore per concludere gli stessi o altri contratti [15].

Questa pluralità di rapporti giuridici può generare, nell'ottica del consumatore medio, una sensazione di opacità nell'individuazione della controparte contrattuale chiamata a fornire l'accesso al contenuto o al servizio digitale integrato ovvero agli altri contenuti e servizi usufruibili tramite il bene digitale.

La categoria dei beni con elementi digitali costituisce, in tal senso, uno degli strumenti tramite cui il legislatore europeo intende ovviare a tale opacità. Essa è inoltre un utile congegno per evitare la frammentazione delle tutele che deriverebbe dall'applicazione concorrente allo stesso affare delle dir. 771/2019/UE e 770/2019/UE [16], essendo l'oggetto della regolazione approntata dalla c.d. direttiva gemella proprio la disciplina di determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali non integrati in beni.

Non solo. L'elemento digitale integrato consente al bene di svolgere funzioni nuove e diverse rispetto a quelle assolte dalla versione analogica del medesimo. Si tratta, poi, di beni che possono essere utilizzati in combinazione con altri beni, grazie proprio all'elemento digitale, che consente agli oggetti di dialogare tra loro [17]. La molteplicità delle funzioni ormai tipiche di determinati beni con elementi digitali (si pensi, ancora, a beni "complessi" quali gli *smartphones*, le *smart Tv* o gli assistenti vocali digitali, in grado di svolgere funzioni che vanno ben oltre a quelle proprie delle rispettive versioni analogiche), che agli occhi degli acquirenti appaiono come caratteristiche del bene dovute *ex contractu*, si scontra, ancora una volta, con l'eterogeneità dei rapporti contrattuali che garantiscono agli utenti l'accesso a quei contenuti e servizi.

Il consumatore, in altre parole, si attende dal bene digitale determinate funzionalità che sono frutto dell'opera di soggetti terzi rispetto al venditore o financo al produttore del bene. Funzionalità di cui, prima della dir. 771/2019/UE, il consumatore non poteva godere senza la conclusione di un contratto con un operatore economico diverso dal venditore; funzionalità che, nel sistema della vendita di beni con elementi digitali, possono essere pretese dal consumatore direttamente dal venditore, elidendo l'intervento o l'intermediazione dei terzi, la cui attività comunque incide significativamente sul funzionamento del bene compravenduto.

---

[15] Taluni beni con elementi digitali rappresentano, cioè, mezzi di comunicazione a distanza tramite cui è possibile concludere contratti, nell'auspicato rispetto delle previsioni di cui all'art. 51 Cod. cons.; tra questi, sempre più diffusa è la tendenza a concludere contratti tramite assistenti vocali digitali. Si veda sul punto K. SEIN, *Concluding Consumer Contracts via Smart Assistants: Mission Impossible Under European Consumer Law?,* in *EuCML*, 5, 2018, 179 ss.; G. MAGRI, *Obblighi informativi a favore del consumatore e Internet of Things: alcune osservazioni a margine del Dash Button*, in *Europa dir. priv.*, 2, 2019, 571 ss.; C. BUSCH, *Does the Amazon Dash Button Violate EU Consumer Law? Balancing Consumer Protection and Technological Innovation in the Internet of Things*, in *EuCML*, 2, 2018, 78 ss.

[16] Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, in G.U.C.E. n. L 136 del 22 maggio 2019, 1 ss.

[17] Tanto che assurge a requisito di conformità del bene non solo la compatibilità, da intendersi come la *"*capacità del bene di funzionare con hardware o software con cui sono normalmente utilizzati i beni del medesimo tipo, senza che sia necessario convertire i beni, l'hardware o il software; ma anche l'interoperabilità, vale a dire la *"*capacità del bene di funzionare con hardware o software diversi da quelli con cui sono normalmente utilizzati i beni dello stesso tipo*"*. V. artt. 2, 6 e 7 dir. 771/2019/UE.

2. – A fronte di un siffatto quadro, il venditore del bene con elementi digitali diviene, nel disegno della dir. 771/2019/UE, il potenziale perno di tutti quei rapporti giuridici volti a far sì che il bene possa svolgere le proprie funzioni: egli è, in genere, responsabile della fornitura dei contenuti o dei servizi digitali integrati nel bene da ritenersi essenziali per il suo funzionamento, nonché di qualsiasi altro contenuto o servizio digitale integrato fornito al consumatore ai sensi del contratto di vendita, "indipendentemente dal fatto che detti contenuti digitali o servizi digitali siano forniti dal venditore o da terzi" (art. 3, dir. 771/2019/UE).

A sostegno di ciò, si noti che l'art. 3, par. 3, dir. 771/2019/UE e l'art. 3, par. 4, dir. 770/2019/UE, dedicati all'ambito di applicazione delle cc.dd. direttive gemelle [18] – stante il rispettivo richiamo all'art. 2, punto 5), lett b), dir. 771/2019/UE e all'art. 2, punto 3) dir. 770/2019/UE – solo a una prima lettura paiono indicare che l'impegno del venditore in relazione all'elemento digitale integrato debba intendersi limitato sempre e solo all'elemento digitale essenziale.

Il considerando 15 della dir. n. 771/2019 chiarisce infatti che il perimetro dell'impegno del venditore, quanto alla fornitura degli elementi digitali integrati, è sempre e comunque da tracciarsi seguendo i confini del contratto di vendita [19].

Non è l'interdipendenza essenziale tra componente materiale e componente digitale del bene, quanto invece il contenuto del contratto di vendita a segnare l'impegno del venditore in merito al trasferimento degli elementi digitali integrati [20]. Il venditore non è, cioè, necessariamente tenuto a consegnare al consumatore un bene munito del (solo) *software* che gli consenta di svolgere le proprie funzioni essenziali.

È il contratto di vendita a marcare i contenuti e i limiti dell'obbligo di fornire il servizio digitale o il con-

---

[18] La necessità di un coordinamento tra la dir. 770/2019/UE e la dir. 771/2019/UE nello studio della disciplina dei beni con elementi digitali è espressa anche da F. BERTELLI, *L'armonizzazione*, cit.; più in generale sulla necessaria integrazione delle due discipline, v. F. ADDIS, *Spunti esegetici*, cit., 10 s.; C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 3, 2019, 499 ss.

[19] Considerando 15, dir. 771/2019/UE: "[l']inserimento, nel contratto di vendita stipulato con il venditore, della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale incorporato o interconnesso dovrebbe dipendere dal contenuto di tale contratto. Dovrebbero essere inclusi i contenuti digitali o i servizi digitali incorporati o interconnessi la cui fornitura è esplicitamente prevista dal contratto. Essa dovrebbe inoltre includere i contratti di vendita per i quali si può presumere che sia compresa la fornitura di uno specifico contenuto digitale o di uno specifico servizio digitale in ragione del fatto che sono abituali di un bene dello stesso tipo e che rientrano tra le ragionevoli aspettative che il consumatore potrebbe avere, tenuto conto della natura dei beni e delle dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore o altre persone nell'ambito dei passaggi precedenti della catena di transazioni commerciali, compreso il produttore. Se, ad esempio, nella pubblicità di una smart TV si è fatto riferimento alla presenza di una particolare applicazione video, tale applicazione video dovrebbe essere considerata quale facente parte del contratto di vendita. Ciò si dovrebbe applicare indipendentemente dal fatto che il contenuto digitale o il servizio digitale sia preinstallato nel bene stesso o debba essere successivamente scaricato su un altro dispositivo e sia soltanto interconnesso con il bene in questione. Ad esempio, uno *smartphone* potrebbe essere dotato di applicazioni standard preinstallate fornite secondo il contratto di vendita, quali l'applicazione della sveglia o della fotocamera. Un altro possibile esempio è dato dallo *smartwatch*. In tal caso, l'orologio stesso sarebbe considerato il bene con elementi digitali in grado di svolgere le rispettive funzioni solo in combinazione con un'applicazione prevista dal contratto di vendita ma che deve essere scaricata dal consumatore su uno *smartphone*; l'elemento digitale interconnesso sarebbe l'applicazione. Ciò dovrebbe applicarsi anche se il contenuto digitale o il servizio digitale incorporato o interconnesso non è fornito direttamente dal venditore ma, conformemente al contratto di vendita, è fornito da un terzo. […]".

[20] C. CAMARDI, *Prime osservazioni*, cit., ha in questo senso rilevato che "ai fini dell'attribuzione dei beni digitali all'una o all'altra Direttiva, il legislatore europeo" ha "usato un criterio qualificatorio che, facendo leva sul rapporto tra componente materiale e componente digitale del bene, considera la prevalenza dell'una o dell'altra in relazione al peso della componente materiale: se quest'ultima rimane comunque componente principale, pur se l'elemento digitale ne connota il funzionamento, ma non ha alcuna autonomia al di fuori del bene materiale, allora il bene rimane «bene mobile fornito di elementi digitali»". V. del pari F. ADDIS, *Spunti esegetici*, cit., 11: "in via di prima approssimazione si può dunque affermare che il criterio di ripartizione della competenza regolativa tra le due direttive è costituito dalla prevalenza dell'elemento digitale o materiale, in relazione alla quale rileva innanzitutto l'autonomia del bene e la strumentalità più o meno necessaria del contenuto digitale rispetto ad esso".

tenuto digitale integrato: il venditore sarà tenuto ad assicurare la dazione di contenuti o servizi ulteriori rispetto a quelli essenziali, ove si sia impegnato in tal senso verso il compratore; così come, se il contratto non prevede la fornitura di alcun elemento digitale integrato, nemmeno quello essenziale, il venditore potrà limitarsi a consegnare un bene "scatola vuota", idoneo ad ospitare uno o più contenuti digitali eventualmente destinati ad essere forniti da altri operatori economici.

Di ciò si trova una conferma in negativo al considerando 16 della dir. 771/2019/UE: l'autonomia rimane la fonte primaria dell'impegno del venditore, tanto che se si è "espressamente convenuto che il consumatore acquisti uno *smartphone* senza uno specifico sistema operativo", e "il consumatore conclud[e] successivamente un contratto di fornitura di un sistema operativo da parte di un terzo […], la fornitura di un sistema operativo acquistato separatamente non dovrebbe far parte del contratto di vendita e quindi non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della presente direttiva ma potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva (UE) 2019/770, se le condizioni di tale direttiva sono soddisfatte". Ove un contratto di vendita avente ad oggetto un bene con elementi digitali (ad es., un personal computer) non contempli la fornitura del contenuto digitale essenziale (nello stesso esempio, il sistema operativo), questo non sarà dovuto dal venditore, e starà al consumatore procurarsene uno, concludendo con un operatore economico terzo un contratto di fornitura retto dalla dir. 770/2019/UE. Al più, la caratteristica del bene con elementi digitali pretendibile presso il venditore sarà l'idoneità a ospitare elementi digitali.

Sarà dunque, in definitiva, il contratto di vendita a stabilire quando un elemento digitale debba effettivamente ritenersi integrato nel bene ai sensi della dir. 771/2019/UE (leggasi dovuto assieme al bene); non le caratteristiche merceologiche o tecnologiche del bene non dedotte nel contratto [21].

Stante la molteplicità e l'eterogeneità delle funzioni percepite come tipiche di determinati beni con elementi digitali, il legislatore europeo ha ritenuto opportuno lasciare al contratto la designazione degli elementi digitali dovuti dal venditore assieme alla componente materiale del bene, perseguendo un meritevole obiettivo di flessibilità in un contesto di valorizzazione dell'autonomia privata, lasciando comunque intatti quei dispositivi che garantiscono la deduzione nel contratto di vendita di quelle caratteristiche del bene oggetto di dichiarazioni pubbliche, di comunicazioni pubblicitarie o di etichettatura [22]. Il legislatore non vincola il venditore a consegnare un bene munito degli elementi digitali, ma grava lo stesso di taluni doveri ove si obblighi in tal senso.

Non ne deriva, comunque, una tutela deteriore per l'acquirente non professionale, vista la sostanziale identità delle tutele garantite a fronte di un difetto di conformità del bene con elementi digitali e di un difetto di conformità del contenuto o servizio digitale *ex* dir. 770/2019/UE; tutele che saranno pretendibili nei confronti del fornitore professionale dell'elemento digitale, ed entro cui comunque dev'essere garantita l'integrazione nell'ambiente *hardware* e *software* del consumatore [23].

Ogni potenziale effetto di confusione nell'individuazione della controparte contrattuale è poi risolto dalla dir. n 771/2019 per mezzo di una presunzione: ove sussistano dubbi o difficoltà nell'individuazione della controparte tenuta a fornire l'elemento digitale integrato nel bene, questo si presumerà rientrante nel contratto di vendita e, dunque, dovuto dal venditore [24]. Ciò a dire, nella sostanza, che toccherà al venditore dimo-

[21] Cfr. D. STAUDENMAYER, *The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy*, in *Eu. Rev. Priv. Law*, 2, 2020, 219 ss. (v. in particolare 230).

[22] Sui quali si vedano, tra gli altri, A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *La vendita*, cit., 50 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La vendita*, cit., 1010 ss.; R. MONGILLO, *Il difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, ESI, 2006, 92 ss.

[23] V. art. 9 dir. 770/2019/UE, nonché il considerando n. 52 della medesima.

[24] Art. par. 3 dir. 771/2019/UE, ultima parte.

strare, in caso di dubbio, che l'elemento digitale integrato che il consumatore si aspettava di ricevere assieme al bene, non era in realtà da lui dovuto poiché non contrattualmente promesso.

La prassi mostra, comunque, che il fornitore del contenuto o del servizio digitale integrato, anche se dovuto dal venditore, è un soggetto diverso da quest'ultimo. Il venditore è di regola chiamato, piuttosto, ad assicurare che sia fornita al consumatore un'utilità da altri concepita e amministrata (si pensi, ad esempio, all'acquisto di uno *smartphone* presso un grande rivenditore di elettronica) [25].

La dir. n. 771/2019, pur tendenzialmente gravando il venditore dell'obbligo di fornire l'elemento digitale integrato (nonché i relativi aggiornamenti), non mira a sradicare questa dinamica, tipica dei rapporti giuridici afferenti a beni tecnologici [26]. Nemmeno il diritto europeo dei contratti dei consumatori "di parte generale", peraltro, impedisce che al venditore si sostituisca, *de facto* o *ex contractu*, il professionista titolare del contenuto o del servizio integrato, purché non ne risulti diminuita la tutela da garantirsi al consumatore [27]. Sicché, a fornire l'elemento digitale sarà, *in concreto*, il produttore o un altro fornitore di elementi digitali, e non il venditore, che sarà tenuto piuttosto a garantire la fornitura del medesimo al consumatore.

Tale dinamica si accentua esponenzialmente, stante le peculiarità della prestazione nonché la rilevante attività preparatoria, nel caso dell'aggiornamento dell'elemento digitale integrato nel bene compravenduto. Non a caso il legislatore europeo, all'art. 18 dir. n. 771/2019, dedicato al diritto di regresso riconosciuto a favore del venditore, menziona espressamente l'omissione della fornitura degli aggiornamenti a norma dell'art. 7 par. 3 dir. cit. quale presupposto oggettivo dell'azione di regresso da esperirsi nei confronti della persona o delle persone responsabili nella catena di transazioni commerciali.

3. – Il bene con elementi digitali racchiude in sé una componente digitale che ne consente, di regola, la connessione alla rete internet, ciò che rende possibile la comunicazione diretta tra il *software* integrato e l'impresa produttrice [28]. Ne può conseguire, come evidenziato in dottrina, non solo la dissoluzione della si-

[25] D. STAUDENMAYER, *The Directives*, cit., ritiene che, nel regolare i beni con elementi digitali, il legislatore europeo abbia attribuito un ruolo rilevante a taluni terzi non coinvolti nel rapporto contrattuale, e in particolare i terzi fornitori dell'elemento digitale integrato nel bene. Anche se il consumatore non intrattiene un rapporto contrattuale diretto con il fornitore terzo (se non in base al contratto di licenza), l'elemento digitale sarà tendenzialmente fornito al consumatore da questi; dunque, da un soggetto diverso dal venditore, il cui rapporto contrattuale con il venditore stesso sarà inevitabilmente influenzato dai termini del contratto di licenza. Nonostante l'estraneità del terzo rispetto al rapporto contrattuale tra venditore e consumatore, il legislatore ha incluso la prestazione del terzo nella responsabilità per difetto di conformità del venditore, nonché per quanto riguarda i rimedi, ponendo dunque la responsabilità del venditore per la prestazione del terzo. Una delle ragioni di questa decisione viene individuata, secondo l'Autore, nella semplificazione dei rimedi: vedersi attribuiti rimedi separati, regolate diverse direttive e contro diversi soggetti, comporterebbe difficoltà di comprensione per il consumatore, avendo questi acquistato beni contenenti il contenuto digitale da un solo venditore. Peraltro, confrontando tale situazione con i beni "tradizionali", sarebbe ben possibile immaginare contratti di vendita in cui il venditore abbia esternalizzato una parte della prestazione a un subappaltatore; inoltre, nel caso di vendita di beni complessi, il venditore è responsabile anche per quelle parti del bene che sono state integrate nel prodotto finale da terzi.

[26] A. DE FRANCESCHI, *La vendita*, cit., 95 evidenzia infatti le difficoltà pratiche, anche in materia di trattamento dei dati personali del consumatore, scaturenti dall'applicazione delle disposizioni della dir. 771/2019/UE in punto di aggiornamenti con riferimento al solo venditore, di fatto privo del controllo sul bene.

[27] Si ricordi che l'art. 33, comma 2, lett. s) sancisce la vessatorietà presunta di ogni clausola contrattuale che consenta "al professionista di sostituire a sè un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo". V. in merito *Commentario breve al diritto dei consumatori: Codice del consumo e legislazione complementare*[2], a cura di G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, Cedam, 2013, 307 ss.

[28] La presenza di una componente digitale integrata nel bene comporta che questo non è mai "completamente separat[o] dalla sfera del venditore, in quanto il venditore, o un terzo che fornisce il contenuto o il servizio digitale ai sensi del contratto di vendita, può aggiornare tali beni a distanza, solitamente tramite Internet" (Considerando 30 dir. 771/2019/UE).

gnoria assoluta sul bene in capo al proprietario [29], ma anche un elevato rischio di interferenze nel godimento del bene con elementi digitali. Senza apprenderlo materialmente, soggetti diversi dal consumatore possono dialogare con il bene a distanza, talvolta senza che neppure il consumatore percepisca tale interazione, perseguendo scopi più o meno leciti.

Queste caratteristiche dei beni con elementi digitali sono contemplate dalla dir. 771/2019/UE allo scopo di imporre, in capo al venditore, una prestazione ulteriore rispetto all'obbligo di consegnare un bene conforme al contratto di vendita: l'obbligo di fornire gli aggiornamenti del contenuto o del servizio digitale integrato.

All'assenza di un'apposita disciplina della prestazione di aggiornamento del *software* incorporato in un bene mobile materiale, nel regime antecedente alla dir. n. 771/2019, è conseguita una diffusa percezione dell'arbitrio del professionista, produttore o venditore del bene con elementi digitali, che si è talvolta assicurato, grazie allo strumento delle condizioni generali, il potere di determinare unilateralmente i caratteri dell'aggiornamento, come pure di decidere se metterlo a disposizione di tutti i consumatori o esclusivamente degli acquirenti delle più moderne versioni del bene, nonché di stabilire i tempi e modi della prestazione.

Talune imprese, poi, includono nelle condizioni generali di contratto applicate o nei meccanismi di funzionamento del *software* – anche allo scopo di mantenere il più possibile il controllo sull'elemento digitale integrato nel bene e, per esso, sulla domanda di beni [30] – una presunzione di assenso all'esecuzione dell'aggiornamento, tale per cui viene fatto gravare sul consumatore l'onere di opporsi alla prestazione di aggiornamento di volta in volta offerta dal professionista, selezionando entro le impostazioni di gestione del bene l'opzione che gli consenta di recuperare la libertà di scelta. In difetto, il *software* procederà autonomamente all'esecuzione degli aggiornamenti man mano rilasciati dagli sviluppatori.

A risolvere tale asimmetria, la dir. 771/2019/UE riconosce al consumatore il diritto di pretendere e ottenere dal venditore, per un determinato periodo di tempo, determinati tipi di aggiornamenti dei contenuti e/o servizi digitali forniti assieme al bene *ex contractu* e sancisce, quantomeno in linea di principio, il diritto del consumatore di non eseguire l'aggiornamento propostogli.

Il riconoscimento di tale pretesa impone innanzitutto di circoscrivere l'oggetto della prestazione cui il venditore è tenuto.

In merito, si noti che l'art. 2 dir. 771/2019/UE, tradizionale disposizione definitoria, non presenta una de-

---

[29] V. in merito A. QUARTA, *Contenuti digitali e beni con elementi digitali: c'è ancora posto per la proprietà privata?*, in *Questioni attuali in tema di commercio elettronico*, a cura di T. PASQUINO, A. RIZZO, M. TESCARO, ESI, 2020, 46 ss.

[30] Si ricordi che, in un'istruttoria di rilievo mediatico, l'A.G.C.M. ha contestato alla società Apple di aver proposto in modo "insistente, ai consumatori in possesso di iPhone 6/6plus/6s/6splus, di procedere ad installare il sistema operativo iOS 10 e i successivi aggiornamenti (tra cui iOS 10.2.1) le cui caratteristiche e impatto sulle prestazioni degli smartphones stessi sono state descritte in maniera omissiva ed ingannevole, senza offrire (se non in misura limitata o tardiva) alcun mezzo di ripristino dell'originaria funzionalità degli apparecchi in caso di sperimentata diminuzione delle prestazioni a seguito dell'aggiornamento (cfr. provvedimento A.G.C.M. 25 settembre 2018, *Apple*, 3). A.G.C.M. ha del pari contestato a Samsung di aver proposto ai "consumatori in possesso di Note 4, […] aggiornamenti del firmware basati sulla versione Marshmallow del sistema operativo Android che hanno provocato riduzioni delle prestazioni dei propri smartphone, dapprima con continui rallentamenti e riavvi automatici per poi finanche giungere allo spegnimento totale" (cfr. provvedimento AGCM 25 settembre 2018, *Samsung*, 3). In merito, A. GIANNACCARI, *Apple, obsolescenza tecnologica (programmata) e diritti dei consumatori*, in *Merc. con. reg.*, 1, 2019, 149 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Planned Obsolescence challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy: The Apple and Samsung Cases*, in *EuCML*, 7, 2018, 217 ss.; G. D'IPPOLITO, A. RE, *Obsolescenza programmata. L'AGCM sanziona Apple e Samsung*, in *Rivista del diritto dei media*, 1, 2019, 325 ss. Si ritiene in dottrina che tale pratica commerciale scorretta sia sintomo dell'adozione, da parte dei produttori di telefonia, di tecniche produttive riconducibili all'obsolescenza programmata dei beni, il cui scopo è proprio l'alterazione della domanda di prodotti.

finizione della nozione di "aggiornamento". I suoi caratteri si evincono, però, dalle disposizioni ad esso dedicate dalla dir. n. 771/2019, nonché dalla gemella dir. n. 770/2019, che disciplina la prestazione di aggiornamento dei contenuti e ai servizi digitali non integrati in un bene, la quale grava, analogamente a quanto accade per il venditore, sull'operatore economico professionale che fornisca al consumatore un elemento digitale non integrato, in forza di un separato contratto di fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali.

Al pari della fornitura del contenuto o del servizio digitale integrato, la prestazione dell'aggiornamento consiste nella messa a disposizione del consumatore-utente di un insieme di dati, teleologicamente orientati alla rappresentazione di un contenuto digitale o alla fornitura di un servizio digitale, da integrarsi nell'ambiente digitale del bene compravenduto. Nel caso dell'aggiornamento, però, i dati forniti e integrati nel bene sono volti a modificare e/o sostituire parte dei dati già messi a disposizione al momento della consegna, allo scopo di adeguarne o rinnovarne taluni caratteri o talune funzioni più o meno importanti.

Quanto agli obiettivi da realizzarsi nell'ambiente digitale del bene all'esito della prestazione di aggiornamento, emerge dalla dir. 771/2019/UE la partizione tra aggiornamenti contrattualmente convenuti – che, come si vedrà, sono in genere aggiornamenti di natura evolutiva – e aggiornamenti correttivi, a loro volta divisi in aggiornamenti di sicurezza e di conformità.

Ai sensi dell'art. 6, lett. d), dir. 771/2019/UE [31] sono aggiornamenti contrattualmente convenuti quelli in relazione ai quali le parti hanno raggiunto un accordo, consacrato nel contratto di vendita, e che il professionista si vincola a fornire proprio in forza del contratto. Le finalità di questi aggiornamenti non sono tipizzate dalla direttiva e paiono, in prima battuta, rimesse all'autonomia delle parti, poiché "possono migliorare e potenziare l'elemento di contenuto digitale o servizio digitale dei beni, ampliarne le funzionalità, adattarli agli sviluppi tecnici, proteggerli da nuove minacce alla sicurezza o servire ad altri scopi" [32].

Gli aggiornamenti correttivi, invece, sono disciplinati segnatamente dall'art. 7, par. 3 e 4, dir. 771/2019/UE [33] e costituiscono quel particolare insieme di aggiornamenti, anche di sicurezza, necessario al fine di mantenere nel tempo la conformità del bene con elementi digitali al contratto di vendita, oltre che a preservare un livello di sicurezza adeguato.

Ne consegue che gli aggiornamenti contrattualmente pattuiti non possono limitarsi a mantenere la conformità del bene, salvo il caso in cui il venditore non si offra di garantirli per un periodo ulteriore rispetto a quello previsto dalla direttiva.

Si delinea così anche a livello legislativo la partizione, propria della scienza informatica, tra *update* e *upgrade* [34].

L'aggiornamento di tipo *update* ha lo scopo di apportare correzioni di *bug* o modifiche in punto di sicurezza del sistema, senza comunque alterare il nucleo strutturale dell'elemento digitale integrato. L'*upgrade* comporta tendenzialmente il rilascio di una nuova versione della componente digitale e implica non solo rilevanti miglioramenti nel funzionamento del *software*, ma talvolta anche variazioni significative e sostanziali

[31] Per l'analoga disciplina relativa al contratto di fornitura di (soli) contenuti e servizi digitali si veda l'art. 7, lett. d), dir. 770/2019/UE.

[32] Considerando 28, dir. 771/2019/UE.

[33] Per la analoga disciplina relativa al contratto di fornitura di (soli) contenuti e servizi digitali, si veda art. 8, parr. 2 e 3, dir. 770/2019/UE.

[34] Il testo inglese della dir. 771/2019/UE contiene l'espressione *update* sia all'art. 6, lett. d), sia all'art. 7, par. 3. Ciò non deve tuttavia trarre in errore, in quanto al considerando 30 risulta ben delineata la distinzione in discorso: "Unless the parties have contractually agreed otherwise, the seller should not be obliged to provide *upgraded* versions of the digital content or digital service of the goods or to improve or extend the functionalities of goods beyond the conformity requirements".

del medesimo, quali la modifica dell'interfaccia grafica o la possibile esecuzione di nuove funzionalità prima non disponibili; sicché ci riferisce ad essi con il termine aggiornamenti evolutivi [35].

Ebbene, sancisce la nuova direttiva europea che, salvo diverso accordo tra le parti, il venditore è obbligato a fornire al consumatore tutti e soli gli *updates* necessari e sufficienti a mantenere la conformità dei beni con i requisiti di conformità oggettivi e soggettivi, per un determinato periodo di tempo.

Non sussiste "salvo diversa disposizione contrattuale" alcun "obbligo di fornire versioni aggiornate dei contenuti o servizi digitali dei beni, né di migliorare o ampliare le funzionalità dei beni andando oltre i requisiti di conformità" [36]. Il venditore non potrà, salvo un autentico, esplicito e separato accordo con il consumatore, che presenti i requisiti di cui all'art. 7, par. 5, dir. 771/2019/UE – a meno che il contratto preveda la consegna al consumatore del bene "scatola vuota" – esimersi dal notificare e fornire quegli aggiornamenti atti a mantenere nel tempo e sotto ogni aspetto la conformità del bene con elementi digitali al contratto, anche in punto di durabilità e sicurezza. Egli non sarà, al contrario, tenuto a fornire gli *upgrades*, salvo che si obblighi in tal senso.

Si è opportunamente rilevata, stante le composite finalità perseguite dall'insieme di dati costituente l'aggiornamento, la necessità di individuare un criterio distintivo oggettivo tra *update* e *upgrade* [37]. Ciò per evitare che il professionista si sottragga agli obblighi impostigli dalla dir. 771/2019/UE quanto alla fornitura degli aggiornamenti correttivi, rappresentando questi ultimi come aggiornamenti evolutivi.

In merito, allo scopo di verificare quando si abbia effettivamente a che fare con un *upgrade*, si ritiene necessario accertare se l'esecuzione dell'aggiornamento comporti o meno un ampliamento significativo delle funzionalità dell'elemento digitale [38]. Non sarebbe sufficiente, per aversi un *upgrade*, un semplice miglioramento nelle funzionalità già assicurate dal bene: l'esecuzione dell'aggiornamento dovrebbe invece porre il consumatore di fronte a "una nuova versione del bene, con elementi nuovi di funzionalità, tali da configurare un «altro» bene rispetto a quello venduto" [39]. Solo in tal caso il consumatore non sarebbe legittimato a pretendere l'aggiornamento, se non promesso, dal momento che esso estenderebbe le funzionalità del bene oltre a quanto previsto dal contratto di vendita.

Tale interpretazione è senz'altro condivisibile, poiché fortemente orientata alla tutela della parte debole del rapporto contrattuale di consumo, che si vedrebbe così garantita la fornitura di ogni aggiornamento necessario per far sì che il bene acquistato rimanga in tutto e per tutto conforme alle previsioni contrattuali per il periodo di tempo previsto dalla direttiva.

4. – La prestazione di *update* è posta a salvaguardia della conformità del bene con elementi digitali al contratto. Lo dimostra l'inserimento delle disposizioni relative agli aggiornamenti entro i già richiamati artt.

[35] Aggiornamento correttivo ed evolutivo sono termini mutuati dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020 "Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori" (2020/2021/INI), par. 7.

[36] Considerando 30.

[37] K. SEIN, G. SPINDLER, *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 2*, in *Eu. Rev. Priv. Law*, 4, 2019, 365 ss.

[38] *Ivi*: "One of the key issues here should be to refer to fundamental changes of the functionality of a product – and not just adding a slightly new feature; if functions have been extended considerably, then consumers are faced with a new product and cannot claim for updates in the sense of an upgrade". L'opinione in discorso, stante che le direttive "gemelle" presentano la medesima disciplina quanto agli aggiornamenti, può ritenersi valida anche per il caso dei beni con elementi digitali.

[39] C. CAMARDI, *Prime osservazioni*, cit.

6 e 7 dir. 771/2019/UE, dedicati ai requisiti soggettivi e oggettivi di conformità. L'inclusione dell'obbligo di fornire gli aggiornamenti nel sistema della conformità al contratto implica che l'inadempimento totale o parziale di tale obbligo comporterà l'insorgenza di un difetto di conformità: ciò consentirà l'esperimento, da parte del consumatore, dei relativi rimedi, in cui è compreso "il diritto di sospendere il pagamento dell'intero corrispettivo pecuniario (o della porzione di corrispettivo ancora non versata) fino a quando il venditore non abbia provveduto ad eseguire le prestazioni cui è tenuto" [40].

Si tenga ben a mente che l'obiettivo degli aggiornamenti correttivi – mantenere nel tempo la conformità del bene digitale al contratto – si ascrive alla conformità dell'intero bene compravenduto e non della sola componente digitale integrata. È in questo senso inequivoca l'espressione utilizzata all'art. 7, par 3, dir. n. 771/2019, dove si prescrive doversi fornire al consumatore tutti gli aggiornamenti necessari al fine di mantenere nel tempo la conformità del bene con elementi digitali.

Il consumatore avrà pertanto interesse a esercitare i rimedi riconosciuti dalla direttiva non solo a fronte della fornitura di un aggiornamento digitalmente difettoso da parte del venditore, ma anche nell'ipotesi in cui l'esecuzione dell'aggiornamento, pur digitalmente integro, abbia arrecato difetti di conformità di natura materiale al bene; ivi compreso il caso di un aggiornamento che renda deteriore la capacità del bene di svolgere le proprie funzioni, attesa la rilevanza della durabilità quale criterio di conformità del bene al contratto, ciò che si riscontra, ad esempio, ove l'aggiornamento *software* determini un maggior consumo di energia e, dunque, un deterioramento inaspettato della batteria inserita nel dispositivo [41].

Si consideri inoltre, a sostegno di tale opinione, che, pur se la direttiva n. 771/2019 limita la responsabilità del venditore alla conformità al contratto del solo contenuto digitale o del solo servizio digitale integrato per il periodo ulteriore al biennio ove sia pattuita per tale periodo la fornitura continuata dell'elemento digitale integrato (v. art. 10, par. 2 dir. cit.), il professionista deve comunque garantire al consumatore che l'elemento digitale fornito nel periodo ultrabiennale sia dotato del carattere della compatibilità, nonché la sua corretta integrazione nell'ambiente digitale del consumatore [42].

I rimedi atti a ripristinare la conformità del bene ben possono essere esercitati, in definitiva, se si verifica non solo un difetto di conformità "digitale" dell'aggiornamento, ma anche un difetto di integrazione dell'aggiornamento nel bene con elementi digitali che determini l'insorgenza e la manifestazione di un difetto "materiale" di conformità.

Ciò fermo, entro le pieghe della dir. 771/2019/UE si rinviene più di una regola quanto all'accertamento della conformità al contratto del bene con elementi digitali e alla durata della responsabilità del venditore. Ciò influenza gli aspetti temporali della prestazione di aggiornamento, stante il rinvio operato dall'art. 7, par. 3, lett. b) all'art. 10, par. 2 e 5, dir. 771/2019/UE.

Se, in linea generale, per procedere all'accertamento della conformità del bene con elementi digitali al contratto il consumatore dovrà attendere la consegna dell'intero bene, sia nella sua componente fisica, sia in

---

[40] Così G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma*, cit., 228.

[41] Si veda *supra*, nt. 30.

[42] Si evidenzia in dottrina che, ove la fornitura continua dell'elemento digitale integrato nel bene sia pattuita per un periodo maggiore di due anni, essa rientrerebbe nel campo di applicazione della dir. 770/2019/UE; sarebbe pertanto dovuto anche il requisito di conformità cui ci si è da ultimo riferiti. V. per tale opinione J. VANHERPE, *White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content*, in *Eu. Rev. Priv. Law*, 2, 2020, 251 ss.; M. FACCIOLI, *La nuova disciplina*, cit., nt. 15, pur differenziando "tra la durata biennale della garanzia relativa al bene (inteso come supporto materiale) e la più lunga durata della garanzia relativa (e limitata) al contenuto digitale o al servizio digitale incorporato o interconnesso con il bene medesimo" non giunge invero a questo risultato, così come J. MORAIS CARVALHO, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, in *EuCML*, 5, 2019, 199 ss.

quella digitale, la presenza di un difetto di conformità di natura esclusivamente materiale – beninteso non causato da un aggiornamento difettoso – dovrà essere accertata facendo riferimento al momento della consegna del bene (art. 10, par. 1, dir. 771/2019/UE). Quanto, invece, all'accertamento della conformità "digitale" del bene compravenduto al contratto, si deve considerare che le direttive gemelle distinguono tra contenuti e servizi digitali (integrati) per cui si prevede un singolo atto di fornitura (una singola "consegna") e contenuti e servizi digitali (integrati) da fornirsi continuativamente entro un determinato arco di tempo.

Si impone pertanto, innanzitutto, la necessità di segnare un confine oggettivo tra il caso della fornitura singola e quello della fornitura continuata, attese le conseguenze derivanti dall'inquadramento dell'impegno del professionista nell'una o nell'altra ipotesi [43].

Un utile indice potrebbe trarsi dall'art. 5 dir. 770/2019/UE, relativo all'adempimento dell'obbligo di fornitura del contenuto o del servizio digitale, che distingue tra *accesso* al dato e *download* del dato, ammettendoli entrambi ai fini dell'esatto adempimento della prestazione [44].

Questa distinzione, pur propria della dir. n. 770/2019, può riferirsi anche agli elementi digitali integrati nei beni, stante l'ontologica omogeneità dell'elemento digitale integrato e dei contenuti e servizi digitali non integrati. Si è infatti esposto che a segnare la differenza tra questi vi è, piuttosto, il titolo in forza del quale la fornitura dell'elemento digitale deve eseguirsi (nel primo caso il contratto di vendita; nel secondo il contratto di fornitura disciplinato dalla dir. 770/2019/UE).

La bipartizione accesso – *download* marca, a parere di chi scrive, anche la linea di confine tra fornitura singola e fornitura continuata dell'elemento digitale, il primo rispondendo in genere allo schema del *download*, il secondo a quello dell'*accesso*.

Quando al consumatore è garantita la possibilità di scaricare un dato sul proprio *device* in via definitiva, e per accedervi egli non avrà più bisogno di comunicare telematicamente con i *server* del professionista, allora il contenuto o il servizio digitale sarà oggetto di una singola fornitura. Il dato, in tale ipotesi, si troverà nella disponibilità del consumatore a tempo indeterminato. A tale adagio si adattano anche le ipotesi della fornitura singola di un servizio digitale integrato che consenta di creare, trasformare o memorizzare dati. All'esito di tali operazioni, infatti, in genere il consumatore può scaricare i dati creati o trasformati sul proprio *hardware*.

Se invece il professionista si è obbligato a fornire al consumatore l'accesso ai dati per un determinato periodo di tempo, senza garantirgli un libero *download* – e, più in generale, ogniqualvolta per usufruire del contenuto o del servizio si debba in qualche modo *accedere* al medesimo, anche tramite un collegamento internet – si avrà a che fare con un contratto di durata. L'obbligazione del professionista ha ad oggetto la fornitura al consumatore dell'*accesso* al contenuto o al servizio per tutto il periodo di tempo pattuito; egli deve inoltre garantire entro tale tempo la conformità di quanto promesso e fornito.

---

[43] J. VANHERPE, *White Smoke,* cit., segnala (p. 261): "*The split based on the* period *of continuous supply of digital content (less vs. more than two years) appears to be somewhat artificial and easy to circumvent*". Tale avvisaglia si estende invero anche alla divisione tra fornitura singola e fornitura continuata dell'elemento digitale integrato, di cui è pertanto necessario predicare una differenziazione oggettiva per evitare che, tramite la costruzione del proprio business model nell'uno o nell'altro senso, il fornitore sia in grado di determinare l'applicazione dell'uno o dell'altro regime di responsabilità e aggiornamenti.

[44] Si legge, all'art. 5 par. 2 dir. 770/2019/UE, che "L'operatore economico ha adempiuto l'obbligo di fornitura quando: a) il contenuto digitale o qualunque mezzo idoneo per *accedere* al contenuto digitale o per *scaricarlo* è reso disponibile o accessibile al consumatore, o all'impianto fisico o virtuale scelto dal consumatore all'uopo; b) il servizio digitale è reso accessibile al consumatore o a un impianto fisico o virtuale scelto dal consumatore all'uopo". L'accesso al dato consente in genere al professionista di mantenere un controllo sul dato fornito, quanto a disponibilità e tempi, mentre l'atto di scaricamento, fatte salve le misure di protezione tecnica, garantisce al consumatore di conservare i dati sul proprio *device* per un tempo indeterminato e senza che il professionista possa precludere l'accesso agli stessi.

Si pensi, a mo' di esempio, all'acquisto di un riproduttore musicale in cui sia garantita, in quanto pattuita tra venditore e consumatore, la disponibilità di una serie di brani in formato *mp3*, per la prima ipotesi; o all'acquisto di un riproduttore musicale in occasione della quale sia pattuita la fornitura di un servizio di *streaming musicale* per il periodo di tre anni, per la seconda.

Ebbene, per gli elementi digitali del bene oggetto di un singolo atto di fornitura, la conformità al contratto deve essere accertata al momento della consegna del bene, comprensivo sia dell'elemento materiale, sia dell'elemento digitale, o al momento della fornitura di quest'ultimo se successiva alla consegna della componente materiale [45]. Sicché, anche in tale ipotesi, il momento di valutazione della conformità del bene al contratto corrisponde alla sua consegna integrale al consumatore.

Per i contenuti o servizi digitali da fornirsi continuativamente per un determinato arco di tempo, che rispondono piuttosto allo schema dell'accesso, l'accertamento della conformità del bene al contratto non avviene in un "momento preciso nel tempo, bensì [in] un periodo di tempo decorrente dal momento della consegna". Di qui l'utilizzo, all'art. 10, par. 2, dir. 771/2019/UE, delle espressioni "si verifica o si manifesta", in luogo del solo "manifesta" di cui all'art. 10, par. 1, dir. 771/2019/UE. Il difetto di conformità ben può verificarsi in un momento successivo a quello della consegna del bene, comprensivo dei suoi elementi digitali, già conforme al contratto [46]. Il professionista dovrà garantire che il contenuto o il servizio digitale integrato e fornito continuativamente sia conforme e rimanga conforme al contratto per un periodo di tempo almeno biennale, o per il maggior periodo di tempo pattuito tra le parti, se la fornitura del contenuto o del servizio supera la biennalità. Per tutta la durata di tale periodo di tempo, inoltre, spetterà al venditore l'onere della prova della conformità al contratto del contenuto o del servizio digitale fornito insieme al bene [47].

In definitiva, può affermarsi che a marcare l'applicazione dell'una o dell'altra regola si pongono le modalità e i tempi di accesso e/o di download dei dati promessi, ovvero del servizio contrattualmente dovuto, e non tanto la natura intrinseca del contenuto – che, in quanto composto da dati, può essere scaricato oppure fruito accendendovi – o del servizio promesso.

Si giustifica poi, alla luce di questo quadro, un mutamento di prospettiva in relazione alla cornice temporale della conformità del bene al contratto, che da fattispecie sostanzialmente statica, "istantanea" [48], assume ora la dir. 771/2019/UE, alcuni aspetti di dinamicità [49], tanto da essere stata designata in dottrina quale "conformità di seconda generazione" [50].

Peraltro, anche le prestazioni dovute dal venditore del bene con elementi digitali per garantire la conformità del bene al contratto assumono *ab origine* un carattere dinamico. Si può difatti affermare che, una volta adempiuto l'obbligo di consegnare il bene conforme al contratto, mentre sotto l'impero della dir. 1999/44/CE il venditore si situava in una posizione meramente passiva, in attesa dell'eventuale manifestazione del difetto di conformità, oggi al venditore di un bene con elementi digitali è imposto l'obbligo non solo di eliminare, ma anche di prevenire del difetto, mediante la predisposizione, la notifica e la fornitura al consumatore degli

[45] Considerando 37 dir. 771/2019/UE.

[46] V. art. 8, par. 4 dir. 770/2019/UE che, pur se non ribadito nel corpo della dir. 771/2019/UE, deve nella sostanza ritenersi applicabile alla vendita del bene con elementi digitali da fornirsi in modo continuativo per un determinato periodo di tempo. Qui, in merito alla conformità al contratto del contenuto o del servizio digitale fornito "in modo continuo per un determinato periodo di tempo", si sancisce che il contenuto o il servizio digitale deve essere "conforme per l'intera durata di tale periodo".

[47] Art. 11 par. 3 dir. 771/2019/UE.

[48] F. ADDIS, *Spunti esegetici*, cit., 19 s.

[49] In tal senso è più che condivisibile l'espressione "conformità continuativa" utilizzata da F. BERTELLI, *L'armonizzazione,* cit., 955.

[50] Ancora F. ADDIS, *Spunti esegetici*, cit., 18 s.

aggiornamenti conformativi. Se così non fosse, non sarebbe possibile attribuire significati e contenuti differenti all'obbligo di fornire gli aggiornamenti correttivi, da un lato, e alla prestazione di riparazione del bene già dimostratosi difettoso, dall'altro, posto che entrambi mirano, pur se da prospettive diverse, alla conformità del bene al contratto.

Dovrebbe risultare chiaro da quanto esposto che la prestazione di aggiornamento è protratta nel tempo. Si pone, pertanto, la questione della sua delimitazione temporale, ciò che comporta invero conseguenze anche sulla durata della garanzia di conformità. In merito, l'art. 7, par. 3, dir. 771/2019/UE sancisce l'obbligo del venditore di notificare e fornire al consumatore gli aggiornamenti, compresi gli aggiornamenti della sicurezza, necessari al fine di mantenere la conformità del bene con elementi digitali per un periodo di tempo determinato.

La durata di tale impegno differisce a seconda del tipo di fornitura (singola o continuata) dell'elemento digitale, secondo la distinzione già delineata.

Non si riscontra, invero, alcun problema interpretativo in riferimento alla fornitura continuativa del contenuto digitale o del servizio digitale nell'arco di un periodo di tempo: il venditore, in tal caso, è tenuto a fornire gli aggiornamenti correttivi dell'elemento digitale per un periodo di almeno due anni, decorrenti dalla consegna del bene; ovvero per il maggior periodo di tempo, previsto dal contratto, durante il quale il venditore è tenuto alla fornitura continua del contenuto o del servizio.

In altre parole, sintantoché il venditore debba garantire al consumatore l'accesso al contenuto o al servizio digitale integrato, dovrà fornire i relativi aggiornamenti correttivi e, dunque, dovrà garantire la conformità del bene digitale al contratto anche per ogni dimensione della stessa concernente l'aggiornamento.

Maggiori dubbi applicativi si pongono, invece, per il caso in cui sia contrattualmente previsto un unico atto di fornitura del contenuto o del servizio digitale integrato. A mente dell'art. 7, par. 3 lett. a), dir. 771/2019/UE, il venditore, in tal caso, sarà tenuto a fornire gli aggiornamenti correttivi per il periodo di tempo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, date la tipologia e la finalità dei beni e degli elementi digitali, e tenendo conto delle circostanze e della natura del contratto.

Il legislatore europeo ha optato per l'utilizzo del criterio della ragionevolezza, da declinarsi in modo oggettivo, "al fine di conciliare l'esigenza della certezza giuridica con un'adeguata flessibilità delle norme giuridiche" [51]. È lo stesso a chiarire che "un consumatore dovrebbe normalmente aspettarsi di ricevere gli aggiornamenti per un periodo almeno pari a quello di responsabilità per il difetto di conformità del venditore, mentre in taluni casi la ragionevole aspettativa del consumatore potrebbe estendersi oltre detto periodo, in particolare come nel caso degli aggiornamenti di sicurezza. In altri casi, ad esempio per i beni con elementi digitali le cui finalità sono limitate nel tempo, l'obbligo incombente al venditore di fornire gli aggiornamenti sarebbe di norma limitato a tale periodo" [52]. Vi è pertanto la necessità di accertare, declinando caso per caso la clausola di ragionevolezza, la durata dell'obbligo di fornire gli aggiornamenti. Si ha a che fare con un impegno adattabile a seconda della natura e delle circostanze ed estendibile anche oltre al biennio di responsabilità previsto dalla dir. 771/2019/UE, a seconda dei caratteri dell'oggetto dello specifico rapporto contrattuale. Talvolta, gli aggiornamenti non saranno neppure dovuti (si pensi al *download* di un brano musicale in formato *mp3* o alla fornitura istantanea di un servizio digitale integrato); talaltra, nel caso di beni particolarmente complessi e durevoli, lo saranno per un periodo di tempo pari alla durata del ciclo di vita utile del bene.

[51] V. considerando 24.
[52] *Ibidem*.

Ne deriva, a parere di chi scrive, il rischio di minare la prevedibilità *ex ante* del *quantum* della prestazione d'aggiornamento, e dunque di parte dei rapporti economici aventi ad oggetto beni digitali. Fermo il dovere di garantire la conformità del bene con elementi digitali entro il biennio dalla consegna, agendo anche preventivamente tramite la fornitura dell'aggiornamento, nel caso della fornitura "singola" né il professionista, né il consumatore sono in grado di predeterminare l'effettivo protrarsi nel tempo dell'impegno di fornire gli aggiornamenti di sicurezza, beninteso se tale aspetto non sia stato pattiziamente regolato.

Sussistono evidenti difficoltà nel delimitare *ex ante* l'oggetto della prestazione di aggiornamento dell'elemento digitale integrato una volta decorso il biennio di responsabilità, posto comunque che è doveroso per il professionista garantire la conformità dell'elemento digitale integrato fornito alle discipline imperative, una tra tutte il Reg. (UE) n. 679/2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali [53].

Quanto esposto comporta, quantomeno nel caso di vendita di beni con elementi digitali che comportano il trattamento di dati personali, che la prestazione di aggiornamento è da ritenersi dovuta anche per un periodo di tempo successivo al decorso del termine biennale di responsabilità *ex* art. 10 dir. 771/2019/UE, sì da adattare il bene alla prevenzione dei nuovi rischi per la sicurezza informatica. Sicurezza informatica del bene che dovrebbe essere peraltro sempre garantita, atteso che, essendo il bene con elementi digitali finalizzato a soddisfare esigenze personali o familiari, a rischio è il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Dal dovere di fornire l'aggiornamento deriva, poi, l'allungamento del termine di responsabilità del venditore per il difetto di conformità variamente collegato all'esecuzione dello stesso. L'art. 10, par. 1, dir. 771/2019/UE indica difatti che, nel caso di beni con elementi digitali, il termine di responsabilità del venditore si arresta al biennio "fatto salvo l'articolo 7, paragrafo 3": il venditore, nonostante il decorso del periodo biennale, sarà chiamato, per un periodo di tempo ulteriore e ragionevole, a fornire taluni aggiornamenti correttivi, soprattutto in punto di sicurezza, e a garantire che tali aggiornamenti mantengano la conformità del bene.

In definitiva, può affermarsi che la responsabilità del venditore oltrepassi il biennio non solo per quel difetto che deve essere prevenuto tramite la dazione dell'aggiornamento correttivo, ma anche per quel difetto che sia causalmente collegato all'esecuzione di quell'aggiornamento.

Pare inoltre utile chiarire che, nonostante il silenzio della dir. 771/2019/UE sul punto, la fornitura degli aggiornamenti di mantenimento da parte del venditore debba avvenire senza spese per il consumatore, al pari dei rimedi della riparazione e della sostituzione, alla luce dell'identità di fini dei medesimi; ciò anche per quegli aggiornamenti conformativi che vengano forniti dopo il decorso del biennio.

Se a una tale impostazione conseguono maggiori oneri per il venditore in termini di sorveglianza dei beni digitali messi in circolazione, anche il ruolo del consumatore risulta imprescindibile nel sistema degli aggiornamenti.

La prestazione dell'aggiornamento comporta, difatti, la necessaria cooperazione del creditore, chiamato a installare o eseguire l'aggiornamento fornito sul proprio *device*.

Pur se, in linea di principio, si afferma che "il consumatore dovrebbe mantenere la facoltà di scegliere se installare gli aggiornamenti forniti" [54], si pone una sorta di onere di installazione degli aggiornamenti correttivi a carico del consumatore [55].

---

[53] V. in merito C. CAMARDI, *Prime osservazioni*, cit.

[54] Considerando 30 dir. 771/2019/UE.

[55] Così anche K. SEIN, G. SPINDLER, *The new Directive*, cit., relativamente alla dir. 770/2019/UE. La formulazione della disciplina degli aggiornamenti è sostanzialmente la medesima nelle cc.dd. direttive gemelle.

A mente dell'art. 7, par. 4, dir. 771/2019/UE, ove il venditore abbia adeguatamente informato il consumatore della disponibilità dell'aggiornamento e delle conseguenze della mancata installazione dello stesso, nonché ove abbia fornito istruzioni di installazione dell'aggiornamento chiare, comprensibili ed efficaci, e nonostante ciò il consumatore si sia determinato a non procedere alla sua esecuzione, il venditore sarà esonerato dalla responsabilità per qualsiasi difetto di conformità strettamente collegato alla mancata esecuzione dell'aggiornamento reso disponibile.

In altre parole, all'esercizio della "facoltà" di non installare l'aggiornamento correttivo fornito dal venditore, se accompagnato da un'adeguata informativa, consegue l'esonero del venditore dalla responsabilità per ogni difetto di conformità che l'esecuzione dell'aggiornamento avrebbe prevenuto o risolto.

Si tratta di un'opzione condivisibile, che orienta il comportamento del consumatore verso l'installazione di quegli aggiornamenti necessari a tutelare sia l'interesse del singolo alla conformità al contratto, sia l'interesse dell'intera comunità di utilizzatori del medesimo tipo di bene a che siano diffusamente utilizzati beni con elementi digitali dotati di un adeguato livello di protezione complessiva [56]. Rimane comunque, alla luce della stretta relazione tra la disciplina degli aggiornamenti e la conformità del bene al contratto, confermata peraltro anche all'art. 7, par. 5, dir. 771/2019/UE [57], che la fornitura di un aggiornamento difettoso o carente consente al consumatore di avvalersi dei rimedi di cui agli artt. 13-16 della dir. 771/2019, compresa la riparazione del bene declinata nella pretesa a ottenere un ulteriore aggiornamento correttivo.

5. – Il legislatore italiano ha dato attuazione alla dir. 771/2019/UE con il d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170 [58], le cui disposizioni acquistano efficacia a partire dalla data del 1° gennaio 2022 e trovano applicazione ai contratti conclusi successivamente alla medesima.

In linea generale le disposizioni del d.lgs. n. 170/2021, che hanno emendato gli artt. 128 ss. cod. cons., non mostrano differenze sostanziali rispetto alla disciplina delineata dalla dir. n. 771/2019, in ossequio al canone dell'armonizzazione massima prescritto dalla direttiva, che comporta l'impossibilità, per il legislatore nazionale, di mantenere o adottare nel diritto nazionale "disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla […] direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso" [59].

---

[56] V. A. De Franceschi, *La vendita*, cit., 95 ss.

[57] Art. 7, par. 5, dir. 771/2019/UE: *"*Non vi è difetto di conformità ai sensi del paragrafo 1 o 3 se, al momento della conclusione del contratto di vendita, il consumatore era stato specificamente informato del fatto che una caratteristica particolare del bene si discostava dai requisiti oggettivi di conformità previsti al paragrafo 1 o 3 e il consumatore ha espressamente e separatamente accettato tale scostamento al momento della conclusione del contratto di vendita*"*. Ne deriva che, nell'ottica del legislatore europeo, l'art. 7 par. 3 dir. 771/2019/UE ben concorre a designare i requisiti oggettivi di conformità del bene al contratto al pari dell'art. 7, par, 1, lett. a) – d) dir. 771/2019/UE. Immediata conseguenza è che la mancata fornitura di un aggiornamento atto a ripristinare la conformità del bene con elementi digitali al contratto, così come la fornitura di un aggiornamento che, invece di mantenere la conformità, determina un difetto di conformità del bene con elementi digitali al contratto, consentono al consumatore di avvalersi dei rimedi previsti dalla direttiva.

[58] D.lgs. 4 novembre 2021, n. 170, di attuazione della direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE, in G.U. 25 novembre 2021, serie generale, n. 281.

[59] Ciò fatta salva l'opzione, lasciata al legislatore nazionale dall'art. 10 dir. 771/2019/UE quanto alla disciplina del termine biennale di responsabilità del venditore, che il legislatore italiano ha deciso di non esercitare. Sicché, fissato al novello art. 133, co. 1, Cod. cons. il termine biennale di responsabilità, è conseguita la previsione, all'art. 130 comma 2, lett. b), letto assieme all'art. 133, comma 2, di un obbligo di durata quantomeno biennale anche per la fornitura degli aggiornamenti.

Possono comunque segnalarsi talune novità rispetto al testo della direttiva introdotte in sede di recepimento, alcune delle quali potrebbero dimostrarsi non prive di rilievo.

Si rinviene innanzitutto una diversa nozione di venditore, che il novellato art. 128, comma 2, lett. c), cod. cons. indica essere non solo "qualsiasi persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, anche tramite altra persona che agisca in suo nome o per suo conto, utilizza i contratti di cui al comma 1, primo periodo", ma anche "il fornitore di piattaforme se agisce per finalità che rientrano nel quadro della sua attività e quale controparte contrattuale del consumatore per la fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali".

Trattasi di una precisazione quantomeno oscura: se l'obiettivo del legislatore italiano è quello di esercitare la "facoltà di estendere l'applicazione della […] direttiva ai fornitori di piattaforme che non soddisfano i requisiti per essere considerati un venditore ai sensi della presente direttiva" (che l'appena citato considerando 23 già indica sussistere quando la piattaforma agisce "per finalità che rientrano nel quadro delle loro attività e in quanto partner contrattuali diretti del consumatore per la vendita di beni"), dalla precisazione del legislatore italiano si dovrebbe dedurre che la piattaforma coinvolta nella vendita del bene con elementi digitali quale fornitrice dell'elemento digitale integrato, e non già del bene nella sua totalità, dovrebbe reputarsi alla stregua di venditrice del bene stesso.

Da ciò potrebbe forse conseguire la possibilità per il consumatore di rivolgersi al fornitore di piattaforme per ottenere gli aggiornamenti dell'elemento digitale integrato avvalendosi delle disposizioni della dir. 771/2019/UE anche quando, nel quadro dell'operazione di vendita, la piattaforma abbia agito come "controparte contrattuale del consumatore per la fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali", in un ambito che potrebbe essere piuttosto ricondotto nell'alveo delle disposizioni introdotte nel Codice del consumo dal d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173 di recepimento della dir. n. 770/2019; ciò postulerebbe, comunque, un coinvolgimento diretto della piattaforma nell'operazione contrattuale di vendita. I dubbi sul punto sono peraltro amplificati dal fatto che il novello art. 135-*octies* cod. cons. include, nella nozione di professionista, per quanto di competenza della dir. n. 770, "il fornitore di piattaforme se agisce per finalità che rientrano nel quadro della sua attività e in quanto controparte contrattuale del consumatore per la fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali".

Nella nozione di bene con elementi digitali si nota, poi, l'introduzione dell'aggettivo "proprie", riferito a quelle funzioni del bene il cui svolgimento si vedrebbe impedito dalla mancanza del contenuto o del servizio digitale integrato. Trattasi, comunque, di una modifica marginale, che non consente di modificare i termini del ragionamento già sopra espresso. Anche le disposizioni di attuazione italiane evidenziano che le funzioni (proprie) del bene sono solo ed esclusivamente quelle dedotte nel contratto.

Per quanto di maggior interesse, si segnala che la disciplina degli aggiornamenti di mantenimento si vede collocata non nelle disposizioni più strettamente legate alla conformità (oggettiva) del bene, quanto piuttosto in una disposizione, il novellato art. 130 cod. cons., genericamente dedicata agli obblighi del venditore e alla condotta del consumatore.

Ciò accentua gli aspetti dinamici della prestazione cui è chiamato il venditore di un bene con elementi digitali, che si proietta a pieno titolo nel futuro, in momento successivo alla consegna; ma non può produrre, tuttavia, la conseguenza di attrarre il regime dell'inadempimento dell'obbligo di fornire gli aggiornamenti, conformativi o migliorativi, nell'alveo dell'art. 1218 cod. civ. Di ciò una conferma testuale si trova all'art. 129 cod. cons. – che annovera la fornitura degli aggiornamenti nei requisiti soggettivi di conformità, presupponendo la soglia minima della prestazione come declinata all'art. 130, comma 2, cod. cons. – nonché all'art. 133, comma 1, cod. cons., che mantiene "fermo quanto previsto all'art. 130, comma 2, cit.;

conseguenza che sarebbe comunque impedita dall'art. 135-*septies*, comma 2, cod. cons., che ostacola l'applicazione, per quanto previsto e disciplinato dal capo I del Titolo III del codice, di tutte le "altre disposizioni aventi l'effetto di garantire al consumatore un diverso livello di tutela". Alla mancata fornitura degli aggiornamenti consegue, anche nel regime italiano, l'esperibilità dei rimedi di cui agli artt. 135-*bis* ss. cod. cons., e non dei rimedi "generali" fondati sull'inadempimento di obbligazioni scaturenti da contratti a prestazioni corrispettive.

Si segnala inoltre, che il legislatore italiano ha dato all'obbligo di notifica della disponibilità dell'aggiornamento, previsto all'art. 7, par. 3, dir. n. 771, le forme di un vero e proprio nonché più congeniale obbligo di informazione: l'attuale art. 130, comma 2, cod. cons. obbliga il venditore "a tenere informato il consumatore sugli aggiornamenti disponibili […] e a fornirglieli". Non si tratta di un obbligo precontrattuale di informazione, bensì di un'informazione da fornirsi, piuttosto, nel corso di tutta la durata del rapporto di consumo e al momento opportuno.

Ritenendo doveroso che tali informazioni siano fornite in lingua italiana, in modo chiaro e comprensibile, con modalità adeguate al mezzo di comunicazione utilizzato, nonché più in generale "tali da assicurare la consapevolezza del consumatore" (art. 5 cod. cons.), si può argomentare *ex* art. 130, comma 3, cod. cons. che i contenuti dell'informativa comprendano la disponibilità e i contenuti dell'aggiornamento, le conseguenze derivanti dalla mancata esecuzione nonché le istruzioni, necessarie e sufficienti, perché il consumatore proceda autonomamente all'installazione.

Di più oscura comprensione risulta, invece, il rinvio operato dall'art. 130, comma 2, lett. b) cod. cons. al parametro temporale indicato all'art. 133 comma 2 o 3 cod. cons. "a seconda dei casi", per la determinazione della durata dell'obbligo di fornire gli aggiornamenti di mantenimento in caso di fornitura continuata dell'elemento digitale integrato.

Fermo che, nel caso della fornitura continuata nel tempo, l'obbligo di fornire gli aggiornamenti perdura per un minimo di due anni decorrenti dalla consegna del bene, ovvero per il maggior periodo previsto dal contratto per la fornitura continuata dell'elemento digitale (qui il rinvio all'art. 130, comma 2, cod. cons.), a parere di chi scrive il rinvio all'art. 132, comma 3, cod. cons., il cui fine è comunque la quantificazione temporale della prestazione, deve significare che, in caso di difetto di conformità dolosamente occultato dal venditore, questi non sarà, nonostante il decorso del periodo di tempo all'uopo prescritto dalle lett. a) e b) del novellato art. 130, comma 2, cit., esonerato dalla fornitura dell'aggiornamento idoneo a eliminare il difetto; egli dovendo peraltro comunque agire preventivamente per prevenire il manifestarsi del difetto, fornendo l'aggiornamento.

Si rileva poi l'utilizzo dell'aggettivo "congruo" in luogo di "ragionevole" con riguardo al termine entro il quale il consumatore è tenuto a eseguire gli aggiornamenti correttivi opportunamente fornitigli dal professionista, sull'onda di quanto già avvenuto in occasione dell'attuazione dell'art. 3 della dir. 1999/44/CE nel previgente art. 130 cod. cons.; non mutano, evidentemente, i criteri da utilizzarsi per la declinazione della clausola generale nel caso concreto.

In conclusione, dalla trasposizione della dir. n. 771/2019 nell'ordinamento italiano consegue che la fornitura dell'aggiornamento rappresenta una delle obbligazioni principali del venditore del bene con elementi digitali nell'ambito dei rapporti *b2c*.

Seguendo il tradizionale schema dell'art. 1476 cod. civ., all'obbligo di consegnare il bene (in senso materiale e digitale), a quello di trasferire la proprietà del bene nella sua componente materiale [60] quando l'acqui-

[60] Cfr. A. QUARTA, *Contenuti digitali*, cit., p 36 s.: "Nonostante il file entri nella disponibilità di chi abbia effettuato il suo *down-*

sto non si effetto immediato del contratto, e a quello di consegnare un bene conforme al contratto di vendita, che sia anche privo di vizi giuridici e che contempli un elemento digitale integrato effettivamente fruibile, si aggiunge l'obbligo di fornire i relativi aggiornamenti.

Atteso l'obbligo di consegnare beni conformi al contratto e l'attività preparatoria all'adempimento dell'obbligazione di aggiornamento che, sia nel caso di aggiornamento conformativo ma ancor di più in quello dell'aggiornamento evolutivo, implicano la predisposizione delle qualità e caratteristiche che il bene e l'elemento digitale si vedono attribuite in futuro, l'obbligo gravante sul venditore di beni con elementi digitali può avere ad oggetto precipuo il modo di essere presente e futuro della cosa.

6. – Non può che salutarsi con favore, attesa l'ampia diffusione dei beni con elementi digitali, il riconoscimento a favore del consumatore-acquirente del diritto di ottenere ogni aggiornamento della componente digitale del bene ottenuta assieme allo stesso, che sia atto a mantenere, pur se talvolta entro un breve periodo di tempo, la conformità del bene al contratto di vendita. Stante l'inserimento della disciplina degli aggiornamenti entro i requisiti di conformità del bene, oggetto di armonizzazione massima, trattasi di una tutela che dovrà trovare uniforme applicazione entro tutto il territorio dell'Unione, anche se ciò ha generato taluni passi indietro nella tutela del consumatore, segnatamente nell'ordinamento francese dove all'obbligo di fornire aggiornamenti era stata attribuita una durata temporale più estesa [61].

La rapidità dell'evoluzione tecnologica e l'imperioso avanzare delle istanze in materia di sostenibilità dei consumi, tuttavia, rischiano tuttavia di rendere già obsoleta la disciplina di nuovo conio.

La Commissione europea ha difatti già manifestato, sia nel Nuovo piano d'azione per l'economia circolare [62], sia nella Nuova Agenda dei consumatori [63], la volontà di proporre, nel prossimo futuro, modifiche alle disposizioni della dir. 771/2019/UE. Si tratta di un primo segnale della rapida obsolescenza della dir. 771/2019/UE, che ha deluso le aspettative dei portatori di talune istanze, una su tutte quella relativa all'in-

---

load, e possa essere custodito nella memoria di archiviazione di un dispositivo privato, il contratto non è generalmente dotato di effetto traslativo e non determina il trasferimento della proprietà di quel bene immateriale".

[61] Ne sono esempio gli artt. L217-21 – L217-23 del Code de la consommation francese, come modificati dalla legge n. 2020-105 del 10 febbraio 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, ora nuovamente emendati dalla Ordonnance n. 2021-1247 del 29 settembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques prima, che ha attuato le dir. 770/2019/UE e 771/2019/UE nell'ordinamento francese, e dalla legge n. 2021-1485 del 15 novembre 2021, visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, poi. Le disposizioni intermedie (artt. L217-21 – L217-23 Code consomm) avevano previsto a favore del consumatore innanzitutto un obbligo informativo, al momento dell'acquisto, relativo alla durata del periodo di tempo entro il quale gli aggiornamenti forniti saranno compatibili con la versione del bene oggetto del contratto (diritto invero ancora garantito dall'art. L111-6 Code consomm.), nonché il diritto di ottenere gli aggiornamenti di mantenimento per un periodo *quantomeno* biennale; si prevedeva altresì un rinvio alla fonte del *décret* per l'indicazione delle ipotesi in cui l'obbligo di fornire aggiornamenti superasse il biennio, garantendo così maggior certezza ai traffici. Oggi, all'esito della trasposizione della dir. 771/2019/UE, la disciplina delle *mises à jour* si colloca agli artt. L217-18 – L217-20 Code consomm. e si esprime in termini non dissimili dalla disciplina di attuazione italiana, eccezion fatta per la regolamentazione esplicita degli aggiornamenti non necessari al mantenimento della conformità del bene, mutuata dall'art. 19 dir. 770/2019/UE ed estesa agli elementi digitali integrati (art. L217-33 Code consomm.). Da ultimo, la legge n. 2021-1485 ha introdotto ulteriori obblighi informativi relativi agli aggiornamenti non finalizzati al mantenimento della conformità del bene con elementi digitali.

[62] Commissione europea, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare – Per un'Europa più pulita e più competitiva* (Comunicazione) COM (2020) 98 final, 5.

[63] Commissione europea, *Nuova agenda dei consumatori – Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile*, (Comunicazione) COM (2020) 696 final, 7-8.

staurazione di una economia realmente circolare e sostenibile [64]. Sul punto, quanto al tema della sostenibilità ambientale dei beni compravenduti, godranno di ampia rilevanza le misure di esecuzione della dir. 2009/125/CE (c.d. direttiva Ecodesign) [65]. Nel nuovo piano d'azione per l'economia circolare [66] la Commissione ha affermato l'intenzione di estendere l'ambito applicativo della "direttiva concernente la progettazione ecocompatibile al di là dei prodotti connessi all'energia, in modo che il quadro della progettazione ecocompatibile possa applicarsi alla più ampia gamma possibile di prodotti e rispetti i principi della circolarità".

Nell'ambito di questa disciplina, la Commissione UE prevede "il miglioramento della durabilità, della riutilizzabilità, della possibilità di *upgrading* e della riparabilità dei prodotti" [67]. Ci si attende, dunque, che la Commissione europea intervenga sulle disposizioni relative al *design* dei beni con elementi digitali, assicurando un periodo di tempo minimo, positivamente stabilito, entro cui il produttore sia tenuto a garantire gli aggiornamenti correttivi, nonché la garanzia di poter procedere all'*upgrade* dell'elemento digitale integrato, non contemplata dall'attuale disciplina.

Neppure la disciplina degli aggiornamenti risulta di per sé esente da critiche. Essa si fonda ampiamente, anche nella disciplina attuativa italiana, sulla clausola di ragionevolezza che, reclamando una declinazione nel caso concreto, non stabilisce confini certi alla prestazione dovuta dal professionista e specularmente pretendibile dal consumatore. Non risulta inoltre rappresentare un significativo incentivo alla durabilità dei beni con elementi digitali. L'assenza di un perimetro definito della prestazione dovuta, e in particolare l'incertezza – perlomeno in una prima fase, priva di pronunce giurisprudenziali sul punto – sulla durata dell'impegno del professionista di fornire gli aggiornamenti ove la componente digitale del bene sia oggetto di un singolo atto di fornitura (ciò che avviene normalmente, tra gli altri, per i sistemi operativi di *smartphones*, *smart TV* e *personal computers*) [68] dovrebbe condurre a interpretare rigorosamente la ragionevolezza del periodo di tempo in cui è richiesto l'impegno del venditore, secondo un criterio obiettivo parametrato sulle aspettative del consumatore [69], anche in base alla natura e allo scopo del contratto, alle circostanze della fattispecie, agli usi e alle pratiche vigenti presso le parti interessate [70]. Ne dovrebbe derivare un impegno del professionista, quantomeno in punto di aggiornamenti di sicurezza, che accompagni l'intero periodo di commercializzazione o l'intero ciclo di vita del bene con elementi digitali, attesi gli interessi personali del consumatore che entrano in gioco quando si discorre di beni con elementi digitali, di dati personali da questi raccolti ed elaborati e di disciplina del trattamento dei medesimi, in particolar modo quando il bene è finalizzato al soddisfacimento di bisogni familiari o intimi [71].

---

[64] V. E. VAN GOOL, A. MICHEL, *The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis*, in *EuCML*, 2021, 136 ss.; G.F. SIMONINI, *Verso una nozione allargata di difetto di conformità: sarà rilevante anche la durabilità del bene?*, in *Danno resp.*, 4, 2019, 471 ss.; M. GARCÌA GOLDAR, *The inadequate approach of Directive (EU) 2019/771 towards the circular economy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, 1 ss.; nonché, più in generale, B. KEIRSBILCK, E. TERRYN, *Consumer protection in a circular Economy*, Intersentia, 2019. Per il tema del consumo etico, v. A. QUARTA, *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione*, in *Contr. impr.*, 2, 2021, 523 ss.

[65] Dir. 2009/125/CE, relativa all'istituzione di un quadro per l'elaborazione di specifiche per la progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia. Cfr. A. QUARTA, *Contenuti digitali*, cit.

[66] La già citata COM(2020) 98 final.

[67] Si veda ancora in merito la recente adozione, in Francia, della legge n. 2021-1485 del 15 novembre 2021, *visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France*.

[68] V. in merito, K. SEIN, G. SPINDLER, *The new Directive*, cit., 386 s.

[69] V. considerando 31 dir. 771/2019/UE.

[70] V. considerando 24 dir. 771/2019/UE.

[71] V. in merito ai problemi posti dai beni cd. domotici, G. VERSACI, *Acquisto e utilizzo di dispositivi domotici nei rapporti B2C. Un'intersezione tra data protection e consumer (contract) protection*, in *Oss. Dir. civ. comm.*, 1, 2020, 259 ss.; L.VIZZONI, *Dispositi-*

Si rileva poi l'assenza, nella dir. 771/2019/UE e nelle relative norme di attuazione, di una disposizione dal tenore simile a quello dell'art. 19 dir. 770/2019/UE, presente invece nell'ordinamento francese [72] e trasposta, ad opera del d.lgs. 4 novembre 2021, n. 173 di recepimento della dir. 770 cit., nell'attuale art. 135-vicies semel Cod. cons.; disposizione che non solo garantisce al consumatore-utente di recedere dal contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali di durata a fronte di modifiche significative e unilaterali del medesimo da parte del professionista, ma altresì stimola quest'ultimo ad assicurare al consumatore la possibilità di non eseguire l'*upgrade* [73].

Pare conseguirne, però, che la possibilità di variare il contenuto o il servizio digitale integrato "oltre a quanto è necessario per mantenere la conformità", salvo diversa disposizione contrattuale, sarebbe preclusa al venditore di un bene con elementi digitali.

Risulta altresì necessario indagare sulla compatibilità tra le disposizioni sulla vendita di beni con elementi digitali e la fornitura, da parte del professionista, di aggiornamenti c.d. inscindibili.

È prassi invalsa degli operatori del mercato fornire agli utenti aggiornamenti che, al tempo stesso, comportino sia interventi in punto di sicurezza dell'elemento digitale integrato, sia l'*upgrade* del medesimo. L'interprete è chiamato a comprendere, cioè, se la dir. 771/2019/UE riconosca al consumatore, in qualche modo, il diritto di non procedere all'*upgrade* e, al tempo stesso, di ricevere dal professionista aggiornamenti di sicurezza adatti alla "vecchia" versione dell'elemento digitale integrato.

Posta l'enunciazione di principio secondo cui il consumatore avrebbe il diritto di non procedere all'installazione degli aggiornamenti, e stante che, a mente dell'art. 7, par. 4, dir. 771/2019/UE, l'esonero dalla responsabilità per il difetto di conformità derivante dalla mancata installazione dell'aggiornamento si limita alla mancata esecuzione volontaria degli aggiornamenti correttivi, il consumatore non dovrebbe subire alcuna conseguenza negativa dalla decisione di non installare un aggiornamento diverso dall'*update*. Qualora il professionista stabilisca di fornire agli utenti un *upgrade* che "inglobi" al contempo un aggiornamento di sicurezza, i consumatori dovrebbero dunque vedersi garantita la possibilità di procedere alla sola esecuzione di quest'ultimo. Peraltro, la fornitura di un aggiornamento "misto" denoterebbe la necessità di un intervento di sicurezza, sicché l'impossibilità di scindere l'aggiornamento, e di installare dunque solo i pacchetti di dati necessari a mantenere la sicurezza del bene, comporterebbe la verosimile presenza di un difetto di conformità nella componente digitale integrata.

Non sembra tuttavia essere questa l'interpretazione prevalente delle disposizioni relative agli aggiornamenti contenute nella dir. 771/2019/UE. Nella "Risoluzione verso un mercato unico più sostenibile per imprese e consumatori" [74] il Parlamento europeo ha evidenziato la necessità di riporre particolare attenzione, "nell'ambito della revisione della direttiva (UE) 2019/771", alla disciplina dei "beni contenenti elementi digitali", tenendo in considerazione che "gli aggiornamenti correttivi – ossia gli aggiornamenti di sicurezza e di conformità – devono continuare per tutta la durata di vita prevista del dispositivo, a seconda della catego-

---

vi domotici e dati personali: dalle difficoltà applicative del GDPR alla prospettiva del futuro Regolamento "e-privacy", in *Nuove leg. civ. comm.*, 4, 2020, 1032 ss.

[72] Si veda *supra*, nt. 61.

[73] V. art. 19 dir. 770/2019/UE nonché art. 135-*vicies* semel cod. cons.: l'operatore economico risulta stimolato a garantire all'utente la possibilità di non procedere all'*upgrade* del contenuto o servizio digitale, a parere di chi scrive, poiché ove il professionista riconosca tale facoltà al consumatore, quest'ultimo non potrà recedere dal contratto di fornitura – rimanendo dunque obbligato a pagare il prezzo ovvero a fornire i propri dati personali a fini di lucro – e si troverà di fronte alla sola alternativa di accettare o rifiutare la modifica del contenuto o del servizio unilateralmente proposta dall'operatore economico.

[74] 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), par. 7.

ria di prodotto" e che "gli aggiornamenti correttivi dovrebbero essere tenuti separati dagli aggiornamenti evolutivi, che devono essere reversibili". Si evidenzia altresì la necessità di garantire che "nessun aggiornamento deve mai ridurre le prestazioni o la capacità di risposta dei beni" nonché l'importanza di un'adeguata informazione in merito alla fornitura degli aggiornamenti [75].

Non resta che auspicare che il legislatore europeo tenga in considerazione gli auspici del Parlamento UE in sede di revisione della tanto attesa dir. 771/2019/UE.

[75] *Ibidem*: "al momento dell'acquisto, il venditore deve informare il consumatore circa il periodo durante il quale è prevedibile che siano pubblicati gli aggiornamenti del software fornito al momento dell'acquisto dei beni, in modo compatibile con l'innovazione e i possibili sviluppi futuri del mercato, nonché in merito alle loro specificità e al loro impatto sulle prestazioni del dispositivo, al fine di garantire che i beni mantengano la loro conformità e la loro sicurezza".

JUS CIVILE

ROCCO NERI

M.D. in Law – University of Teramo

RULE OF LAW BETWEEN FAIR TRIAL AND EUROPEAN RIGHTS

SUMMARY: *1. Introduction. – 2. Rule of law and ECHR Jurisprudence. – 3. Law's Crisis. – 4. Public Power and European Rule of Law. – 5. Fair Trial and European Law. – 6. Conclusion.*

1. – The Italian procedural system, in particular the ordinary codes of substantive and procedural law (civil and criminal), don't follow a logical coherence. The Constitutional Court has repeatedly stressed the respect of the principles of orality and immediacy, urging the legislator. The European Court of Human Rights (ECHR) has condemned Italy several times for the countless violations on the reasonable duration of the trial despite the intent of the legislator to remedy such violations through the introduction of special rites [1]. A constitutional principle has thus generated violations of other constitutional and community principles generating a paralysis of the justice system. At light of the complex systemic framework envisaged, the methodology adopted has as its point of reference the refutation of the thesis that doctrine and jurisprudence have developed so far through a dialectic humanistic and scientific approach [2]. The internal comparison (between the different jurisdictions and their regulations) and external (with the mechanisms of the legal system of European law) is necessary to understand the key elements and cohesion between the Italian and European Union legal systems in order to find a suitable and universal model applicable in accordance with the rules and principles of due process [3]. Systematics delves primarily into the shortcomings of the current Italian codes of Law through the refutation of the reform proposals of the doctrine. The interpretation of the jurisprudential orientations of legitimacy will be fundamental to understanding the evolution of the rule of law in this paper. The first objective to be achieved therefore is the discovery of the rules of judgment common to the procedural systems. The second objective is the understanding of the possible evolutionary keys for a proper balance of rights and public and private interests opposed in civil law trials in order to respect the universal principles of due process [4].

---

[1] F. GIUNCHEDI, *Linee evolutive del giusto processo europeo*, in A. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee,* Giappichelli, Torino, 2006, M. BOVE. Il *principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010, P CHERUBINI, *Processi cognitivi e ragionamento giudiziario*, in P. CHERUBINI *et al*. (a cura di), *Psicologia e società. Diritto*, Firenze, Milano, 2011.

[2] E.T. FETERIS, *Rationality in Legal Discussion. A Pragma-Dialectical Perspective*, in *Informal Logic*, 1993, A. LAMAS, *Dialectica y derecho*, in *Circa humana philosophia*, 1998.

[3] M. CECCHETTI, *Riforma dell'art. 111 della Costituzione e giurisprudenza costituzionale: analisi e bilancio del primo triennio*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile,* Padova, Cedam, 2003.

[4] R. BIN, *Diritti e argomenti Il bilanciamento degli interessi*, Milano, 1992.

2. – The principle of legality and the concept of "law" in criminal matters can be found in Article 7 of the ECHR and in the judgment Zaja c. Croatia [5]. ECHR's jurisprudence is based on the centrality of fundamental rights in the European legal system [6]. ECHR provides that the law indicates the authority competent to perform the interference, on the other hand, which establishes the mode of operation. The exercise of power must be authorised by law and therefore based on a rule conferring jurisdiction on a given authority [7]. Researching the law is the starting point of the Court for predictability with a view to the protection of fundamental rights [8]. One of the founding principles of the ECHR system is that of the effectiveness of rights, which has a priority scope compared to dogmatic, value, institutional considerations. To examine the legislative text independently of its interpretation and application would be to refer the notion of predictability to predictability in the abstract [9]. The role of clarifying and interpreting the provisions of national law lies primarily with the national authorities [10]. However, while the Court is not in a position to substitute its own judgment for that of the national courts and its power to review compliance with domestic law is limited; it is the Court's function to review the reasoning adduced by domestic judicial authorities from the point of view of the Convention. [11] The object of the Court's review at this stage is not the conformity of the interference with national law, but the decision of the courts which are responsible for carrying out such examination. This point shows that national authorities have an additional procedural obligation to provide for a mechanism to monitor the compliance of the interference with the principle of legality [12]. This aspect may, conceptually, overlap, at least in part, with the right to a domestic remedy, within the meaning of Article 13 of the ECHR. However, the Court prefers to analyse it in order to assess the existence of the legal basis. As well as the "law" and the jurisprudence, also the control of conformity must possess a certain "quality". In fact, in order to protect a person against arbitrariness, it is not sufficient to provide a formal possibility of bringing adversarial proceedings to contest the application of a legal provision to his or her case. Domestic courts must undertake a meaningful review of the authorities' actions affecting rights under the European Convention in order to comply with the lawfulness requirement [13]. The national courts must therefore verify, in turn, that the interference by the national authorities

---

[5] See L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, Torino Giappichelli, 2013; A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 38 ss. A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?,* in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, 241 ss.; A. VITORINO, *La Charte des droits fondamentaux de Union européenne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2001, 27 ss.; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, 72 ss.

[6] See G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona, attualità e prospettive*, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2011, 837 ss., N. NAPOLETANO, *La nozione di 'campo di applicazione del diritto comunitario' nell'ambito delle competenze della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, 679 ss.; ID., *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea, in La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, a cura di A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO, Padova, Cedam, 2010, 3 ss.; K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental European*, in *Constitutional Law Review*, 2012, 375 ss.

[7] B. PASTORE *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli., 2013.p. 27 ss.

[8] G. PINO. *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino, 2017, 53 ss.

[9] E. DICIOTTI, *Interpretazione legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 32 ss.

[10] G. UBERTIS, *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2014, 1726 ss., G. ROLLA *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, Giuffrè, 2010; 89 ss.

[11] J.H.H. WEILER, S.C. FRIES, *Une politique des droits de l'homme pour la communauté et l'union européenne: la question des compétences, in L'Union Européenne et les Droits de l'Homme*, a cura di P. ALSTON, Bruylant, Bruxelles 2011, 157 ss.

[12] O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 75 ss.

is in compliance with the principle of conventional legality [14]. This implies that the courts not only ascertain the "formal" conformity of the interference, but also that of its predictability in practice. The absence of such a check obliges the European Court to analyse the conformity of the interference at first instance without the "filter" of the national judge and to therefore play the role of judge of first instance also in relation to national law [15]. Where national judges verify compliance with the principle of European legality, the control of the European Court will be much more limited: as regards the "formal" compliance of the interference, it will be limited to "sanction" manifestly arbitrary or unreasonable internal decisions [16]. The principle of the reservation of law, provides only partial protection of fundamental rights. Indeed, if it is considered that case law is not the source of the law for the purposes of assessing the predictability of the criminal response, the only element to be checked is the legislative provision. The predictability in abstract is accepted in the national law such as predictability in concrete [17]. This is a notion which, precisely because it is not based on a specific theory of sources, makes it possible to be integrated and enriched by additional elements of guarantee which are accepted at national level, such as the reservation of law in criminal matters; this, provided that such elements are not interpreted in such a way as to render ineffective the heart of the guarantees of the principle of legality [18]. In order to reconstruct the different scope of European legality it is necessary to understand the ratio of legality in the conventional system and then derive its "form". The examination of the finding of infringement of an article of the ECHR consists of two phases. In a first stage, which can be defined as the stage of applicability of the Convention, it is necessary to verify, inter alia, whether the individual has been interfered in the enjoyment of one of the rights provided for in the European Convention [19]. The second can be defined as the "justification" stage: according to the Convention, any interference in order to be legitimate must be justified [20]. This means that whenever the

---

[13] S. Morano-Foadi, S. Andreadakis, *Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights*, in *European Law Journal*, 2011, 595 ss.; G. Martinico, O. Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws, E. Elgar,* Cheltenham-Northampton, 2012., 112 ss.

[14] See U. Villani, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo, in La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo,* a cura di M. Fragola (Atti del Convegno interinale Sidi), Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 1 ss.; E. Cannizzaro, *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo, in La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, a cura di M. Fragola, cit., 39 ss.; U. Villani, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea*, Jovene, Napoli 2011, 72.

[15] M. O'Boyle, *The future of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, 1862 ss., 1865 ss.

[16] I. Viarengo, *I diritti fondamentali tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti costituzionali*, *in Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati*, a cura di G. Adinolfi, A. Lang, Giuffrè, Milano 2006, 135 ss.

[17] G. Contento, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it*., 1988, 484. L. Carlassare, *voce Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1990.

[18] C. Schmitt, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, a cura di E. Castrucci, Milano, Giuffrè, 2016 (ed. or. *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, München, Beck, 1912), V. Velluzzi, *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, ETS, 2013, 15 ss.

[19] See A. Von Bogdandy, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union,* in *Common Market Law Review*, 2000, 1307 ss.; K. Lenaerts, *Fundamental Rights in the European Union*, in *European Law Review*, 2000, 575 ss.; J. Liisberg, *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of the Supremacy of Community Law?*, in *Common Market Law Review*, 2001, 1171 ss.

[20] See G. De Burca, *The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 2001, 126 ss.; M. Lugato, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 1009 ss.; K. Lenaerts, E. De Smijter, *A 'Bill of Rights'for the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2001, 273 ss.; R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001; A. Manzella, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*,

State restricts the enjoyment of rights, it bears the burden of justifying such choices. In other words, the State violates the Convention if it fails to produce valid reasons to justify interference or lack of protection. One can therefore speak of a real "right to justification" in order to legitimize interference under the Convention, the State must prove that such limitation is "provided by law", that is, it has a legal basis; it pursues a legitimate purpose; shall be proportionate to that purpose [21]. The absence of even one of these parameters automatically leads to a breach of the Convention. The notion of legal basis expresses the principle of legality [22]. Therefore, the principle of legality recalls the idea that a public authority is subject to the law and that therefore it performs its functions in accordance with it. In the context of the ECHR, however, this principle, so defined, would limit the competence of the European Court to the mere verification of the correct application of national law by national authorities. However, such an approach would lead the principle of conventional legality to be, on the one hand, substantially superfluous, since it would not add any additional guarantees in relation to those to be invoked before national courts, since, by its nature, the role of the national court is to interpret and correctly apply national law and, in so doing, to assess the compliance of acts by national authorities with the principle of legality; on the other hand, it would potentially conflict with the principle of subsidiarity, as it would encourage the European Court to exercise the role of fourth instance judge on matters of mere interpretation and application of national law [23].

3. – Procedural legality has matured through the imposition of substantive legality, as if the duty to punish and repress criminal conduct was a priority with respect to the observance of procedural law [24]. The rules of the Italian Criminal procedure Code relating to the regulation of evidentiary acquisitions of evidence for litigation, identified the criminal judge with the so-called punitive power, introducing an interpretative criterion of subjection to the law that makes it essential the subordination of the judge to the duty to ascertain the truth (identified as the purpose of the trial). The procedural rule, is declared illegitimate when it is unreasonably placed as an obstacle to such an investigation [25]. Similarly, in relation to the preliminary phase, the procedural rules and the discipline of the activity of the public prosecutor, are deemed in contrast with art. 112 Cost., as if they are a hindrance to the effective conduct of the investigation plan and in opposition to the principle of independence of the prosecution body. In this way the latter's independence in accordance to the

---

Bologna, Il Mulino, 2001; C. Di Turi, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, 671.

[21] M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, disponibile in *https://www.cortecostituzionale.it/*, 2013., M. Cartabia, *Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court, in 50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos, 1963-2013*, a cura di A. Tizzano, J. Kokott, S. Prechal, cit., 155 ss., A. Barak *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press. 2012.

[22] G. Ruggiero *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli, Jovene, 1965. A. Punzi. *L'insostenibile pluralità della giurisprudenza. Il giovane Schmitt e la certezza del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 2018, 27 ss.

[23] N.S. Marek, *Between Mangold and Omega: Fundamental Rights versus Constitutional Identity*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, 437 ss.; A. Von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1417 ss.

[24] M. Ronco *Legalità penale e legalità processuale*, in *Archivio Penale*, 2/2017.

[25] M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli, 2009: G. Ubertis, *Prova, II) teoria generale del processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. Xvii, 2009, 2., F. Cordero, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 4, P. Tonini, C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano, Giuffrè, 2012. G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica, 2 ed.*, Torino, Giappichelli 2016.

law is envisaged [26]. The crisis of procedural legality is also an ideological disguise. The ideological disguise is precisely the need to comply with the punitive power (and the duty to proceed) deriving from criminal law. On the other hand, procedural legality is necessary in relation to the judge's ruling on the application of the incriminating rules [27]. The reference of legality to procedural rules is explicit in art. 111 Cost. In so far as the provision requires every process to be governed by the law, article 111 of the Italian Constitution underlines fair trial regulated by law: for the first time the procedural legality is introduced in the Constitution [28]. The principle of legality now applies to the criminal process. This has certain consequences: for example, that it is not possible to establish rights and duties in the process except through the law, that the criminal process is based on the rigidity of forms [29]. The statement that due process must be «regulated by law», is now intended to affect the relationship between the law and the judiciary and therefore to exclude that the procedural matter could be governed by provisions not respecting the principle of legality [30].

4. – If reservation of law means obligation of the legislator to regulate a given matter, it also means obligation of discipline accomplished, and exclusion of the hypothesis that the legislator may assign to the judge the task of filling a case left unfinished [31]. For the constitutionalist, as for the philosopher of law, it is an undisputed fact that the reservation is violated not only by the attribution of regulatory powers to sources other than the law, but also by the hypothesis that the law governs the reserved regulatory sector 'limited to general indications or the conferral of discretionary powers [32]. The need to distinguish and place on different levels the consequences and the logical derivations of the reservation of law (in terms of the sources of legislation, administrative acts and finally of the judicial acts) It is precisely what led the criminal doctrine to *enucleare* the principle of the imperative and/or *determinatezza* of the criminal case art. 25, paragraph 2, Cost.; in short, they are understood here as the essential nucleus (the specific way of operating) of the law reserve in relation to the concrete acts that constitute the extrinsition of the judicial power. The use of introductory formulas of discretionary powers in the exercise of judicial activity, as well as any procedural discipline that does not fully design the mutual interaction of the powers of the judge and the parties, the principle of legality, summarily intended as a rule of necessary subjection to the law of public authorities [33]; as well as the controllability of the exercise of power *secundum legem* is logically constructed in terms of further effectiveness

---

[26] C. VALENTINI *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, Cedam, 1997, G. AZZARITI, *Da discrezionalità a potere*, Padova, Cedam, 1989.

[27] G. CONSO, V. GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale,* Padova, Cedam, 2005, 1881.

[28] C. CONTI *Le due anime del contraddittorio nel nuovo art 111 cost.* in *Dir. pen. e proc*., 2000.

[29] F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1987, 237. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale,* III, Prato, 1886, § 900, 201. F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale, Napoli,* 1960, 165; G. MALINVERNI, *Il nuovo processo penale*, in *Giust.a pen.*, 1992.

[30] M. NOBILI, *Esiti, errori, arbitrii dietro un'illustre formula: gli ultimi trent'anni*, in AA.VV., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze.* Atti del convegno, Siracusa, 6-8 dicembre 2002, Milano, Giuffrè, 2002, 33 ss. M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,*1995.

[31] J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e 'costituzionalizzazione' della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 51 ss.; M. SAFJAN, *Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Fields of Conflict?*, in *EUI Working Papers*, 22, 2012.

[32] B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Jean Monnet Working Paper*, 1, 2012.

[33] G. DELLA CANANEA, *Is European Constitutionalism Really 'Multilevel'?*, in *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, 283 ss.

of legality [34]. It does not seem seriously debatable that reserves of law, *determinatezza* and controllability are the three principles now inscribed within the formula of art. 111, paragraph 1, Cost. An account is to decide that the judge must be subject to the law (art. 101, paragraph 2, Cost.) and other is to add that the law, which the judge must submit, has to be determined, for constitutional obligation peacefully arising from the reservation of law [35]. The problem is that if a rule builds a subjective legal position, but does not determine its rules of exercise and the methods of control, the power/right/duty remain without guarantee of effectiveness and, the exercise of the *munus publicum* without control [36]. In short, the principle by which the judge must submit to the law is a clear expression of the idea of legality of the conduct of all public authorities, but the principle itself, without the guarantee of the legal reservation in the substantive and procedural rules to be applied by the court, is intended to be ineffective. The legality of the action of the public authority means, on the one hand, the legality of the action of the executive, on the other the legality of judicial activity, while, then, the principle of legality of legislative action can be spoken only with reference to the c.d. material legality, or the constraints arising from the Constitution. Legality means a condition of validity for acts of attachment of the principle of legality in general to art. 101, paragraph 2, Cost. it seems very convincing together with the idea that the subjection of the Judge to the law is the heart of the concept of legality, since exactly the Judge is entrusted with the task of judging the observance of the legal system by the affiliates and, on the other hand, he must (indeed) do so, remaining subject to the law. The law is the linchpin of the argument as the foundation of the rule of law is constitutional legitimacy. The principle of legality is therefore the compass that must guide the process and the consequent transformation of abstract prediction into concrete prediction through the final phase, the executive phase [37].The law is born from the will and the intention of the institutions to unite the fragmented, to look to the future of the civil cohabitation and to consolidate the foundation of the fundamental rights [38]. The value of the Constitution lies in this. In short, while the field of substantive criminal law appears covered by art. 25, paragraph 2, Cost., it was not simple to provide a constitutional referent with the principle of legality as understood above, or as the dutiful legality of the action of all public authorities. The first condition of the effectiveness of the legality of the action of the public authorities is that the law (not only confers, but) governs the rules for the exercise of the same power. The second condition of the effectiveness of the principle of legality lies, then, in the existence of validity/legality checks on the acts of the public authorities, in the absence of which «the violation of the law would remain without sanctions or remedies». It is, then, quite clear that the first "condition of effectiveness" of legality (the discipline of the rules of the exercise of power) is expressed precisely in that peculiar character of the reservation of law, according to which it does not impose only a certain relationship between sources, but also an obligation on the legislator (in confidential matters) to fully regulate the matter «leaving no room for

[34] A. MANNA *Il difficile dialogo tra corti europee e corti nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in *Dir. pen. della globalizzazione*, 2017, 2, 41 ss.; anche in *Arch. pen.* (web), 2016, 3; cfr. altresì ID., *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

[35] G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS, 2016, 24 ss.

[36] C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme, un'analisi del linguaggio normativo*, Milano, 1990 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1990, 43., R. ORESTANO, *Azione in generale: a) storia del problema*, in *Enc. dir*., IV, Milano, 1959, 812.

[37] M. CHIAVARIO, *Diritto ad un processo equo*, Padova, Cedam, 2001, M. NOBILI, *Giusto processo e indagini verso nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc*., 2001/5.

[38] J. KOKOTT, C. SOBOTTA, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, in *EUI Working Papers*, 6, 2010; O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra 'sdoganamento giurisprudenziale' e Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, 101 ss.

others to intervene». The legality of the action of all public authorities is marked by art. 101, paragraph 2, Cost.; the effectiveness of legality is governed by the action of the public authorities, so that, in matters covered by the reservation of law, the legislature is required to lay down provisions which take account of the fact that the strict rules governing public authority are directly linked to the guarantee of the rights of individuals: maximum in the case of bound discipline; minimum in the case of discretionary discipline [39]. This reasoning culminates with the affirmation of the reservation of law in procedural matters referred to in art. 111 Cost. in the well-known decision n. 88 of 1991, we read references to a «legality of proceeding» due to the principle of criminal legality as its «necessary concretization»; as well as to «subjugation of the public prosecutor to the principle of procedural legality» speaks also the ordinance n. 178 of 2003, both pronouncements regarding mandatory prosecution. The Constitutional Court has approached the argument in the recent ordinance n. 24 of 2017 issued as a result of the Taricco affair where it has had the opportunity to observe that if the limitation period is deemed to be of a procedural nature, likewise the principle would remain that the activity of the judge called upon to apply it must depend on sufficiently determined legal provisions. It is difficult to erase the idea that this resounding lack is not the result of the will to impose a system governed and entrusted to the dominance and power of the magistrate» where the law, especially that of procedure, is viewed as a treacherous product, suspect, of lower rank, a useless obstacle placed on the road that separates the authority coming from the cognitive result and tendentially punitive. According to the Convention, it is now common ground that the State has positive obligations to criminalise acts originating from State authorities or third parties which infringe the most fundamental legal assets, such as physical and psychological integrity (Articles 2, 3, 4 and 5 ECHR).

5. – The European Court of Human Rights [40] has consistently underlined that all criminal trials must be characterised by the implementation of the adversarial procedure and ensure equality of arms between prosecution and defense, since this "is one of the fundamental aspects of the right to a fair trial [41]. The right to an adversarial criminal trial implies, for the prosecution as for the defense, the power to take cognisance of the observations or evidence produced by the other party [42]. Article 6 par. 1 of the EDU Convention requires the defense authorities to supply all relevant evidence in their possession, whether at the expense of the defense [43].The right to disseminate relevant evidence is not absolute, as in a given criminal trial there may be competing interests such as national security or the need to protect witnesses who risk reprisals, or to keep

[39] The law cannot limit itself to conferring a power on a public subject without regulating at all the «operating rules» of a substantive and procedural nature, because it would be an arbitrary and uncontrollable power C. VALENTINI *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova, Cedam 2008, 73, D. CANALE, G. TUZET *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, Giappichelli, 2019, A. BARAK *La discrezionalità del giudice*, Milano, Giuffrè 1995, 64 ss.

[40] ECHR, Grand Chamber, 17.09.2009 *Scoppola c Italia*., ECHR, 13.06.2019, *Viola c. Italia.* ECHR, 14. 07. 2015, *Contrada c. Italia*, ECHR, 12.07.2013, *Allen c. Regno Unito,* ECHR, 04.03.2014, *Grande Stevens c. Italia.*

[41] E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa, in Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2003, F. TRAPELLA, *Equo processo e inutilizzabilità tra Codice e C.E.D.U.*, in *Arch. pen.*, 2020, 3, 761 ss. F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 609.

[42] M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, Giuffrè, 1992, p.166 ss., 199 ss. C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *www.archiviopenale.it.*

[43] M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 6 C.e.d.u.*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, Padova, Cedam 2001, 190. M. PISANI, *Il "processo penale europeo": problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 653.

secret the crime-seeking police methods which must be balanced against the rights of the accused [44]. Thus, in some cases it may be necessary to conceal some evidence from the defense in order to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, with respect to art. 6 par 1 ECHR are legitimate only measures that limit the rights of the defense that are absolutely necessary [45]. If a fair trial is to be granted to the accused, all difficulties caused to the defense by a restriction of his rights must be sufficiently compensated by the procedure before the judicial authorities [46]. It was, therefore, conclusively recognized that there was a right of the lawyer to acquaint himself with the acts which formed the basis both of the validation judgment and of the decision on the possible application of the protective measure against of the arrested or detained person [47]. If the exercise of this right has been prevented, the result will be a general nullity of an intermediate regime both of the interrogation and of the validation decision, which, moreover, must be deducted within the period provided for by art. 182, comma 2, cod. proc. pen. [48]. Moreover, the ECHR's jurisprudence [49] also leads to this conclusion, which, in interpreting article 6 of the EDU Convention laid down principles in which the national court, within the limits of the regulatory scope of State law, must, in the application of the relevant conditions, aim to frame, and to which it must standardize, the precepts to which it is called to apply, otherwise exposing the precepts themselves to the suspicion of unconstitutionality for contrast with international obligations (art. 117 Cost.)" [50]. Regarding the correct interpretation of the rule in question, the principle enshrined in art. 6, first paragraph, and third paragraph, lett. d), of the EDU Convention, according to which, in particular, every accused person has the right, inter alia, to question or have questioned witnesses against him: the principle which derives from the relevant European jurisprudence [51], "and that can well integrate the interpretative approaches in the matter of evaluation of evidence pursuant to art. 192 cod. proc. pen., is that according to which the accusation of the offended person, acquired outside the actual trial phase and in the absence of the present or future possibility of contesting the same means in contradiction with the defense, to support the accusatory implant must find comfort in further elements that the judge, with the due critical examination that is required by the rules of rite, individuals in emergencies of the case [52]. The national court has the obligation to give, if possible, to the do-

---

[44] P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, 3 ed., Bologna, Zanichelli, 2012.

[45] G. CENTAMORE, *L'applicazione dei principi dell'art. 6 C.E.D.U. in materia di riqualificazione giuridica del fatto: fra orientamenti tradizionali e "nuove" prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, M.L. DI BITONTO *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2007, 867.

[46] B. NASCIMBENE, *La centralità della persona e la tutela dei suoi diritti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 9 ss., P. GIANNITI, *I diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, Zanichelli, 2013; A. DI STASI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea con particolare riferimento alla Carta, in Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, Cedam 2014, 55 ss.

[47] M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

[48] F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè 2006.

[49] ECHR, 24.05.2011, *Konstas c. Grecia*, *ECHR* 30.06.2011, *Klouvi c. Francia*, ECHR, 11.12.2007, *Drassich c. Italia*, ECHR, 18.10.2006, *Hermi c. Italia*, ECHR 28.08.2018, *Vizgirda c. Slovenia*., ECHR, 24. 02. 2009, *Protopapa c. Turchia*, ECHR, 27.11.2018, *Soytemiz c. Turchia* ECHR 30.07.2019, *Urek c. Turchia*, ECHR, 17.10 2019, *Oddone e Pecci c. San Marino*.

[50] Y. SHANY, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford 2007; M. POJARES MADURO, *Courts and Pluralism, in Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, a cura di J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN, Cambridge 2009, 356 ss.

[51] ECHR, *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, ECHR., 25.07.2013, *Mirilashvili c. Russia*, ECHR., 19.02.2013, *Gani c. Spagna*, ECHR, 12.01.2017, *Batek e altri c. Repubblica Ceca,* ECHR, 03.05.2012, *Salikhov c. Russia,* ECHR, 29.06.2017 *Lorefice c. Italia.*

[52] N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, 653 ss.; A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, 700 ss.

mestic rules an interpretation in accordance with the precepts of the EDU Convention in the judicial exegesis institutionally attributed to the Court of Strasbourg by art. 32 of the Convention itself [53]. Consequently, it must be noted that an interpretation of art. 512 c.p.p. conventionally oriented leads to the conclusion that the principle of adversarial can be waived, in case there is an objective impossibility of formation of the test, with the clarification that a declaratory sentence cannot be based exclusively or significantly on statements of those who have evaded the confrontation with the accused [54].As regards the *ex officio* upgrading of the contested fact, It has been recognised that the guarantee of adversarial proceedings in respect of questions relating to the different legal classification of the fact must be concretely guaranteed to the accused from the substantive stage of the change in the imputation. The scope of art. 6, par. 3, lit. a) and b) of the EDU Convention imposes a broad concept of the contradictory principle, which is not limited to the formation of evidence, but which also projects its effects to the legal assessment of the fact. In essence, the accused must be able to discuss in a contradictory manner every profile of the accusation being made, including the legal classification of the alleged facts. The right to be informed of the accusation and, therefore, of the material facts against it and on which the accusation is based, implies the right of the accused to prepare his defense, so that if the judge has the opportunity to retrain the facts, the defendant must be guaranteed the possibility of exercising his right to a defense in a concrete and effective manner: this presupposes that he is informed, in good time, both of the prosecution and of the legal classification of the facts against him [55]. The jurisprudence of legitimacy [56] had already been able to affirm that the interpretation of art. 6 and the principle of fair trial accepted by the EDU Court, also in so far as it gives the defendant the right to be heard on the legal classification of the facts, is in line with the principle of fair trial outlined by art. 111, second paragraph, of the Constitution, excluding the need for an additive intervention of the Constitutional Court on art. 521, first paragraph, cod. proc. pen., in order to establish that the accused and the lawyer must and may be able to speak on the possibility of a different legal definition of the fact where it amounts to any adverse consequences for the accused so as to constitute a concrete interest in contesting its validity [57]. According to art. 521, first paragraph, cod. proc. pen. in accordance with the provisions of the EDU Court [58], the Court of Cassation, relying on art. 625-bis cod. proc. pen., revoked its previous judgment, which had given a different description to the fact without having allowed the defense the adversarial on the different imputation, ordering a new treatment of the appeal: the same principles must be applied, in so far as it is necessary to ensure that the accused can concretely speak, from the substantive point of view, on the different legal definition of the appropriate fact attributed to him [59]. The defendant was able to chal-

---

[53] S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, 1 ss.

[54] G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen*., 2005, 1091.

[55] C. LUZZATI, *Il contraddittorio penale oltre la distinzione tra regola e principio*, in *Cass. pen*., 2008, 1239, M. MANZIN, F. PUPPO, *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, Giuffrè, 2008. 85 ss.

[56] C. Cost, n. 32/2020, C. Cost., nn. 347 e 348 del 2007, Cass. pen., sez. un., n. 27620/2016, *Dasgupta*, Cass. pen., sez. un., n. 18620/ 2017 *Patalano*.

[57] S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale e diritti della persona*, in Dir. pen. cont., 2015, 1, 31.

[58] ECHR, Grand Chamber, 11.07.2006, *Jalloh c. Germania* ECHR, 24.01.2019, *Knox c. Italia*, ECHR, Grand Chamber, 07. 11. 2008, *Salduz c. Turchia*, ECHR, Grand Chamber, 12.05.2017, *Simeonov c. Bulgaria*,Corte E.D.U., Grand Chamber, 06.05.2003, *Perna c. Italia*, ECHR, Grand Chamber, 10.03.2009, *Bykov c. Russia*, ECHR Grand Chamber, 15.12.2015, ECHR Grand Chamber, 18.12.2018, *Murtazaliyeva c. Russia*.

[59] See G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2007, 1254 ss., M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, 239. G. HARPAZ, *The Eu-*

lenge for the first time the different legal classification of the fact with the appeal for cassation, thus losing a stage of merit [60].

6. – The right to be heard and defended, including legal questions relating to the classification of the event, must normally be guaranteed at the same stage as the change in the charge, whereas an appeal may not always have an effect equivalent to failure to hear the case. The guarantee of the adversarial procedure with regard to the different legal definition of the fact made by the judge must be considered assured in all cases in which the defendant has in any case had the opportunity to speak on the subject at one of the stages of the procedure. Art. 6 ECHR is clear regarding the breach of the right of defense by the lack of knowledge of the legal qualification given by the courts to the offence [61]. In view of the non-purely formal connotations that must characterize the right to be heard, it was also made clear that the judge of legality has the power to proceed *ex officio* with the legal reclassification of the fact, without the need to allow the defendant to speak on the point, when, in the action brought by the same, this possibility has been expressly taken into account, even if it is to support the difference between the disputed fact and the consequent violation of the obligation to transmit the documents to the public prosecutor. The principles of impartiality of the judge, enshrined in art. 111, second paragraph, of the Constitution, are essential corollary of the principles of «fair trial», and operate through the institution of incompatibility, in reference to the conduct of evaluation and decision-making activities in the context of the same criminal proceedings: if the prejudice which it assumes prejudicial to the impartiality of the judge results from activities carried out by him outside the judgment in which he is called to decide, the different institutions of abstention and objection may apply, They, too, are concerned with safeguarding the role of the judge. In fact the jurisprudence of the ECHR [62] limits the applicability of art. 6 of the Convention to judgments on criminal charges only, with the exclusion of incidental proceedings or sub-proceedings and, as regards art. 111 of the Constitution, it is observed that it transposes in substance the precepts of art 6 that it is the legislator's absolute discretion to choose different forms and levels of adversarial procedure, since the right of defense is always guaranteed. There is therefore a problem of balancing principles, there is a meta-principle of Italian constitutional law "no principle is worth so much as to cancel out the others" (a principle which has been put to the test in turn by the questioned by the epidemic situation caused by Covid-19), but at this stage it isn't possible enunciate a formula of composition of the conflict. The way to go is still far.

---

ropean Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy, in *Common Market Law Review*, 2009, 105 ss.

[60] S. FURFARO, *I procedimenti nel processo penale (Concetti, collegamenti, classificazioni)*, Pisa, Pisa University Press, 2018, 29 ss.

[61] P. MAHONEY, *Right to a fair trial in criminal matters under Article 6 ECHR*, in *Judicial Studies Institute Journal* 4, no. 2 (2004): 107-129; P. LEMMENS, *The right to a fair trial and its multiple manifestations. Article 6 (1) ECHR,* (2013): 294-314; B. MORTEN, N. FENGER. *Preliminary References to the Court of Justice of the EU and the Right to a Fair Trial under Article 6 ECHR*, in *European Law Review* 41, no. 4.

[62] ECHR 12 04 2014, *Natsvlishvili e Togonidze v. Georgia* ECHR 27 11 2007 *Popovici c. Moldavia*, ECHR 21 09 2010 *Marcos Barrios c. Spagna*, n. 17122/07, ECHR 05 07 2011 *Dan c. Moldavia,* ECHR 05 07 2016 *Lazu c. Repubblica di Moldavia*, ECHR 04 06 2013 *Hanu c. Romania*, ECHR 28 02 2017, *Manoli c. Repubblica di Moldavia.*

JUS CIVILE

CASS., SEZ. II, 24 MAGGIO 2021, N. 14105

La valenza funzionale e dell'assegnazione e del conguaglio, ancorché e l'una e l'altro occasionati dalla *potestas* del giudice di costituire, nei casi di legge, rapporti giuridici, è tale senza dubbio da giustificare la sottrazione e dell'una e dell'altro e dunque della loro relazione all'area delle contrattazioni sinallagmatiche commutative, evidentemente *inter vivos*, ed è tale senza dubbio da giustificare la riconduzione del loro "titolo", del loro momento genetico comunque all'ambito delle vicende successorie *mortis causa* che hanno dato origine alla comunione ereditaria.

GIANFRANCO ORLANDO

Ricercatore senior di Diritto privato – Università degli Studi di Siena

DIVISIONE EREDITARIA CON CONGUAGLIO E COMUNIONE LEGALE: GLI EQUIVOCI DI CASS., 24 MAGGIO 2021, N. 14105

SOMMARIO: *1. Lo spaesamento provocato dalla sentenza in esame. – 2. La riesumazione dell'effetto "dichiarativo-retroattivo" della divisione ereditaria. – 3. Il conguaglio divisionale e la ratio della lett. b) dell'art. 179, comma 1, cod. civ. – 4. Considerazioni conclusive.*

1. – L'indicazione che proviene dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 14105 del 24 maggio 2021 è chiara: il bene assegnato in virtù di una divisione ereditaria, perfezionata in costanza del regime di comunione legale, costituisce, anche nel caso in cui l'assegnatario si obblighi al pagamento di un conguaglio, un acquisto per successione da ricondurre alla lett. b) del comma 1 dell'art. 179 cod. civ. [1]. Altrettanto nitido è l'argomento posto alla base della decisione: l'implicita – ma evidente – recezione del tradizionale dibattito sulla causa della divisione impedisce di riconoscere uno scambio *inter vivos* tra assegnazione e conguaglio [2] – quest'ultimo, infatti, non è un corrispettivo, ma uno strumento di perequazione della differenza tra il valore della quota e il valore dei beni assegnati – per cui si giustifica «...la riconduzione del loro "titolo", del loro momento genetico comunque all'ambito delle vicende successorie *mortis causa* che hanno dato origine alla comunione ereditaria» [3].

[1] L'interrogativo posto dall'esistenza di conguagli circa l'inclusione, o meno, del bene assegnato nel regime di comunione legale dei beni del condividente costituisce un tema classico del diritto civile, come ben osserva A. FUSARO, *Divisione e regime della comunione legale dei beni*, in *Contratto di divisione e autonomia privata*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Milano, 2008, 113.

[2] Com'è noto, l'emancipazione della divisione dallo schema dello scambio (in particolare da quello della permuta) si deve soprattutto a G. DEIANA, *Concetto e natura del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, 15 ss.

[3] Il testo è citato dalla sentenza in commento.

Sul piano della regola sancita, si direbbe che la decisione sia senz'altro da accogliere, anche nella parte in cui riconosce la provenienza successoria del bene assegnato. Si direbbe, anzi, che sotto quest'ultimo profilo essa rappresenta un passo avanti rispetto all'ultima decisione adottata in materia dalle Sezioni Unite [4], le quali avevano, invece, escluso questa possibilità sulla base di una articolata ricostruzione, peraltro in buona parte condivisibile (sul punto si tornerà più avanti). Resta, nondimeno, il fatto – che costituisce il primo dato degno di nota – di due decisioni diametralmente opposte su un aspetto di rilievo non secondario soprattutto per i suoi risvolti applicativi [5]: la natura successoria o *inter vivos* dell'acquisto per divisione ereditaria. Certo, la giurisprudenza non è nuova ad andirivieni, in particolare in materia di divisione ereditaria; ma non può sottacersi il peculiare effetto spiazzante provocato dalla sentenza in esame, che è dato, nello specifico, dal fatto che la riconduzione dell'acquisto divisionale alla successione avviene al prezzo di tutta una serie di affermazioni la cui equivocità era stata analiticamente svelata proprio dalla citata sentenza a Sezioni Unite. Non è escluso, per altro verso, che proprio tali equivoci abbiano offuscato la possibilità di cogliere la posta che viene effettivamente in gioco quando si tratta di coordinare la natura successoria dell'assegno divisionale con la disciplina della comunione legale dei beni. Per comprendere le ragioni di quanto detto, focalizziamo l'attenzione sui principali passaggi della sentenza.

2. – Il primo snodo argomentativo di rilievo della motivazione della sentenza riguarda un passaggio che, per la verità, nell'economia del discorso giudiziale sembra assumere il ruolo dell'*argumentum ad adiuvandum*; vale la pena, però, occuparsene autonomamente perché segnala un tratto decisivo del ragionamento svolto dalla Corte. Ci si riferisce, in particolare, alla parte in cui, per sostenere la decisione, viene

[4] Il riferimento è a Cass., sez. un., 07 ottobre 2019, n. 25021 annotata da C. ROMANO, *Natura giuridica della divisione ereditaria: la posizione delle Sezioni Unite*, in *Notariato*, 6, 2019, 665 ss.; F.M. BAVA, *La divisione ereditaria quale atto* inter vivos *avente natura costitutiva*, in *Contratti*, 6, 2019, 615 ss.; C. CICERO, A. LEUZZI, *Quando la divisione ereditaria di immobili equivale a una vendita. Osservazioni a margine di una sentenza-trattato*, in *Riv. not.*, 2019, 1262 ss.; G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2020, 13 ss.; ID., *Divisione ereditaria ed efficacia costitutiva: la fine del dogma della dichiaratività*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 3, 2020, 702 ss.; L. BACCAGLINI, *Comunione ereditaria, immobile abusivo e domanda di divisione proposta dal curatore: via libera dalle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 4, 2020, 493 ss.; C. BONA, *1538-2019: si chiude la parentesi sulla «dichiarativitià» della divisione?*, in *Foro it.*, 3, I, 2020, 995 ss.; M. CARPINELLI, *Lo scioglimento della comunione avente ad oggetto beni immobili abusivi: estensione della nullità alle divisioni ereditarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, I, 2020, 507 ss.; S. BOSA, *Divisione ereditaria e nullità urbanistiche: questioni qualificatorie e processuali*, in *Giur.it.*, 5, 2020, 1070 ss.; G. ORLANDO, *Nullità urbanistiche e divisione ereditaria: l'equivoco delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 12, 2020, 2648 ss.; V. CELLI, *Efficacia e struttura della divisione. Precisazioni teoriche e conseguenze applicative*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 1 dicembre 2020, 1279 ss.; CONS. NAZ. NOTARIATO, Studio n. 28-2021/C (est. R. QUADRI), *Spunti di riflessione sulla natura della divisione ereditaria (anche alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite n. 25021/2019),* approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 30 marzo 2021, reperibile *on line* al seguente indirizzo (verificato il 14 ottobre 2021): *www.notariato.it/sites/default/files/28-2021-C.pdf;* R. D'ALESSIO, *«Un dogma privo di solide fondamenta». L'efficacia retroattiva della divisione tra ritorno all'antico e prospettive attuali*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, XIII, 2020, reperibile *on line* al seguente indirizzo (verificato il 14 ottobre 2021): *www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2020/contributi/2020_Contributi_D'Alessio.pdf.*

[5] Molti dei commenti alla citata sentenza delle Sez. Un. non hanno mancato di rilevare i riflessi applicativi che la stessa avrebbe avuto sulla disciplina degli acquisiti in regime di comunione legale: v. G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, cit., 42 secondo cui l'esclusione del bene assegnato è collegato alla mancanza di un *"*acquisto*"* inteso come incremento economico-patrimoniale; C. ROMANO, *op. cit.*, 674, secondo cui l'esclusione del bene assegnato dal regime di comunione legale (a prescindere dall'intervento in atto del coniuge) è collegato al fatto che il trasferimento è finalizzato a *"*comporre*"* la quota, ragion per cui il bene assegnato al condividente non può che condividere la natura personale della quota stessa, con un effetto *lato sensu* surrogatorio; F. BAVA, *op. cit.*, 623, osserva che l'adesione alla tesi secondo cui la divisione ereditaria produce effetti *"*costitutivi*"* evita la caduta dei beni assegnati in comunione legale come autonomo acquisto in virtù dell'efficacia retroattiva di cui all'art. 757 cod. civ. e per l'assenza di un incremento patrimoniale; v. S. BOSA, *op. cit.*, 1077.

richiamato l'orientamento giurisprudenziale che, nel sancire la distanza tra la divisione e gli schemi commutativi, osserva che: «… da un lato, l'adempimento dell'obbligo del conguaglio non costituisce condizione di efficacia della sentenza di divisione, i cui effetti "dichiarativi – retroattivi" permangono impregiudicati nonostante l'inadempimento dell'obbligo (cfr. Cass. 23.1.2017, n. 1656; Cass. 24.10.2006, n. 22833); dall'altro, […] lo scioglimento della comunione ereditaria con assegnazione di un bene ad un condividente non è qualificabile come atto di alienazione (cfr. Cass. 7.11.2017, n. 26351)». Così ragionando, la giustificazione della saldatura tra l'acquisto del bene assegnato e l'apertura della successione passa dalla riesumazione della natura "dichiarativa" dell'effetto divisorio, che era stata abbandonata dalle Sezioni Unite poco più di un paio d'anni prima.

Compiendo questo passo, la sentenza ora in esame replica un copione diffuso nelle trattazioni in materia: la chiamata in causa della "dichiaratività" degli effetti della divisione è il modo tradizionale di giustificare la riconduzione dell'acquisto del bene assegnato al momento dell'apertura della successione, anche nel caso in cui occorre ricorrere a conguagli [6]; e ciò, evidentemente, è dovuto anche alla difficoltà di riconoscere che un acquisto "successorio" possa essere collegato ad un effetto che, secondo la definizione delle Sez. Unite, dovrebbe essere "costitutivo-traslativo".

Beninteso, della sentenza in esame persuade la ricostruzione in termini successori della vicenda che origina l'acquisto [7]. Ma se l'intenzione alla base della stessa era superare il (presunto) ostacolo frapposto dalla "costitutività" dell'effetto a questa possibilità, allora è incappata in un equivoco. Contrariamente a quanto sovente si ripete, infatti, la ''retroattività'' è latrice di un effetto ''costituivo'' (non dichiarativo): nella parte in cui la metafora impone all'interprete di assumere una realtà giuridica diversa da quella che ci sarebbe stata in sua assenza, è evidente che l'innovazione della realtà giuridica ad essa collegata è molto più incisiva di quello che si suole ritenere comunemente; in particolare, la costitutività della divisione non discende solo dalla (indubitabile) innovazione delle situazioni giuridiche soggettive relative ai beni [8], ma

[6] Non si dubita più, oggi, sul fatto che la presenza di conguagli non sia idonea a contaminare la natura divisoria dell'operazione: G. MIRABELLI, voce *Divisione (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1957, 34; A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*[2], in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961, 386; G. GAZZARA, voce *Divisione della cosa comune*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 420; G. BONILINI, voce *Divisione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino 1990, 484; con specifico riferimento alla retroattività reale e assoluta dell'art. 757 cod. civ. v. E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, Napoli, 1990, 142 ss., 147; con specifico riferimento al nostro tema, v. A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge 19 maggio 1975, n. 151. Legislazione – Dottrina – Giurisprudenza*, I, Artt. 1-89, Milano, 1984, 877, secondo cui i conguagli non fanno venire meno il carattere dichiarativo della divisione (il conguaglio non determina il trasferimento del bene da un coerede all'altro) onde è da ritenere che il bene non cada in comunione; G. SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, IV, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1989, 268 s.; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, II, 2° ed. curato da S. DE PAOLA, Milano, 2002, 440 s. ove afferma che: «la natura divisoria dell'operazione non muta con l'ingresso di somme di denaro estranee della comunione e non si esce dal campo della divisione anche nell'ipotesi in cui uno dei condividenti riceva tutti i beni in natura e gli altri solo conguagli in denaro dal primo» (negli stessi termini v. Cass. 31 maggio 2006, n. 13009, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5).

[7] L'argomento è speso anche al punto 12 della motivazione, ove si afferma che: «...il principio della natura dichiarativa della sentenza di divisione opera esclusivamente in riferimento all'effetto distributivo (sicché ciascun condividente è considerato titolare, sin dal momento dell'apertura della successione, dei soli beni concretamente assegnatigli, a condizione, appunto, che si abbia una distribuzione dei beni comuni tra i condividenti e le porzioni a ciascuno attribuite siano proporzionali alle rispettive quote) e viceversa non opera, sicché la sentenza produce effetti costitutivi, quando ad un condividente sono assegnati beni in eccedenza rispetto alla sua quota, in quanto rientranti nella quota altrui (cfr. Cass. 24 luglio 2000, n. 9659; Cass. 29 aprile 2003, n. 6653)».

[8] Osservando le trasformazioni delle situazioni giuridiche dal punto di vista analitico – se fosse possibile non considerare la retroattività (v. *infra* nt. 12) – la divisione dovrebbe comportare sia una modifica soggettiva (con il passaggio da una pluralità di titolari ad un solo titolare), sia una modifica oggettiva (con il passaggio da una situazione di titolarità *in quota* su uno o più beni ad una titolarità piena sul bene o i beni assegnati).

soprattutto dall'obbligo di orientare le condotte *come se* la stessa divisione *non esistesse* [9].

Dunque, non solo la divisione ha affetti costitutivi, ma è proprio la retroattività a confermare questa natura [10]. Ci si avvede, allora, che la riedizione della natura "dichiarativa" dell'effetto divisorio costituisce un passo indietro, tanto più dannoso perché (ri-)veicola nel discorso giuridico formule ormai superate, senza che ce ne fosse alcun bisogno [11].

L'operazione compiuta dalla Corte ha forse una sua spiegazione, che trova verosimilmente la sua origine proprio nel suo autorevole precedente giudiziale: anche in quella sentenza, in sostanza, non si sono oltrepassati i limiti dell'impostazione tradizionale del problema, secondo cui la negazione della "dichiaratività" dell'effetto divisorio implica la negazione della "retroattività": non è un caso, infatti, se larga parte della motivazione di quella decisione sia stata dedicata proprio alla demolizione della retroattività [12], che ha comportato, di riflesso, l'introduzione dell'ambigua idea di un effetto divisorio «assimilabile» all'effetto traslativo, disconoscendo così l'autentico precipitato normativo che il sistema legale assegna alla metafora [13]. Ciò non poteva che creare dei moti di rigetto, come quello della sentenza in esame, nella quale le Sezioni Unite sono – forse non a caso – del tutto ignorate. E ciò avviene per una ragione precisa: la retroattività sancita dall'art. 757 cod. civ. – che costituisce il frutto di una lunga tradizione, risalente almeno dal periodo intermedio [14], giunta poi al Codice napoleonico e da lì al Codice del '42 – istituzionalizza, per il medio di una metafora temporale, il principio per cui occorre garantire – per quanto più è possibile – al coerede lo stesso trattamento

---

[9] In questo senso non si tratta (nemmeno) di un effetto dichiarativo, ma di un effetto che occorre considerare *inesistente*: v. *infra* nt. 12.

[10] Per ulteriori ragguagli e riferimenti bibliografici v. G. ORLANDO, *op. cit.*, 2650 s.

[11] Ci sarebbe, per la verità, anche un altro aspetto da sottolineare: a differenza di quanto affermato dalla Corte nella sentenza in esame, la retroattività (sancita dall'art. 757 cod. civ.) è testualmente riservata ai soli beni *"*ereditari*"*, tra i quali non è possibile ricomprendere i conguagli, rispetto ai quali occorre, dunque, senz'altro riconoscere una vicenda traslativa in senso tecnico: su questo aspetto si tornerà più avanti.

[12] È vero che nella stessa sentenza si osserva (punto 5.3.1) che la retroattività «…si accompagna, per sua natura, all'efficacia costitutiva» e che «…l'efficacia retroattiva di un negozio si coniuga, per sua natura, col carattere costitutivo, traslativo». Ma anche tali affermazioni mostrano la mancata comprensione della "profondità costitutiva" – se così si può dire – dell'effetto retroattivo, posto che esso non si "accompagna" (è un effetto costitutivo) né "si coniuga" necessariamente ad uno specifico "sottotipo" di effetto (sia esso costitutivo, modificativo o estintivo), ma semmai determina o si declina in peculiari sottotipi di effetti, anche combinati in vario modo a seconda della situazione presupposta (il quadro teorico generale di riferimento, in particolare per la distinzione tra tipi e sottotipi di effetti, è quello delineato da A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, che si cita da ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 146 ss.). Detto altrimenti, la retroattività non si esprime in uno unico e invariabile sottotipo di effetto *"*costitutivo*"* (o, come sarebbe meglio dire per evitare confusioni, "innovativo"): la risoluzione retroattiva di un effetto traslativo, ad esempio, determina effetti estintivi-costitutivi (v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, rist. Napoli, 1999, 237); diversamente, la retroattività della divisione ereditaria costituisce una *"*continuità*"* tra *de cuius* ed erede, la quale impone di reputare che la divisione *non esiste* come autonomo titolo di acquisto (da ritrovare, invece, unicamente nella successione), e ciò per la precisa prescrizione sancita dall'art. 757 cod. civ., in assenza della quale occorrerebbe riconoscere ben più complesse modifiche soggettive e oggettive (v. *retro* nt. 8). In questo senso la retroattività produce senz'altro un effetto di "tipo" innovativo e, sul piano più analitico, diversi "sottotipi" di effetti innovativi, anche variamente combinati tra loro (cfr. A. FALZEA, *op. ul. cit*., 235 s.).

[13] Mostra comprensibili perplessità su questi passaggi della sentenza a Sez. Unite, V. CELLI, *Efficacia e struttura della divisione*, cit., § 3, la quale osserva, inoltre, che: «… laddove si riconoscesse un'efficacia traslativa della divisione, questa al pari della vendita ricadrebbe nell'àmbito applicativo dell'art. 179, lett. *f*) cod. civ. ai sensi del quale sono personali "i beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali sopraelencati o con il loro scambio, purché ciò sia espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto" e, qualora si tratti di beni immobili o mobili registrati, purché la dichiarazione del coniuge acquirente sia "confermata" da un'autonoma dichiarazione del coniuge non acquirente. Ne deriva che, ove tale disposizione non fosse correttamente applicata, i beni assegnati al coniuge condividente ricadrebbero in comunione legale immediata».

[14] Per l'idea che la retrodatazione dell'effetto della divisione costituisce espressione di una risalente «regola tipicamente latina» v. i riferimenti in R. D'ALESSIO, *op. cit.*, 11.

che l'ordinamento riconosce all'erede "solitario" fin dall'apertura della successione, azzerando – o ridimensionando – eventuali "ostacoli" o "limiti" giustificati dal titolo divisorio: ecco, allora, che per raggiungere questo obiettivo la legge impone di fingere che la comunione non ci sia mai stata, ponendo quella saldatura tra l'esito divisionale e la vicenda successoria che viene tradizionalmente resa con l'immagine della "continuità" tra la posizione del *de cuius* e quella dell'erede.

La riesumazione giudiziale – purtroppo prevedibile – dell'effetto dichiarativo trova, quindi, la sua spiegazione (non giustificazione): non perché si tratti di una descrizione dogmaticamente corretta (non lo è), ma perché si ritiene (erroneamente) che il suo rifiuto incrinerebbe l'irrinunciabile assetto assiologico positivizzato dall'art. 757 cod. civ. Decisamente più lineare sarebbe, invece, una descrizione in cui la retroattività viene intesa quale effetto costitutivo e, *proprio per questo*, capace di realizzare l'intento normativo di azzerare (o ridimensionare) le differenze che si possono porre tra "coerede" ed "erede solitario".

3. – Il secondo (e principale) passaggio argomentativo della sentenza in commento investe il peculiare modo con cui la disciplina della divisione ereditaria civile viene combinata con la disciplina sulla comunione legale dei beni [15]. Come accennato all'inizio, sul punto la motivazione giudiziale fa leva, unicamente, sull'idea che il legame tra assegnazione e conguaglio sia irriducibile allo schema dello scambio [16]. Il convincimento alla base di questa scelta è che, esclusa la possibilità di configurare tra conguaglio e assegnazione un nesso in termini corrispettivi – che veniva, al contrario, in qualche modo prospettato da una datata giurisprudenza [17] e nello stesso ricorso in Cassazione [18] – occorra altresì escludere la possibilità di riconoscere un "ac-

[15] In generale, sull'art. 179, comma 1, lett. b), cod. civ. v. (senza pretese di esaustività) P. SCHLESINGER, in AA.VV., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 1, *Artt. 1-89*, curato da L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI, Padova, 1977, 396 ss.; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in generale. La comunione legale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo e cont. L. Mengoni, VI, I, 1, Milano, 1979, 98 ss.; G. CIAN e A. VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 354 s.; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 991 ss.; G. SANTARCANGELO, *op. cit.*, 171 ss.; L. BARBIERA, *La comunione legale*, Bari, 1997, 87 ss.; G. GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, 341 s.; E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali. Artt. 177-179*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, 157, 181 ss.; C. GRANELLI, *Donazione e rapporto coniugale*, in *Giur. it*., 2002, 1323 s.; A. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, *Art. 159-230*, in *Comm. Cod. Civile Scialoja-Branca*, curato da F. GALGANO, Bologna-Roma, 2003, 276 ss.; C. RADICE, *I beni personali*, in *Il diritto di famiglia*, II, *Il Regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato* diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, cont. G. Bonilini, Milano-Torino, 2007[2], 145 s.; G. A BECCARA, *I beni personali*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia,* diretto da P. Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*[2], curato da F. ANELLI, M. SESTA, Milano, 2012, 221 ss.; F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, 89; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, cit., 548 ss.; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2003, 100; U.A. SALANITRO, *Comunione legale tra i coniugi e acquisti per donazione o successione*, in *Familia*, 2003, I, 369 ss.; G. OBERTO, *La comunione legale dei coniug*i, I, *Storia, natura,* ratio *e oggetto. Comunione* de residuo *e beni personali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato P. Schlesinger, Milano, 2010, 949 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*[8], Torino, 2018, 148; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*[5], Torino, 2020, 112 ss.

[16] L'esclusione è ben mostrata dal punto 12 della motivazione, ove si afferma che: «...la sentenza che, nel disporre la divisione della comunione, pone a carico di uno dei condividenti l'obbligo di pagamento di un somma di denaro a titolo di conguaglio, persegue il mero effetto di perequazione del valore delle rispettive quote, nell'ambito dell'attuazione del diritto potestativo delle parti allo scioglimento della comunione»; cfr. Cass. 23 gennaio 2017, n. 1656; Cass. 24 ottobre 2006, n. 22833.

[17] Secondo, ad esempio, Cass. 11 ottobre 1956, n. 3532, in *Foro it.*, *Rep.* 1956, voce *Divisione*, 31, il conguaglio ha carattere dichiarativo solo nella divisione giudiziale, mentre ha carattere traslativo nella divisione amichevole e nella permuta; cfr. Cass. 24 luglio 2000, n. 9659 in *Mass. giur. it.*, 2000.

[18] Nel caso di specie, infatti, i ricorrenti si richiamavano all'orientamento giurisprudenziale (v. nt. precedente) secondo cui la sentenza di divisione ha natura costitutiva quando ad un condividente sono assegnati beni in eccedenza rispetto alla sua quota, siccome

quisto" da ricondurre, almeno per la parte di valore corrispondente al conguaglio, alla lett. a) dell'art. 179 cod. civ.

Il fatto è che la – di per sé corretta – ricostruzione causale della fattispecie non esaurisce le questioni che vengono in gioco nella fattispecie. Ce lo segnala un passaggio apparentemente marginale della motivazione in cui, con un cenno privo di particolari approfondimenti, viene affrontata la questione relativa alla "provenienza" del denaro utilizzato per il pagamento del conguaglio: la Corte afferma, infatti, che l'esclusione del bene dal regime della comunione vale «…pur ad ammettere che il conguaglio sia "stato corrisposto interamente dal sig. C.G. [coniuge dell'assegnataria, *nda*], all'epoca unica fonte di reddito della famiglia"». Eppure, che la "provenienza" del conguaglio costituisca (sempre) un fatto irrilevante per il coniuge del condividente assegnatario è un dato quantomeno dubbio. L'origine delle risorse che compongono il conguaglio è, forse, indifferente nell'ipotesi in cui si tratti, ad esempio, di denaro "personale". Ma se non è così – se, cioè, gli sforzi economici necessari per il pagamento del conguaglio sono sopportati, direttamente o indirettamente, anche dall'altro coniuge – è impossibile, fermandosi di fronte alla fattispecie, non sentire risuonare le discussioni che hanno tradizionalmente connotato la ricerca della *ratio* della disciplina della comunione legale dei beni, ormai da tempo rintracciata nell'esigenza di non svalutare il contributo – sovente materiale (mediante, ad esempio, l'incentivo al risparmio comune) oltre che morale (mediante, ad esempio, il sostegno psicologico dell'attività del coniuge) – che il coniuge normalmente presta nella formazione del patrimonio dell'altro [19].

Il che induce a formulare almeno due considerazioni. La prima è che, nello svolgimento dell'argomentazione, la Corte avrebbe forse dovuto prestare una più prudente considerazione degli interessi coinvolti nel caso, senza liquidare la questione nei termini sbrigativi di cui s'è detto. La seconda – e più rilevante – è che, a ben vedere, il fatto che la causa del contratto sia sinallagmatica o distributiva rileva poco sotto il profilo dell'esistenza, o meno, di un contributo solidale del coniuge nel reperimento delle risorse necessarie per il pagamento del conguaglio: quest'ultimo, infatti, è evidentemente un profilo esterno (antecedente) al contratto (e alla sua causa). Detto altrimenti, l'esigenza di tutela del coniuge dell'assegnatario sottesa alla disciplina della comunione legale non è in alcun modo toccata dall'impronta distributiva che connota il rapporto tra assegnazione e conguaglio. Al contrario essa è ben riconoscibile nella peculiare "origine" delle risorse cui l'assegnatario fa ricorso per pagare il conguaglio; origine che è evidentemente estranea al ruolo che la causa del contratto proietta sul conguaglio. Diversamente da quanto la Corte lascia intendere, si tratta di aspetti che si muovono su piani diversi. Se si vuole, la questione non è tanto se il conguaglio sia idoneo a ricondurre l'operazione nello schema dello scambio, quanto piuttosto comprendere qual è la ragione per cui il contributo del coniuge dell'assegnatario nella formazione del conguaglio non venga preso in alcun modo in considerazione (a prescindere da qual è la causa per la quale viene trasferito alla controparte contrattuale).

Per altro verso, giova sottolineare – riprendendo le considerazioni svolte nel precedente paragrafo – che contro l'ingresso *pro quota* del bene nel regime della comunione legale non si può invocare – come sembra

---

rientranti nella quota altrui. Deducevano, quindi, che, qualora il condividente riceva una quota eccedente il suo diritto ereditario, l'attribuzione è riflesso di un atto traslativo *inter vivos*.

[19] A. e M. Finocchiaro, *Riforma del diritto di famiglia. Commento teorico pratico alla legge 19 maggio 1975, n. 151*, I, Art. 1-89, Milano, 1975, 526; P. Schlesinger, *sub* art. 179 cod. civ., in AA.VV., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, cit., 397; F. Santosuosso, *Beni ed attività economica della famiglia*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fond. W. Bigiavi, Torino, 2002[2], 163; M.R. Morelli, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1996, 104; M. Dogliotti, *L'oggetto della comunione legale tra coniugi: beni in comunione* de residuo *e beni personali*, in *Fam. e dir.*, 4, 1996, 387; M. Fortino, *Diritto di famiglia. I valori, i princìpi, le regole*, Milano, 1997, 230.

pensare la Cassazione – la retroattività sancita dall'art. 757 cod. civ.: perché se è vero, come s'è detto, che lo scopo della retroattività della divisione ereditaria è parificare, quanto più è possibile, la situazione del condividente a quella dell'erede solitario fin dall'apertura della successione, è evidente che la sua invocazione per risolvere un conflitto (suscitato dal modo di formazione del conguaglio) che si è creato in virtù di fatti successivi al momento in cui si fa risalire l'effetto (l'apertura della successione) appare del tutto fuori luogo. Detto altrimenti, l'uso, per la formazione del conguaglio, di risorse che non sono ereditarie determina una situazione oggettivamente diversa da quella in cui si trova chi succede "solitariamente", ragion per cui l'impiego della regola della retroattività per la soluzione di questo aspetto si rivelerebbe, a ben vedere, estraneo rispetto alla ragione per la quale è stata prevista dalla legge.

D'altro canto, a favore dell'ingresso *pro parte* del bene in comunione legale si osserva che l'art. 34, comma 1, del d.P.R. n. 131 del 26 aprile 1986 è sì una disposizione destinata ad operare esclusivamente in ambito tributario, ma è altresì lì a testimoniare, con la specifica equiparazione tributaria alla "vendita" del rapporto che interessa l'eccedenza tra il valore beni assegnati rispetto al valore spettante sulla massa comune, l'origine "non ereditaria" del conguaglio e, dunque, la traccia di possibili sacrifici coniugali per la sua formazione.

È appena il caso di sottolineare, poi, che per la fattispecie in esame non è possibile replicare il ragionamento, di stampo funzionale, che talvolta si fa per giustificare l'esclusione dalla comunione legale del conguaglio nella sfera del condividente che lo *riceve*: in questa fattispecie, infatti, l'attribuzione del conguaglio è effettivamente strumentale al disegno distributivo tipico della divisione, onde è evidente che viene a porsi come una sorta di *surrogato* dell'attribuzione dei beni ereditari da assegnare [20], che giustifica l'esclusione dello stesso dalla comunione legale. Nessuna "mera surrogazione" è, però, possibile riconoscere nell'acquisto dell'assegnatario che, essendo obbligato a *pagare* il conguaglio, ricorre ai risparmi "familiari"; al contrario, se il contributo del

[20] V. C. Romano, *op. cit.*, 674. È forse utile segnalare che se la tesi *"funzionale"*, esposta nel testo, non venisse accolta e, al contempo, si condividesse – con la sentenza in commento – l'esclusione totale dalla comunione legale del bene assegnato in divisione anche in presenza di conguagli, il quadro complessivo della disciplina che ne verrebbe fuori alquanto sarebbe disarmonico (per non dire paradossale e ingiusto). Si consideri, innanzitutto, che i conguagli (se intesi in senso tecnico) non possono essere annoverati tra le *cose comuni pervenute dalla successione*: com'è noto, infatti, il denaro ereditario non può essere utilizzato come conguaglio (*contra* A. Cicu, *Successioni per causa di morte*, cit., 386), ma entra a far parte delle singole porzioni al pari degli altri beni comuni (per cui se l'uguaglianza delle porzioni viene raggiunta mediante la distribuzione di denaro presente nella massa ereditaria, non si si tratta di perequazioni realizzate mediante conguaglio, ma di semplici apporzionamenti). Orbene, la conseguenza logica di ciò è che se il conguaglio, per essere tale, deve essere formato con risorse reperite al di fuori della massa da dividere (deve essere cioè composto da risorse *"non ereditarie"*) esso, in quanto per definizione estraneo alla successione richiesta dalla lett. b) dell'art. 179 cod. civ., dovrebbe entrare a far parte nel regime di comunione legale dell'assegnatario che lo riceve. Di qui la paradossalità della situazione: infatti, l'assegnatario che riceve il conguaglio vedrebbe lo stesso incluso nel regime di comunione legale nonostante si tratti di una mera traduzione monetaria di un *"bene ereditario"* rispetto al quale, quindi, non si vede quale sia la ragione di un trattamento differenziato (visto tra l'altro che, dal punto di vista economico, l'assegnazione divisionale non comporta, per definizione, un vero incremento patrimoniale); all'opposto, l'assegnatario che è tenuto al pagamento del conguaglio vedrebbe il bene assegnato in ogni caso escluso dalla comunione legale nonostante l'assegnazione comporti il ricorso a risorse "non ereditarie" alla cui formazione, in ipotesi, il coniuge ha contribuito (probabilmente è anche per superare questa paradossalità che una parte della dottrina sostiene la caduta in comunione della quota del bene corrispondente al valore del conguaglio: v., per un'ipotesi analoga, P. De Marchi, *La posizione dell'acquirente nelle operazioni immobiliari alla luce del nuovo regime tra coniugi*, in *Diritto di famiglia – Società – Contrattazione immobiliare*, Milano, 1978, 68).

Si segnala, inoltre, che secondo una linea interpretativa, il denaro ricevuto a titolo di conguaglio non entrerebbe a far parte della comunione legale in quanto «…essendo *"frutto"* di un bene personale, manterrà tale qualifica: naturalmente, a condizione che sia resa la dichiarazione di cui all'art. 179 lett. f).»: A. Di Sapio, *Atti di assegnazione di beni di s.r.l. e socio, in comunione legale, titolare di una quota personale: ...istruzioni autentiche per un illecito*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 1996, 813; analogamente (in riferimento al conguaglio derivante da permuta di un bene personale da ricondurre all'art. 179, lett. f, cod. civ.) v. anche P. De Marchi, *op. cit.*, 68; G. Santarcangelo, *op. cit.*, 190 s.

coniuge non venisse considerato, si verrebbe a realizzare, in capo all'assegnatario, un vero e proprio incremento patrimoniale: egli, infatti, riceve un bene che ha un valore maggiore rispetto a quello che gli spetterebbe secondo la misura indicata dalla quota, e tale differenza viene compensata con risorse che non sono "solo" sue. Da qui proviene il dubbio che si possa determinare un "acquisto", che spiega d'altronde perché una parte della prassi notarile trovi che i rapporti siano più stabili e certi se il coniuge interviene nell'atto e rende, ove ne ricorrano i presupposti, la dichiarazione di cui all'art. 179, comma 1, lett. f), cod. civ.

La verità è che se si assume – come fin qui si è fatto – che la *ratio* dell'esclusione dal regime della comunione legale dei beni di cui alla lett. *b*) dell'art. 179 cod. civ. riposa nel fatto che il coniuge dell'assegnatario non dà alcun contributo alla creazione dell'acquisto per successione [21], è necessario pensare, per semplice simmetria, che quando il coniuge dell'assegnatario sopporta il sacrificio del conguaglio – e, dunque, presta quel contributo – il bene entri, per la parte corrispondente, nel regime di comunione legale dei beni [22].

Specularmente, qualora si volesse scorgere una razionalità nella soluzione adottata dalla sentenza in commento, occorrerebbe quantomeno accedere ad una ricostruzione normativa diversa da quella esposta nella medesima, a cominciare innanzitutto dalla lettura della lett. b) dell'art. 179 cod. civ. [23]. In questo senso, in

---

[21] La questione si poneva già in riferimento al codice previgente: v. L. Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, IV, Torino, 1878, 231 s.; in seguito alla riforma del '75 v. E. Protettì, *sub* art. 179, in *Comm. teorico-pratico al cod. civ.*, diretto da V. De Martino, Novara, 1979, 283; P. Schlesinger, *op. cit.*, 397; M. Detti, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, in *Riv. not.*, 1976, I, 1158; L. Barbiera, *La comunione legale*, cit., 87; C. Rimini, *Acquisto immediato e differito nella comunione legale tra coniugi*, Padova, 2001, 227 ss.; G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 148; U. Majello, voce *Comunione dei beni tra coniugi: I) Profili sostanziali*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 6; G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione*, cit., 171; cfr. anche E. Russo, *L'oggetto della comunione*, cit., 184 ss.; G. Danise, *sub art. 179*, in AA.VV., *Codice della famiglia*, diretto da F. di Marzio, Milano, 2018, 502. In giur. Cass. 15 novembre 1997, n. 11327; C. Rimini, *sub* art. 179, in *Commentario breve al diritto della famiglia*[4], diretto da A. Zaccaria, Milano, 2020, 473; Cass. 08 maggio 1998, n. 4680; Cass. 14 dicembre 2000, n. 15778; Trib. Milano 6 novembre 1996, cit.

Secondo un altro orientamento, la norma troverebbe la sua *ratio* nel carattere strettamente personale (*intuitus personae*) delle attribuzioni liberali e successorie (reputa che tale spiegazione non sia inconciliabile con quella riportata nel testo G. Zuddas, *L'acquisto dei beni pervenuti al coniuge per donazione o successione*, in AA.VV., *La comunione legale*, curato da C.M. Bianca, I, Milano, 1989, 449 s.); secondo altri la norma tutelerebbe la volontà del disponente (cfr. F. Corsi, *Il regime patrimoniale*, cit., 99, cui si rinvia per ulteriori riferimenti; V. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia*, cit., 548 s.), ovvero avrebbe il fine di evitare che detta volontà venga dissuasa dal compimento dell'atto per la sussistenza della comunione legale del beneficiario. Tuttavia, questa ricostruzione si potrebbe attagliare alle attribuzioni realizzate per via testamentaria; non spiega, invece, le attribuzioni successorie per legge, salvo intendere la "stretta personalità" in senso generico (come chi, senza considerare che erede può essere pure lo Stato, lo vede consustanziale al rapporto di parentela o di coniugio che lega i successibili al *de cuius*: V. De Paola, *op. cit*., 549, nt. 23) o a ricostruire l'intero sistema delle successioni intestate come espressione della "presumibile" volontà del *de cuius* (idea che è, tuttavia, una evidente *fictio iuris*, peraltro palesemente controfattuale nelle ipotesi in caso di disposizioni intenzionalmente lesive della legittima: v. G. Gabrielli, M. G. Cubeddu, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, 35).

[22] Reputano che nella divisione con conguaglio il bene cada in comunione legale per la quota corrispondente: F. Corsi, *op. cit.*, 115; G. Baratta, *La divisione e il nuovo diritto di famiglia*, in *Vita not.*, 1-2, 1976, 264 s. (il quale esemplifica: «Se dunque Tizio riceve in attribuzione un bene del valore di 1000 pagando però un conguaglio di 100 – cioè 1/10 di detto valore – ciò significa che la quota di 1/10 del bene attribuitogli è stata da lui acquistata a titolo oneroso: quindi sarà comune tra lui ed il coniuge», onde sarebbe opportuno che al momento della divisione le parti dichiarino i valori millesimali delle quote e del loro rapporto con i conguagli); B. Mura, *op. cit.*, 75; analogamente, in riferimento all'ipotesi in cui il coniuge riceve in permuta un bene di valore superiore a quello trasferito obbligandosi al conguaglio, v. P. De Marchi, *op. cit.*, 68.

Occorre segnalare che l'adesione a questa tesi può determinare una serie di inconvenienti pratici non banali: «i conguagli possono essere di varia entità: ingenti e cospicui, modesti e persino ridicoli; eppure se la premessa è esatta, il coniuge del condividente o del permutante che ha pagato il conguaglio verrà catastalmente intestato per una quota pari alla metà del conguaglio pagato (…)»: B. Mura, *Alcune considerazioni in materia di conguaglio e di quota di riserva in favore del coniuge superstite*, in *Il notaro*, 1976, 75.

[23] Anche aderendo alla tesi della Cassazione, il coniuge dell'assegnatario non resta, ovviamente, sguarnito di tutele: l'assegnatario avrà, infatti, l'obbligo di procedere a rimborsare la comunione delle somme prelevate dal patrimonio comune ai sensi dell'art. 192 cod. civ.

effetti, si sono mosse alcune recenti indagini le quali, prendendo atto della pluralità delle ragioni che giustificano la norma, valorizzano, in particolare, quella segnalata dalle sue radici storiche [24]: secondo questo orientamento alla base dell'esclusione dal regime della comunione legale ai sensi della citata lett. b) ci sarebbe l'intento – perseguito almeno dall'età premoderna [25] – di impedire la formazione di comunioni su beni che appartengono al patrimonio familiare "di origine" del coniuge assegnatario [26]. L'obiettivo della norma sarebbe, dunque, quello di evitare che il coniuge dell'assegnatario, divenendo contitolare dei beni facenti parte del patrimonio della famiglia di origine, sottragga definitivamente gli stessi agli eredi dello stesso beneficiario, interferendo, così, nella perpetuazione intergenerazionale del patrimonio familiare in linea retta. Ciò sarebbe confermato dal fatto che nell'originario disegno codicistico l'esclusione dal regime della comunione legale si coordinava con un insieme di altre norme via via venute meno [27], come quella che vietava le donazioni tra coniugi (art. 781 cod. civ.); quella che limitava i diritti successori del coniuge superstite (riconoscendo il solo usufrutto su una quota dell'eredità – art. 581 cod. civ. – o quella che, nella successione testamentaria, prevedeva che il lascito al coniuge non poteva essere di porzione maggiore di quello al quale aveva diritto il meno favorito dei figli del *de cuius* di un eventuale precedente matrimonio – art. 595 cod. civ.) [28]. La conservazione in linea retta del patrimonio – forse venata anche dall'obiettivo di evitare la formazione di comunioni con "estranei" alla famiglia intesa in senso "verticale" [29] – sarebbe la vera ragione per cui il bene assegnato al condividente non entra a far parte della comunione legale, anche nel caso in cui alla formazione del conguaglio abbia contribuito il coniuge dell'assegnatario. Si tratta, questo, di un assetto che è parso un "reliquato storico" [30]; ma, quale che sia il giudizio extragiuridico su tale opzione legislativa, la sentenza in esame si ri-

[24] Per la varietà delle ragioni che giustificano la norma v. U. SALANITRO, *op. cit.*, 386 (il quale, oltre a individuare la *ratio* della norma, in primo luogo, nella tutela degli interessi degli eredi del coniuge a ricevere una quota del patrimonio familiare di origine, reputa presente nella norma, con specifico riferimento alle liberalità e ai lasciti testamentari, anche l'obiettivo di tutela dell'interesse a non scoraggiare l'intento del disponente che voglia favorire esclusivamente il beneficiario); v. anche G. A BECCARA, *op. cit.*, 222; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*[5], cit., 112; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, *2.1*, *La famiglia*, Milano, 2017[6], 96.

[25] Le regole del diritto consuetudinario francese poste a tutela del patrimonio familiare di origine furono recepite dal *Code Napoleon* e da lì passarono al codice civile italiano: per riferimenti v. U. A. SALANITRO, *op. cit.*, 381, nt. 29.

[26] Per cenni in tal senso v. T. AULETTA, *Gli acquisti a titolo originario*, in AA.VV., *La comunione legale*, curato da C.M. Bianca, cit., 78 s.; F. BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli, 1995[2], 115 s.; A. LEPRI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1999, 106; il punto è particolarmente approfondito da U. SALANITRO, *op. cit.,* 376 ss., 380 ss.; G. OBERTO, *La comunione legale dei coniugi*, cit., 950 ss.; v. anche M. PALADINI, *La comunione legale*, in AA.VV., *Diritto della famiglia*, curato da S. PATTI, M.G. CUBEDDU, Milano, 2011, 243; rimandano alle origini storiche della norma anche G. GABRIELLI, M. G. CUBEDDU, *op. cit.*, 35 ma nel senso che si tratta di un retaggio del periodo in cui la successione legale era ritenuta espressione della volontà presunta del defunto.

[27] In questa prospettiva, il mantenimento della lett. b) dell'art. 179 cod. civ. realizzerebbe una sorta di *"*contrappeso*"* al crescente peso della tutela del coniuge cui si assiste almeno dalla seconda metà del secolo scorso. A partire dagli anni settanta, infatti, il ruolo del coniuge ha assunto un sempre maggior peso: «... è stata dichiarata l'incostituzionalità della norma che vietava liberalità tra i coniugi, è stato introdotto quale regime legale la comunione dei beni acquistati dai coniugi dopo il matrimonio, si è ammessa la partecipazione del coniuge a quote di proprietà nel regime successorio anche in presenza di figli. La regola posta dall'art. 179, 1o comma, lett. b), cod. civ. è stata ribadita, quindi, in modo più o meno consapevole, come contrappeso, volto ad evitare che, in virtù della quota destinata al coniuge alla morte del beneficiario, restasse un ruolo del tutto residuale agli altri eredi legittimi (figli, ascendenti, fratelli e sorelle) anche su beni che, attraverso successioni e donazioni, generalmente provengono dal patrimonio della famiglia di origine del *de cuius*, ma ha perso il carattere inderogabile delle origini (...)»: U. SALANITRO, *op. cit.*, 385.

[28] Osserva G. OBERTO, *op. cit*., 950 s.: «Il principio si inquadrava, dunque, in quella regola di trasmissione *"*in linea verticale*"* dei patrimoni cui facevano anticamente da contorno anche gli istituti del fedecommesso e del maggiorascato, del divieto di donazioni tra coniugi, dell'immodificabilità delle convenzioni matrimoniali, nonché dell'esclusione del coniuge dal novero degli eredi (…)».

[29] Si tratterebbe, in ogni caso, di un obiettivo non perseguito con coerenza visto che il coniuge dell'assegnatario è suo erede legittimo (e, dunque, anche del bene assegnato in divisione se presente all'apertura della successione).

[30] Secondo G. OBERTO, *op. cit*., 951 s., la norma «… può pertanto considerarsi come un vero e proprio reliquato storico, la cui ragione d'esistere al giorno d'oggi non può essere riscontrata se non nell'intento legislativo di consentire agli eredi del coniuge acqui-

velerebbe come una sorta di conferma "di fatto" di questa ricostruzione. Tutto ciò induce a formulare le seguenti valutazioni conclusive.

4. – Le considerazioni fin qui sviluppate disegnano un campo connotato da un'alternativa netta (in cui la sentenza in commento appare, in entrambe le opzioni, affetta da criticità): o la soluzione offerta dalla Corte viene rifiutata, riconoscendo l'ingresso del bene nella comunione legale per la quota corrispondente al sacrificio sopportato anche dal coniuge dell'assegnatario nel pagamento del conguaglio, coerentemente con una ricostruzione della *ratio* della lett. b) del comma 1 dell'art. 179 cod. civ. centrata sulla valutazione di quel contributo; oppure, nel tentativo di riconoscere in qualche modo una razionalità alla decisione, occorre quantomeno presupporre un contrasto tra il fondamento "declamato" e quello effettivamente "applicato": assumendo questa prospettiva, la *ratio decidendi* avrebbe poco a che vedere con l'inquadramento del rapporto assegnazione-conguaglio nell'alveo della funzione distributiva (la marginalizzazione del ruolo del coniuge dell'assegnatario nella formazione del conguaglio – e la contestuale riduzione del peso assiologico riconosciuto dalla disciplina della comunione legale al contributo, diretto o indiretto, prestato dal coniuge dell'assegnatario – non ha alcun legame con la necessità, tipica della causa distributiva, di rispettare la proporzionalità alla quota preesistente, né è coerente con lo scopo della "retroattività distributiva"), mentre avrebbe molto di più a che vedere con l'obiettivo di garantire l'unità del patrimonio familiare "di origine" dell'assegnatario. In questo senso, la giurisprudenza si sarebbe fatta vettore tacito di un assetto assiologico chiaro nel porre come valore preminente l'interesse degli eredi del beneficiario della successione in nome di una continuità patrimoniale della famiglia intesa in senso verticale. Insomma, ci troveremmo di fronte ad una decisione rivelatrice di un volto sottaciuto del nostro ordinamento: i legami atavici che si esprimono in occasione del passaggio intergenerazionale dei beni continuano ad essere perpetuati nel tessuto sociale in modo più incisivo di quanto si è solitamente disposti a dire, e forse non sarebbe un caso se i canali di tale affermazione siano tanto sommersi da non essere nemmeno riconosciuti e verbalizzati adeguatamente dalle prassi che, di fatto, li vivificano. Anche assumendo questa visione, peraltro, la mancata evidenza di quanto detto nella motivazione della sentenza segnalerebbe l'opacità dell'argomentazione giudiziale, di cui andrebbe comunque criticata la scarsa trasparenza.

In ogni caso, quale che sia la ricostruzione preferita, la motivazione mostra che nell'applicazione delle norme che richiamano un particolare tipo di effetto, la giurisprudenza – nonostante i frequenti riferimenti ad argomentazioni funzionali possano illudere del contrario – tende ancora a concentrarsi eccessivamente (quasi parossisticamente) sulla natura dell'effetto in sé (spesso peraltro equivocando, come nel caso in esame), e parallelamente a sottovalutare la complessità dei piani giuridici coinvolti, quali vengono in rilievo alla luce delle *rationes* delle norme con le quali è necessario trovare un coordinamento. In questo senso sembra si possa concludere affermando che, nonostante il passo avanti compiuto (sulla riconduzione dell'acquisto divisionale alla successione), occorre purtroppo registrarne almeno altri due in direzione opposta: sia sul piano delle ragioni addotte per sostenere la natura successoria della vicenda all'origine dell'assegnazione; sia sul piano della consapevolezza delle ragioni che entrano in gioco nel coordinamento tra il negozio divisorio e la disciplina della comunione legale.

---

rente – di fronte all'indubbia posizione di vantaggio attribuita al coniuge superstite dalla Riforma del 1975 – di ricevere una quota significativa del patrimonio familiare di origine.

CASS., SEZ. II, SENTENZA 26 MAGGIO 2021, N. 14585

La vendita di cose generiche, appartenenti ad un "*genus limitandum*", è ammissibile, in virtù del principio di conservazione del negozio giuridico, anche rispetto agli immobili, relativamente al "*genus limitatum*" costituito dal complesso di un determinato fondo. Sicché, laddove un terreno debba essere distaccato da una maggiore estensione e sia indicato soltanto quantitativamente, nella misura della sua superficie, sussiste il requisito della determinabilità dell'oggetto, quando sia accertato che le parti avevano considerato la maggior estensione di proprietà del venditore come "*genus*", essendo stata la stessa perfettamente individuata nel contratto, nonché stabilito la misura della estensione da distaccare e sempre che per la determinazione del terreno non debba richiedersi una nuova manifestazione di volontà delle parti, null'altro occorrendo, ai fini della sussistenza del suddetto requisito, se non l'adempimento del venditore che deve prestare la cosa determinata solo nel genere ex art. 1178 cod. civ. Ne deriva che il requisito di determinabilità dell'oggetto sussiste quando nel contratto siano contenuti elementi prestabiliti dalle parti, che possono consistere anche nel riferimento a dati di fatto esistenti e sicuramente accertabili, i quali siano idonei alla identificazione del terreno da trasferire mediante un procedimento tecnico di mera attuazione, che ne individui la dislocazione nell'ambito del fondo maggiore, per cui la consegna di una parte piuttosto che di un'altra risulti di per sé irrilevante, essendo i diversi tratti di terreno del tutto equivalenti, escluso ogni margine di dubbio sulla identità del terreno oggetto del contratto. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, che aveva dichiarato la nullità del contratto preliminare di permuta di cosa presente contro cosa futura – avente per oggetto il 75% del terreno di proprietà delle promettenti venditrici contro il 25% delle costruzioni che il promettente permutante avrebbe realizzato sui suddetti fondi – per la indeterminabilità dell'esatta collocazione della parte di terreno e dell'esatta collocazione delle costruzioni risultando, in concreto, omesse sia la dimensione, sia l'esatta ubicazione dei fabbricati edificandi).

FRANCESCA FERRETTI

Dottoranda di ricerca – Università degli Studi di Camerino

SULL'AMMISSIBILITÀ DELL'ATTO DISPOSITIVO IMMOBILIARE GENERICO. RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA CASS., 26 MAGGIO 2021, N. 14585

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2. La vendita di cosa generica. La disciplina generale. – 3. Sull'ammissibilità della compravendita immobiliare generica. – 4. La vendita di lotti predeterminati e di parte determinabile. – 5. Il ruolo delle parti e del terzo nella determinazione dell'oggetto. – 6. La dubbia natura dell'atto di individuazione* ex *art. 1378 cod. civ. – 7. Un* focus *sulla permuta tra terreno edificabile ed immobili da costruire. – 8. Segue: Un'alternativa: vendita di quota indivisa di terreno, appalto e divisione di cosa futura. – 9. Osservazioni conclusive.*

1. – La vicenda sottesa alla sentenza [1] in epigrafe trae origine dalla stipula, tra l'attore e le convenute, di un contratto preliminare di permuta di cosa presente contro cosa futura. Nello specifico, l'attore ha dichiarato di aver concluso con le proprie sorelle un contratto preliminare di permuta, avente ad oggetto lo scambio tra il 75% dei terreni delle convenute ed il 25% delle costruzioni che lo stesso avrebbe dovuto edificare sul medesimo suolo.

A fronte del mancato trasferimento della proprietà dei terreni in capo all'attore, egli ha proposto, in via principale, azione *ex* art. 2932 cod. civ. allo scopo di ottenere, in suo favore, una sentenza costitutiva quale forma di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo; in subordine, ha spiegato domanda di condanna nei confronti delle convenute al pagamento della penale pattuita.

Il comportamento processuale delle convenute si è diversamente declinato: a fronte dell'adesione da parte di alcune di loro alla domanda attorea volta a dare esecuzione al contratto preliminare, una sorella ha eccepito il difetto di titolarità del diritto di proprietà sui terreni oggetto di permuta, mentre le restanti hanno formulato domanda riconvenzionale di risoluzione del contratto preliminare per inadempimento dell'attore, chiedendone altresì la condanna al pagamento della penale e al risarcimento dei danni.

Le pronunce rese in sede di merito, rispettivamente dal Tribunale di Foggia in primo grado e dalla Corte di Appello di Bari in secondo grado, hanno entrambe dichiarato la nullità del contratto per indeterminabilità dell'oggetto. Trattandosi di questione logicamente e giuridicamente pregiudiziale, correttamente non è stato esaminato il diverso ed ulteriore profilo relativo alla scelta tra l'esecuzione o la risoluzione del preliminare, quali rimedi [2] richiesti rispettivamente dall'attore (e in adesione da alcune convenute) e dalle restanti convenute a fronte dell'inadempimento contrattuale.

La Corte Suprema, adita dall'attore sulla base di cinque articolati motivi, rigetta il ricorso e conferma integralmente la sentenza della Corte d'Appello, condividendo in particolare la tesi sulla nullità del preliminare per indeterminabilità del suo oggetto.

Attraverso i primi due motivi del ricorso, il ricorrente deduce, ai sensi dell'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5, cod. proc. civ., i vizi di violazione e falsa applicazione di alcune norme, nonché di insufficiente e contraddittoria motivazione. In particolare, egli evidenzia come le corti di merito, quanto al profilo della determinazione dell'oggetto, non abbiano considerato il fatto che il programma contrattuale prevedesse la costituzione di una comproprietà indivisa *pro quota* sia del terreno sia degli immobili da costruire.

Nella pronuncia in commento, condivisibilmente, il giudice di legittimità chiarisce un duplice aspetto. Da un lato, evidenzia che non vi è stato alcun omesso esame di un fatto decisivo, ma al più è stata effettuata una valutazione di tale fatto "in senso non conforme all'aspettativa dell'odierna parte ricorrente". Dall'altro, rileva che la costituzione di un regime di comunione non produce efficacia sanante [3] della nullità, permanendo

---

[1] Cass. 26 maggio 2021, n. 14585, in *Guida dir.*, 2021, 32 ss.

[2] Sul tema in generale dei rimedi a fronte dell'inadempimento del contratto preliminare, sia consentito il rinvio a R. CALVO, *Contratto preliminare. Art. 1351*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Giuffrè, 2016, 168 ss.; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Giappichelli, 2010, 590 ss., nonché da ultimo, a D. IMBRUGLIA, *Tutela recuperatoria e nullità relativa nella contrattazione preliminare di immobili da costruire*, in *Pers. Merc.*, 2021, 1, 143-159. In giurisprudenza, Cass. 26 febbraio 2016, n. 3855, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 4, 1353; Cass. 23 novembre 2021, n. 36241, in *Mass. giust. civ*, 2021. In relazione alla risoluzione del preliminare e al risarcimento del danno, v. Cass. 26 agosto 2020, n. 17769, in *Il foro it.*, 2021, 1, 239 ss, con nota di P. LAGHEZZA, *In tema di rapporti tra risoluzione del contratto, azione di riduzione del prezzo e risarcimento del danno.* Per l'azione *ex* art. 2932 c.c, v. M. CAPECCHI, *Esecuzione specifica del preliminare di vendita immobiliare*, Giuffrè, 2019, 229 ss. e S. MAZZAMUTO, *Alcune riflessioni sulla sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ. a margine della rilettura de "Il contratto preliminare" di Raffaele Rascio*, in *Dir. e giur.*, 2011, 3, 325 ss.

[3] In tema di sanatoria dell'atto nullo, si rinvia *ex multis* a G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione. Contributo ad*

comunque l'indeterminabilità dell'oggetto del contratto, nel caso sia di trasferimento di proprietà, sia di costituzione di comproprietà.

Proprio in relazione a tale ultimo profilo, che costituisce il focus della sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione coglie l'occasione per ribadire alcuni punti fermi in relazione all'istituto della compravendita generica avente ad oggetto beni immobili. Sebbene il contratto dedotto in giudizio sia una permuta, i principi già enunciati dalla giurisprudenza in argomento sono suscettibili di interpretazione estensiva a tutti i casi di atto dispositivo immobiliare generico.

Appare ora opportuno ripercorrere i tratti essenziali della vendita di cosa generica, per poi soffermarsi sulle problematiche più specificamente riferibili ai contratti aventi ad oggetto beni immobili, al fine di valutare l'ammissibilità di tale categoria negoziale.

2. – Nella pronuncia in esame, la questione dell'ammissibilità in astratto della vendita di cosa generica immobiliare viene ricondotta al problema della sufficiente determinazione o determinabilità dell'oggetto del contratto, pena, in difetto, la nullità dello stesso *ex* art. 1346 c.c. [4].

La determinabilità deve riguardare il tipo di diritto trasferito, il prezzo e, nel trasferimento di un diritto reale, il bene oggetto dell'attribuzione traslativa [5]. L'oggetto del diritto reale è determinato quando è identificato nel contratto, determinabile se in esso sono contenuti elementi sufficienti per provvedere alla sua successiva identificazione [6].

Sotto questo aspetto assume importanza la distinzione tra cose specifiche e cose generiche, essendo queste ultime soltanto determinabili. Infatti, mentre un bene specifico è identificato nel contratto nella sua concreta individualità, secondo la descrizione pattizia, un bene generico è individuato esclusivamente in base al genere di appartenenza e alla quantità dedotta nel contratto.

Tale distinzione rileva in particolare ai fini della produzione dell'effetto reale del trasferimento della proprietà, poiché nell'alienazione di cosa generica esso si verifica – in uno con il passaggio del rischio *ex* art. 1465 cod. civ. – al momento dell'individuazione della cosa *ex* art. 1378 cod. civ., senza che sia applicabile la regola generale del consenso traslativo *ex* art. 1376 cod. civ. Trattandosi di una fattispecie facente parte della più generale categoria della vendita obbligatoria, prima dell'individuazione, dal contratto di vendita generica scaturisce il solo obbligo in capo all'alienante "di far acquistare [all'avente causa] la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto" (art. 1476, n. 2, cod. civ.). Detta obbligazione sarà adempiuta in concreto proprio attraverso il compimento dell'atto di individuazione.

Per stabilire se un contratto abbia ad oggetto cose specifiche ovvero generiche, è necessario valutare non le caratteristiche intrinseche della cosa, ma il modo con cui esse sono state dedotte in contratto. Diversa è la

---

uno studio della sanatoria del negozio nullo, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di M.V. De Giorgi, S. Delle Monache, G. De Cristofaro, II, Cedam, 2010, 1901 ss.; Id., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 11; Id., *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1105 ss.; Id., *Sanatoria*, in *Enc. dir.*, I, *Contratto,* diretto da G. D'Amico, Giuffrè, 2021, 1103 ss.; G. Vulpiani, *Unità, frammentazione e sanabilità della nullità del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, 9 ss.

[4] V., *ex multis*, G. Alpa, *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*, in *Giur. It.*, 1977, I, 1, 698 ss.; R. Sacco, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, II, Utet, 1996, 117 ss.

[5] D. Rubino, *La compravendita*, Giuffrè, 1950, 48 ss.; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VII, Utet, 1972, 238.

[6] G. Greco, L. Cottino, *Della vendita. Art. 1470-1547*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, IV, Zanichelli, 1968, 20 ss.

*rati*o della distinzione tra "cosa fungibile-cosa infungibile", che riguarda, al contrario, la natura del bene in quanto tale. Com'è stato autorevolmente osservato, è opportuno mantenere distinte le nozioni di cosa generica e cosa fungibile, "ravvisando nella prima una qualifica soggettiva che si riflette sulla natura della prestazione, nell'altra una qualifica obiettiva che riguarda un modo di essere della cosa" [7].

L'opinione tradizionale, ormai abbandonata, riteneva che una vendita immobiliare generica non fosse configurabile, dal momento che un bene immobile, per sua natura, sarebbe sempre connaturato dal requisito della specificità [8]. La tesi prevalente, favorevole all'ammissibilità di questa tipologia negoziale, è fatta propria anche dalla pronuncia in esame, in cui si chiarisce che "la vendita di cose generiche, appartenenti ad un *genus limitandum*, è ammissibile, in virtù del principio di conservazione del negozio giuridico sancito dall'articolo 1367 cod. civ., anche rispetto agli immobili, relativamente al *genus limitatum* costituito dal complesso di un determinato fondo".

Posto che dunque è in astratto configurabile una compravendita generica avente ad oggetto beni immobili [9], occorre definire i margini di ammissibilità della figura in esame.

3. – Come si evince dalla porzione di sentenza riportata, il primo requisito richiesto per l'ammissibilità consiste nella determinazione del *genus* di appartenenza, ai fini della necessaria determinazione dell'oggetto della vendita, con conseguente nullità del contratto in caso contrario.

Il genere è limitato quando è tale in *rerum natura* o quando la quantità dedotta in contratto debba scegliersi all'interno di una provvista preventivamente selezionata dalle parti; all'opposto, esso è illimitato quando le parti non circoscrivono in alcun modo la provenienza dei beni.

Il *genus* limitato può essere costituito da un fondo rustico, da aree edificabili appartenenti a una lottizzazione, da un edificio, di regola commerciale, che venga venduto non per distinte unità immobiliari, ma a misura, riferita a metri quadri o cubi, da appartamenti standard eguali fra di loro considerati come prodotti in serie [10]: si tratta di esemplificazioni riprese dalla prassi consolidata delle compravendite immobiliari.

Una vendita immobiliare a *genus illimitatum*, cioè assolutamente generica, è nulla, dal momento che, per i beni immobili, assume una rilevanza fondamentale l'ubicazione del bene nello spazio [11].

---

[7] U. MAJELLO, *L'individuazione nella vendita di genere*, in *Riv. dir. civ*., 1957, I, 182 ss., in aperta polemica contro quella parte della dottrina che sostiene la corrispondenza concettuale delle terminologie, cioè *ivi*, nota 3-4-5: si tratta della tesi di A. PINO da questi sostenuta in *Osservazioni sulla fungibilità dei beni*, in *Bancaria*, 1955, 931 ss.; ID., *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1948, 6, 839 ss. Critici verso tale opinione anche F. CASAVOLA, *Emptio pondere numero mensura, in Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene*, Jovene, 1954, 551, F. SENSINI, *La specificazione nella compravendita di genere*, Firenze, 1934, 7; F. MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, 22.

[8] Ad esempio, in Cass. 24 novembre 1977, n. 5113, in *Foro it*., 1978, II, 1260 si sostiene che la cosa immobile può formare oggetto di contratti traslativi solo e sempre come *species*, necessariamente infungibile per natura. *Contra*, A. LUMINOSO, *La vendita*, Giuffrè, 2014, 235: *"*Le cose generiche possono aversi non solo fra le cose mobili ma anche fra gli immobili, avendo soprattutto la dottrina già da tempo superato il preconcetto che i beni immobili sarebbero sempre specifici e riconoscendosi oramai la possibilità, per gli interessati, di dedurre in contratto immobili appartenenti ad un genere limitato*"*; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 48 ss.

[9] Come è ammessa la vendita generica di immobili, così si ritiene valido il legato generico di immobili: così C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Giuffrè, 1952, 74 ss.; A. MASI, *Dei legati. Art. 649-673*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, II, Zanichelli, 1979, 56 ss.; P. RESCIGNO, *In tema di legato di genere. Nota a Trib. Napoli, 28 ottobre 1955*, in *Dir. giur*., 1956, 3, 536 ss.

[10] App. Napoli (Sez. Salerno), 18 febbraio 1974, in *Giur. It*., 1975, 2, 726.

[11] A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 132 ss., il quale sottolinea che la posizione del fondo rispetto a quelli circostanti costituisce il *quid* che attribuisce individualità al bene immobile.

Se dunque il contratto è privo di elementi idonei a determinare la collocazione del fondo in relazione ai fondi contigui, l'oggetto non è né determinato né determinabile *ex* art. 1346 cod. civ. [12]: tale fattispecie è stata autorevolmente considerata "ignota alla nostra esperienza [13]" e qualificata come nulla ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. A conclusioni analoghe si giunge nel caso in cui le parti si siano limitate ad indicare il Comune o la località nei quali è collocato l'immobile da trasferire.

Diversamente, l'ipotesi di omessa identificazione per iscritto del bene oggetto del contratto, pur in presenza di una volontà negoziale orientata al trasferimento di un bene specificamente localizzato, sarebbe qualificabile come vendita di cosa specifica nulla per difetto di forma scritta *ad substantiam ex* artt. 1418 e 1350, n. 1, cod. civ., in applicazione del noto orientamento giurisprudenziale per cui la determinazione dell'immobile trasferito deve risultare unicamente da elementi oggettivi desumibili dal contratto, stante la necessità della forma scritta a fini di validità [14].

Se invece il *genus limitatum* viene sufficientemente indicato in contratto [15], non vi sono ostacoli a riconoscere la validità della vendita immobiliare generica, almeno in relazione a questo aspetto. Ciò è ribadito anche dalla pronuncia in commento, secondo la quale il requisito della determinabilità dell'oggetto sussiste in primo luogo quando "sia accertato che le parti avevano considerato la maggiore estensione di proprietà del venditore come *genus*, essendo stata la stessa perfettamente individuata nel contratto".

All'interno della categoria, globalmente intesa, delle vendite a *genus limitatum*, è tuttavia opportuno distinguere diverse sottospecie, al fine di coglierne le differenze in punto di requisiti di validità contrattuale e relativa disciplina applicabile.

Sul punto, appare opportuno ripercorrere sinteticamente la tassonomia proposta da autorevole dottrina [16], implicitamente ripresa anche dalla pronuncia in commento. Come si dirà più ampiamente nel prosieguo, i maggiori dubbi circa la validità della vendita immobiliare generica vertono intorno alla differenza tra i contratti contenenti la sola indicazione quantitativa dell'estensione della porzione da distaccarsi, e le fattispecie negoziali caratterizzate dalla presenza di ulteriori informazioni relative all'area in oggetto (confini, forma geometrica, ubicazione).

4. – La prima ipotesi che viene in rilievo è quella in cui le porzioni da alienare siano costituite da fondi o da unità abitative già prestabiliti: essa è tendenzialmente ammessa, anche da parte dell'orientamento giuri-

---

[12] R. Luzzatto, *La compravendita*, Utet, 1961, 78; Cass. 18 gennaio 1979, n. 367, in *Rass. dir. civ*., 1980, 7, 808.

[13] C.M. Bianca, *La vendita*, cit., 233. Cfr. Cass. 14 ottobre 1988, n. 5562, in *Mass. giust. civ.*, 1988, 1326, per un caso in cui gli immobili venduti non erano stati esattamente identificati in quanto erano stati lasciati in bianco gli spazi della scrittura privata di vendita nei quali le parti avrebbero dovuto precisare l'ubicazione.

[14] Cass. 8 novembre 1983, n. 6588, in *Foro it*., 1984, I, 2287, laddove si chiarisce che "la forma scritta ad substantiam per un atto comportante trasferimento della proprietà di immobili è necessaria, sia che esso avvenga venditionis causa sia che avvenga solutionis causa, ed è da escludere che il bene oggetto del trasferimento possa essere identificato in base agli elementi non scritti, estranei all'atto"; Cass. 5 marzo 1976, n. 743, in *Foro it*., I, 1257: "Nei contratti per i quali la forma è richiesta ad substantiam, la determinazione dell'oggetto non può essere rimessa ad una successiva libera attività delle parti, ma deve essere operata unicamente sulla base di elementi contenuti o prestabiliti nel contratto".

[15] A. Luminoso, *Le alienazioni di immobili "non localizzati"*, in *Riv. dir. comm*., 1991, 9-10, 525: "La fattispecie che viene ora in considerazione [si differenzia dalla precedente] in quanto le parti procedono almeno ad una localizzazione parziale dell'estensione immobiliare da trasferire, individuando con precisione il maggior fondo dal quale (...) dovrà operarsi il distacco della superficie destinata a formare il nuovo immobile".

[16] A. Luminoso, *Le alienazioni*, cit., 523: "per risolvere i problemi attinenti alla validità del contratto (*ex* artt. 1418 cod. civ. e 1346 cod. civ.) occorre, a nostro avviso, passare rapidamente in rassegna le singole ipotesi sopra descritte".

sprudenziale contrario alla generale validità della vendita di immobili non localizzati [17].

In questa ipotesi, il contrasto emerge in relazione alla qualificazione della fattispecie, alternativamente ricondotta alla vendita generica o alla vendita alternativa [18]. La scelta in un senso o nell'altro è determinante in relazione alla disciplina applicabile, che diverge sotto molteplici aspetti.

La disciplina della vendita alternativa si ottiene mediante la combinazione tra le norme sulla vendita e quelle sulle obbligazioni alternative [19]. In tali ipotesi, il trasferimento del diritto avviene con la concentrazione *ex* art. 1286 cod. civ. che deriva dalla scelta, atto con cui l'obbligazione, da alternativa, diviene semplice. Nella vendita generica, che pure si configura quale ipotesi particolare di vendita ad effetti obbligatori, l'effetto traslativo si verifica con l'individuazione.

Differenti sono inoltre le conseguenze in caso di sopravvenuta impossibilità della prestazione: l'obbligazione alternativa, in caso di impossibilità sopravvenuta di una delle due prestazioni dedotte in contratto, diventa semplice; quanto all'obbligazione di cosa generica, anche nel caso di impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore – e pur nei limiti della categoria del *genus limitatum* – in attuazione del noto brocardo *genus nuquam perit*, non si estingue, ed il debitore rimane obbligato a procurare al creditore cose di qualità non inferiore alla media [20].

Il criterio dirimente tra le due ipotesi è stato variamente individuato, sia nel senso di ravvisare nell'obbligazione alternativa l'eterogeneità dei beni come elemento strutturale [21], sia nella necessaria presenza di due o più cose "individualmente indicate" [22], sia ancora nell'esigenza di ricostruire la volontà dei contraenti in un senso o nell'altro in relazione al singolo caso concreto [23]. Mentre la vendita alternativa presuppone la volontà delle parti di scegliere il bene da trasferire tra due o più cose distintamente considerate e identificate nel contratto, la vendita generica manifesta la volontà di alienare una certa quantità di una cosa considerata come *genus*, sottintendendo, tale nozione, una fungibilità convenzionale tra i beni compresi nella categoria [24].

Nessun problema particolare si pone in relazione alle fattispecie di alienazione alternativa, in cui la scelta, come già chiarito, spetterà al venditore *ex* art. 1286 cod. civ. [25]. In dottrina e in giurisprudenza si è però pre-

---

[17] Cass. 24 novembre 1977, n. 5113, cit., 1256; Cass. 27 giugno 1987, n. 5716, in *Giur.it*., 1989, I, 1, 374.

[18] R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., 85; Cass., 24 novembre 1977, n. 5113, cit.; Cass. 18 gennaio 1979, n. 367, cit.; Cass., 27 giugno 1987, n. 5716, cit., 374.

[19] In generale, sulla disciplina dettata per le obbligazioni alternative, v. A. GORASSINI, *Alternatività nell'oggetto dell'obbligazione. Delle obbligazioni alternative*, Napoli, 1999; S. CHERTI, *L'obbligazione alternativa. Nozione e realtà applicativa*[2], Torino, 2008; D. RUBINO, *Obbligazioni alternative*[2], in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, IV, Zanichelli, 1968, 1 ss.

[20] Per altre differenze di disciplina tra obbligazioni alternative e obbligazioni generiche, cfr. V. PANUCCIO, *Obbligazioni generiche e scelta del creditore*, Giuffrè, 1972, *passim*; P. GHIRETTI, *Genericità e fungibilità nell'obbligazione*, in *Riv. dir. comm*., 1974, I, 257.

[21] D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 171.

[22] R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., 78 ed ivi nt. 1.

[23] E. PEREGO, *La vendita di immobili non individuati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1982, 4, 1227: "È noto che la riconduzione della vendita all'una o all'altra delle due categorie è ardua allorché il numero dei beni è limitato e che il problema si risolve mediante un'indagine sulla volontà delle parti (...)".

[24] A. LUMINOSO, *Le alienazioni*, cit., 532: "Applicando siffatti criteri, se ne dovrebbe concludere che, nelle ipotesi [di] vendita di un lotto da scegliere fra più lotti equivalenti di una lottizzazione, oppure di una unità abitativa ricompresa in un edificio o in un complesso immobiliare – si ha vendita di *genus limitatum*; mentre si avrebbe invece vendita alternativa qualora il contratto prevedesse, ad esempio l'alienazione del lotto n. 1 o del lotto n. 4 di una determinata lottizzazione, oppure l'alienazione dell'appartamento del primo piano o d quello del quinto piano di un dato edificio".

[25] Per l'ipotesi di commistione tra vendita alternativa e vendita generica, A. LUMINOSO, *Le alienazioni*, cit., 534: prima, la scelta

cisato che una vendita simile sarebbe ammissibile solo se il contratto programmi l'alienazione di una porzione da scegliersi "tra più lotti equivalenti od omogenei" [26].

A ciò si è tuttavia eccepito che l'equivalenza tra i lotti o tra le unità abitative è già stata operata dalle parti mediante la deduzione dei beni in contratto, che dimostra l'irrilevanza per le stesse delle particolari caratteristiche fisiche e ambientali caratterizzanti i singoli beni.

Anche chi riconduce la fattispecie appena esaminata alla vendita di cosa generica ne sottolinea la differenza con la sottocategoria della vendita di porzione da distaccarsi da una più ampia superficie. Mentre "nella prima ipotesi il bene o i beni oggetto del contratto hanno già una loro identità creata dall'opera imprenditoriale dell'alienante e si tratta solo di procedere alla individuazione del bene o dei beni compravenduti fra una serie di beni convenzionalmente omogenei", di contro, "nella seconda ipotesi il bene compravenduto è compreso in una massa indistinta e per acquistare una propria identità deve essere da questa distaccato [27]".

Il problema maggiore, come anticipato alla fine del precedente paragrafo, è quello relativo all'ammissibilità della fattispecie di immobile non localizzato da distaccarsi da un fondo di maggiori dimensioni.

Il contratto oggetto della vicenda in esame – permuta tra il 75% del terreno e il 25% degli edifici – è riconducibile a tale categoria, trattandosi di porzioni da distaccare da beni immobili di maggiori dimensioni (costituiti – come si deduce implicitamente – dal 100% del fondo edificabile e degli immobili da costruire). I giudici, sia di merito che di legittimità, hanno però ritenuto il contenuto negoziale insufficiente ad integrare anche solo il requisito della determinabilità dell'oggetto: nel negozio stipulato tra le parti in causa, difettavano sia "[l']esatta collocazione della parte di terreno", sia "[l']esatta collocazione delle costruzioni, con indicazione omessa di dimensione e di ubicazione dei fabbricati".

In astratto, la dottrina ha costantemente ammesso la validità di tale fattispecie, ricostruendola come vendita di genere limitato [28]. La giurisprudenza ha seguito invece un andamento oscillante: alcune pronunce ne hanno riconosciuto la validità [29], altre ne hanno dichiarato la nullità [30], altre ancora ne hanno subordinato l'ammissibilità alla previa necessaria specificazione nel contratto di ulteriori elementi, quali i confini, la forma geometrica, l'ubicazione dell'area da distaccarsi, o almeno dei criteri necessari all'individuazione o del soggetto che dovrà procedervi [31].

La sentenza in esame sembra aderire all'orientamento intermedio, che subordina l'ammissibilità della

---

tra i generi alternativi spetterà all'alienante *ex* art. 1286 cod. civ., poi la successiva individuazione all'interno del genere prescelto sarà compiuta *ex* art. 1378 cod. civ.

[26] Così C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 232-233; E. PEREGO, *La vendita*, cit., 1223; Cass. 5 marzo 1976, n. 743, cit., 1258.

[27] E. PEREGO, *La vendita, cit.,* 1221 e 1227: "A mio avviso, poi, anche la vendita di un lotto da scegliere fra più lotti equivalenti in una lottizzazione è di regola vendita di cosa generica e non vendita alternativa".

[28] D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 97; G. GRECO, L. COTTINO, *Della vendita*, cit., 23, 494; R. LUZZATTO, *La compravendita*, cit., 85; A. LUMINOSO, *Le alienazioni*, cit., 525; E. PEREGO, *La vendita,* cit., 1227; v. anche A. BARENGHI, *Determinazione e determinabilità unilaterale nel contratto*, Jovene, 2006, 178 ss.

[29] Cass. 6 marzo 1982, n. 1427, in *Mass. Giust. civ*., 1982, 3, 1476; Cass. 8 novembre 1983, n. 6588, in *Foro it*., 1984, I, 2287; Cass. 18 gennaio 1979, n. 367, in *Rass. dir. civ*., 1980, 808, con nota di D. VALENTINO, *Note sulla vendita generica di immobili.*

[30] Cass. 24 novembre 1977, n. 5113, cit., 1256; Cass. 5 marzo 1976, n. 743, in *Foro. it*., 1978, I, 1257; Cass. 5 novembre 1977, n. 4712, in *Foro it*., I, 1258; Cass. 29 ottobre 1975, n. 3677, in *Riv. not*., 1976, 6, 902; Cass. 2 agosto 1968, n. 2770, in *Foro it*., 1969, 11, 2939; Cass., sez. un., 31 luglio 1989, n. 3562, in *Foro it*., 1991, II, 1767; Cass. 14 gennaio 1994, n. 206, in *Foro.it*., 1994, I, 2444; Cass. 10 giugno 1991, n. 6570, in *Giust. civ*., 1992, I, 1021.

[31] *Ex multis*, Cass. 27 giugno 1987, n. 5716, in *Giur.it*., 1989, I, 1, 374; Cass. 29 luglio 1983 n. 5225, in *Foro it*., 1193, 5, 1601; Cass. 12 luglio 2000, n. 9235, in *Giur. it*., 2001, 6, 706; Cass. 23 marzo 2004, n. 5757, in *Riv. not*., 2004, 8, 1535; Cass. 29 marzo 2006, n. 7279, in *Obbl. contr*., 2006, 8-9, 797; Trib. Cagliari, 19 marzo 1989, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 1, 42; App. Cagliari, 4 marzo 2004, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 2006, 1, 45 ss., con nota di A. LUMINOSO, *Determinazione dell'oggetto e individuazione del bene nelle alienazioni immobiliari di genus limitatum.*

vendita di immobile da distaccarsi da area più ampia alla presenza nel contratto non solo dell'elemento quantitativo dell'estensione del terreno da separare, ma anche di ulteriori e più puntuali informazioni. Proprio in relazione a tale profilo, ed anche in virtù del richiamo al precedente del 2006 [32], la Corte richiede, ai fini della determinabilità dell'oggetto, non solo "la misura della estensione da distaccare", ma anche la presenza di ulteriori elementi, che siano prestabiliti dalle parti ed idonei all'identificazione del terreno da trasferire mediante un procedimento tecnico di mera attuazione che ne individui la dislocazione nell'ambito del fondo maggiore. Essi possono consistere, a titolo esemplificativo, nell'ubicazione e nella forma all'interno della superficie più ampia, ovvero nell'attribuzione alle parti o ad un terzo della determinazione dei criteri necessari alla determinazione.

Sebbene oggi questo possa considerarsi l'orientamento prevalente, esso è comunque il risultato di un mutamento in senso restrittivo della giurisprudenza, che aveva inizialmente ritenuto valide anche ipotesi di vendite prive di requisiti ulteriori rispetto alla sola estensione del bene.

In una non recente pronuncia era stato infatti affermato come "[sia] da escludere che il requisito della determinabilità dell'oggetto nelle vendite immobiliari possa ritenersi sussistente solamente nei casi nei quali siano indicati nel contratto tutti gli elementi i quali permettano di collocare e confinare il terreno venduto nella più ampia zona in base a una semplice operazione tecnica. La determinabilità invece deve riconfermarsi anche nel caso nel quale il contratto indichi la misura da distaccarsi dalla stessa estensione del terreno" [33].

Secondo l'opinione meno rigida dunque, ai fini della validità di tale figura contrattuale, non è necessaria l'indicazione nel contratto né dei criteri da seguire per l'individuazione né del soggetto che dovrà compierla [34]; è invece sufficiente che al suo interno siano determinate o almeno determinabili esclusivamente la maggiore estensione da cui effettuare il distacco (il *genus limitatum*, localizzato nello spazio) e la quantità esatta della porzione da distaccare. Solo in mancanza di queste indicazioni essenziali, il contratto sarà affetto da nullità per indeterminatezza dell'oggetto.

L'indirizzo giurisprudenziale contrario all'ammissibilità di questo tipo di vendita immobiliare generica si fondava sulla naturale infungibilità di ciascun bene immobile, che, pur omogeneo agli altri dal punto di vista funzionale, sarebbe strutturalmente caratterizzato dalla propria localizzazione e dall'ubicazione, senza che le parti possano convenzionalmente considerare detti beni immobili come oggetti sostituibili o surrogabili [35].

---

[32] Cfr. Cass. 29 marzo 2006, cit., 797: "Sussiste il requisito della determinabilità dell'oggetto nella compravendita di un terreno da staccarsi da una maggiore estensione, qualora nel contratto sia indicata la maggiore estensione dalla quale operare il distacco e sia stabilita per iscritto la misura esatta della estensione da separare; ciò sempre che, per la determinazione di questa ultima, non si richieda nessuna nuova manifestazione di volontà delle parti". Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato la nullità del contratto di vendita di un terreno per totale indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto, stante l'assenza di indicazioni in punto di ubicazione e forma della superficie da distaccarsi. In termini analoghi, Cass. 30 dicembre 1997, n. 13098, in *Giust. civ. mass.,* 1997, 2450.

[33] Cass. 18 ottobre 1955, n. 3287, citata da Cass. 18 gennaio 1979, n. 367, cit., 817.

[34] A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., 246: "Siffatte indicazioni, oltre che non necessarie, appaiono inutili, atteso che esistono apposite norme di legge che prevedono, da un lato, l'obbligo dell'alienante di effettuare l'individuazione in accordo con l'acquirente (artt. 1476 n. 2 e 1378 cod. civ.) e, dall'altro, l'obbligo del debitore, nel caso di prestazione di cose determinate soltanto nel genere, di prestare cose di qualità non inferiore alla media". Sul punto, cfr. Cass. 4 febbraio 1992, n. 1194 che in relazione alle vendite immobiliari di genus limitatum richiama il dovere del venditore di attenersi alla regola di cui all'art. 1178 cod. civ. Tale regola è richiamata anche nella pronuncia in commento, per la quale, avvenuta la determinazione dell'oggetto del contrato, occorre solo "l'adempimento del venditore che deve prestare la cosa determinata solo nel genere attenendosi al disposto dell'articolo 1178 cod. civ.".

[35] Cass. 24 novembre 1977, n. 5113, cit., v. nota 7. Il ragionamento prosegue nel senso che, trattandosi di alienazione ontologicamente di *species*, essa può considerarsi valida alternativamente: o quando la superficie da distaccarsi dalla maggior estensione sia individuabile in base ad elementi offerti dal contratto tali da richiedere una mera loro applicazione con un procedimento tecnico, o quando la vendita abbia ad oggetto un immobile da scegliere tra più già individuati o individuabili. Seguono lo stesso indirizzo: Cass.

Le posizioni opposte della dottrina [36] sono fondate non solo sulla distinzione tra i concetti di fungibilità e genericità, ma anche sulla ritenuta possibilità – a cui si è fatto cenno in precedenza – in capo alle parti di ritenere equivalenti le porzioni immobiliari contenute in un più vasto terreno, allo scopo di dedurre in contratto l'intero appezzamento come *genus*, entro il quale selezionare la precisa quantità di area oggetto di alienazione. Questo orientamento è stato recepito anche in giurisprudenza, dove si afferma che nel caso di vendita generica "nell'ambito di una maggiore estensione di terreno, ben individuata e definita (...) ciò che ha carattere di specie per natura in tal caso, è l'intera estensione presa nella sua globalità (...)" al cui interno "non v'è alcuna specie determinata per natura e non affiora mai la infungibilità (...): la suddetta estensione cioè si presenta come un *genus limitatum* [37]".

In aderenza con la tassonomia sinora proposta, si ritiene opportuno distinguere l'ipotesi di contratto indicante solo la quantità di terreno oggetto di alienazione (sulla cui validità, come si è visto, non vi è unità di vedute) da quella più precisamente qualificata come vendita di parte determinabile, cui vanno ricondotte le fattispecie in cui "il contratto fornisce non solo la misura dell'immobile da separare, ma anche gli elementi per la sua precisa localizzazione all'interno della maggior superficie dalla quale deve essere scorporato [38]".

Non ci sono dubbi di validità di tale contratto, e anzi tale più dettagliata figura è ritenuta ammissibile anche dall'orientamento che sostiene la nullità della vendita immobiliare generica contenente il solo requisito della misura. Alcune perplessità permangono comunque intorno alla disciplina applicabile, a seconda della qualificazione della fattispecie come vendita di cosa generica o di specie [39].

Una vendita immobiliare generica è configurabile solo laddove residui un margine di discrezionalità sulla collocazione da dare al bene immobile da trasferire in base alle indicazioni contenute nell'accordo. Se invece, nel contratto è già avvenuta l'individuazione spaziale della parte venduta, o in essa sono indicati i puntuali criteri per procedervi, non può parlarsi di una vendita di genere, posto che non esiste, fin dal momento della conclusione del contratto, alcuna incertezza sulla posizione del fondo [40]. Trattandosi di vendita di cosa specifica, ne discende che l'effetto traslativo si verifica al momento della conclusione del contratto. Diversamente, nella vendita generica, la produzione dell'effetto traslativo necessita del compimento dell'atto di

---

5 marzo 1976, n. 743, cit., 1257; Cass. 29 ottobre 1975, n. 3677, cit., 902; Cass. 2 agosto 1968, n. 2770, cit., 2939; Cass. 5 marzo 1984, n. 1513, in *Mass. giust. civ*., 3-4, 817.

[36] D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 97; R. LUZZATTO, *La compravendita,* cit., 85, che ritiene preferibile configurare una vendita di cosa da estrarsi da una certa massa e non una vendita di genere limitato; G. GRECO, L. COTTINO, *Della vendita*, cit., 23, 494; E. PEREGO, *La vendita*, cit., 1227.

[37] Cass. 18 gennaio 1979, n. 367, cit., 813-814, e giurisprudenza ivi citata, segnatamente Cass. 18 ottobre 1955, n. 3287; Cass. 20 luglio 1957, n. 3084; Cass. 28 maggio 1973 n. 1572. Conformi Cass. 8 novembre 1983, n. 6588, cit., 2287; Cass., 27 giugno 1987, n. 5716, cit., 374.

[38] A. LUMINOSO, *Le alienazioni*, cit., 527; A. AURICCHIO, *La individuazione*, cit., 133, il quale chiarisce che "possono distinguersi due ipotesi ben differenti: a) può darsi che nel contratto sia indicata solo la misura della parte venduta; b) ma può anche accadere che, oltre alla misura, risultino anche i criteri per localizzare la parte venduta (...) Questa seconda ipotesi non può essere classificata come vendita di genere, poiché fin dal momento della conclusione del contratto non sussiste alcuna incertezza sulla posizione del fondo".

[39] Nel primo senso, v. E. PEREGO, *La vendita*, cit., 1222, che distingue tra localizzazione e conformazione, ritenendo il primo criterio inidoneo ad individuare il bene e quindi a sussumere il contratto sotto la disciplina della vendita di cosa specifica: "Perché il lotto da distaccarsi possa ritenersi già individuato nel contratto, occorre la descrizione della sua conformazione, in aggiunta al criterio per la localizzazione (...). Quindi l'esistenza di un criterio per la localizzazione del bene, che sia insufficiente ad operare la sua individuazione (...) non serve (...) a sottrarre il negozio alla problematica della vendita generica di immobili"; Cass. 18 gennaio 1979, n. 367, cit., 808; Cass. 5 marzo 1984, n. 1513, cit., 817. Per la seconda opzione ricostruttiva, v. A. LUMINOSO, *Le alienazioni*, cit. 528: "A noi sembra da accogliere la configurazione che, nelle ipotesi in parola, vede nell'oggetto del contratto una cosa di specie"; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 98, A. AURICCHIO, *La individuazione*, cit., 98, Cass. 24 novembre 1977, n. 5113, cit., 1260; Cass. 29 ottobre 1975, n. 3677, cit., 902.

[40] A. AURICCHIO, *La individuazione*, cit., 132-134.

individuazione *ex* art. 1378 cod. civ.), integrando essa un caso di vendita obbligatoria, il cui effetto reale è appunto differito a tale momento successivo.

Si giunge così alla conclusione per cui la presenza, nel programma negoziale, di dati ulteriori necessari alla specifica individuazione del bene nello spazio, se per la dottrina costituisce criterio discretivo ai soli fini dell'individuazione del tipo di alienazione (se di cosa generica o di cosa specifica), per la giurisprudenza prevalente è condizione di validità del contratto. A tale orientamento aderisce anche la sentenza n. 14585/2021, ritenendo che il requisito della determinabilità dell'oggetto sia integrato "indicando l'ubicazione e la forma all'interno della più ampia superficie".

La richiesta presenza di dati ulteriori non sembra tuttavia dirimente ai fini del merito della decisione, dal momento che la Cassazione conferma la decisione di secondo grado, la quale aveva ritenuto l'oggetto indeterminabile non solo per il difetto dell'esatta collocazione degli immobili, ma, a monte, anche per la mancanza di indicazioni sull'ampiezza degli edifici da costruire oggetto di permuta. Testualmente, i giudici rilevano il difetto della "esatta *collocazione* della parte di terreno e della esatta *collocazione* delle costruzioni, con indicazione omessa di *dimensione* e di *ubicazione* dei fabbricati". Dunque, anche aderendo alla tesi meno restrittiva, il contratto sarebbe stato comunque affetto da nullità per la mancanza del requisito di base integrato dall'estensione del bene immobile oggetto di alienazione costituito, nello specifico, dalla dimensione del fabbricato.

5. – La presenza delle indicazioni sopra richiamate non costituisce l'unico criterio ritenuto idoneo dal giudice di legittimità a rendere l'oggetto almeno determinabile, essendo consentito, in alternativa, che il contratto affidi tale compito alle parti o ad un terzo. Tale ipotesi, autonomamente considerata dalla dottrina, non crea problemi particolari in relazione alla vendita immobiliare di *genus limitatum*, posto che "non vi è alcuna differenza tra l'ipotesi in cui le parti nulla stabiliscano circa il soggetto che dovrà effettuare le operazioni di separazione, cioè a dire l'individuazione" – trovando applicazione il criterio legale suppletivo *ex* art. 1378 cod. civ. – "e l'ipotesi nella quale attribuiscono espressamente siffatto potere ad una delle parti o ad un terzo [41]".

I dubbi invece potrebbero scaturire dal deferimento del potere di scelta in ordine alla localizzazione del bene ad una sola delle parti, ammissibile purché non esercitato in forma arbitraria da parte del suo titolare [42]. A ben guardare però, già la predeterminazione della quantità di terreno da separare, in uno con l'estensione convenzionalmente ritenuta omogenea, escluderebbe a monte il rischio di un possibile abuso di una parte in danno dell'altra. La validità della vendita sembra inoltre confermata dalla riconosciuta ammissibilità della vendita alternativa *ex* art. 1285 cod. civ. con facoltà di scelta in capo al debitore, e di quella con facoltà di sostituzione [43].

A maggior ragione, non vi pongono dubbi nell'ammettere l'attribuzione del compito di procedere all'in-

[41] A. LUMINOSO, *Le alienazioni*, cit., 529; E. PEREGO, *La vendita*, cit., 1228, che dopo aver esaminato il caso di cui si dirà infra, lo ritiene diverso da quello "in cui la scelta sia stata riservata a una parte o ad un terzo, perché l'immobile è concordemente dedotto in contratto come genus limitatum, nell'ambito del quale sarà operata la scelta".

[42] V. per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto,* III, Giuffrè, 1984, 335 ss., il quale sostiene che l'art. 1349, per quanto rivolto ad evitare un'ingiustificata soggezione di una parte del contratto all'arbitrio dell'altra nella determinazione dell'oggetto, non esclude, in via assoluta, la possibilità che un limitato potere di determinazione sia affidato ad una delle parti se l'altra risulta protetta dal pericolo di abusi.

[43] C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 341.

dividuazione in capo ad un terzo [44], configurandosi un'ipotesi di arbitraggio di cui all'art. 1349 cod. civ. Si ritiene che l'attività dell'arbitratore si traduca un atto di scienza meramente integrativo del negozio concluso tra le parti, ed attuativo di quanto da esse stesse voluto. Si esclude, di contro, che tale atto assuma valenza negoziale e che l'arbitro concorra alla formazione di un contratto dal quale rimarrebbe estraneo, essendo la volontà delle parti l'unica a poter disporre degli interessi potenzialmente in conflitto.

La sentenza in commento pone l'ipotesi sopra citata ed ammessa in contrapposizione a quella in cui sia "necessario tornare alla determinazione dell'oggetto con un patto successivo", nella quale l'oggetto non è né determinato né determinabile, dal momento che "sussist[o]no margini di dubbio sulla identità del terreno venduto". Viene in rilievo, in questo secondo caso, la diversa fattispecie in cui il contratto prevede una clausola di riserva ad un successivo accordo tra le parti in ordine alla determinazione della superficie oggetto di trasferimento.

Secondo una ricostruzione minoritaria presente in una risalente pronuncia [45], tale clausola necessiterebbe di un mero accordo attuativo, di talché, in caso di mancato raggiungimento del medesimo, opererebbe l'intervento sostitutivo del giudice.

È più convincente la diversa opinione [46] per cui l'esplicita riserva delle parti ad un successivo accordo per l'individuazione del bene esplicita l'assenza di un'intesa attuale su un elemento essenziale del contratto, e manifesta, di contro, la volontà di concludere un contratto avente ad oggetto una *species*, non ancora individuata dalle parti. Logica conseguenza di tale premessa è l'incompletezza del contratto, la cui formazione è da considerare ancora *in itinere*. Non si tratta invece di un contratto nullo, in quanto tale forma di invalidità presuppone l'avvenuto perfezionamento dell'*iter* formativo della fattispecie negoziale, in tale diversa ipotesi ancora in corso di completamento.

6. – Una volta chiariti i limiti di ammissibilità della vendita immobiliare di *genus* ed individuati i diversi sottotipi negoziali della figura generale, sembra opportuno approfondire i caratteri fondamentali dell'atto di individuazione di cui all'art. 1378 cod. civ. Sebbene la sentenza non analizzi esplicitamente tale istituto, una sintetica analisi dello stesso risulta imprescindibile: è solo con l'individuazione infatti che il contratto, già valido, diviene efficace sotto il profilo traslativo. La norma in esame è pacificamente applicabile anche alla vendita di beni immobili, in virtù dell'avvenuto superamento della risalente tesi contraria [47].

---

[44] In argomento, *ex multis*, S. NARDI, *Clausola di nomina del terzo per la determinazione dell'oggetto o del prezzo*, in M. CONFORTINI, *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Utet, 2019, 499-520; T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. e proc. civ*., 1929, 1, 30 ss., ora in Studi in tema di contratti, Giuffrè, 1952, 205 ss.; A. CATRICALÀ, *Arbitraggio*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Zanichelli, 1990; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1966; E. GABRIELLI, *La determinazione dell'oggetto ad opera del terzo*, in ID., *Contratto e Contratti. Scritti,* Torino, 2011, 157 ss.; N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Giuffrè, 1967; F. SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in *Riv. dir. priv*., 1932, 1, 272 ss.; S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Giuffrè, 1931.

[45] Cass. 26 marzo 1965, n. 502, in *Giust. civ*., 1965, I, 1371.

[46] E. PEREGO, *La vendita*, cit., 1227; A. LUMINOSO, *Le alienazioni*, cit., 530; Cass. 18 gennaio 1979, n. 367; Cass. 24 novembre 1977, n. 5113, cit.; Cass. 29 ottobre 1975, n. 3677, cit., 902.

[47] M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Giuffrè, 1975, 53; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, IV, 1, Utet, 1961, 83. Secondo tale tesi, l'art. 1178 cod. civ. presupporrebbe un'ampia produzione di beni omogenei di diversa qualità: in caso di *genus* molto limitato sarebbe preferibile l'applicazione delle regole sull'obbligazione alternativa, che consentono la scelta tra qualunque dei beni dedotti in contratto.

In dottrina peraltro si ravvisa il contrasto tra l'opinione tradizionale [48], che ritiene che il contratto di compravendita di cosa generica abbia efficacia obbligatoria e che gli effetti reali si producano soltanto a seguito dell'individuazione, e l'opinione più recente [49] che sostiene, all'opposto, che la vendita generi effetti reali ma differiti nel tempo, i quali si producono non dal momento della manifestazione del consenso, ma da quello successivo dell'espletamento delle operazioni di individuazione.

Si è condivisibilmente affermato che "estremo essenziale della individuazione è dunque che quel dato complesso di merce di quel genere venga sufficientemente distaccato, distinto da ogni altra merce del medesimo genere, in modo che non vi siano dubbi o incertezze su di esso, né la possibilità che esso ritorni a confondersi con altri quantitativi di merce del medesimo genere" [50].

Le parti sono libere di determinare le modalità dell'individuazione con apposite clausole contrattuali. Ad esempio, possono richiedere la partecipazione e l'intervento di entrambi i contraenti, ovvero rimetterla esclusivamente all'alienante, all'acquirente o ad un terzo. In mancanza di espressa pattuizione, le operazioni di individuazione rimangono a carico del venditore, ed il compratore ha il diritto di assistervi e di controllarle, per poi eventualmente riservarsi il diritto di accettare o meno la merce individuata dal primo.

Maggiori interrogativi sorgono in ordine alla natura dell'atto di individuazione, in assenza di una disciplina positiva sul punto. La dottrina oscilla tra l'attribuzione a tale atto di una natura negoziale [51] ovvero meramente esecutiva [52].

Secondo la prima e più risalente opinione, l'accordo di individuazione avrebbe natura negoziale perché, determinando una modifica degli effetti naturali del contratto di vendita, diventa strumento di autoregolamento degli interessi privati; esso però non sarebbe un negozio autonomo, bensì una clausola negoziale accidentale la cui funzione è compatibile con il tipo contrattuale della compravendita, che non viene snaturato [53].

La seconda opinione qualifica l'individuazione come atto giuridico in senso stretto, ritenendo che costituisca atto dovuto, quale adempimento dell'obbligazione prevista dall'art. 1476 n. 2 cod. civ. di fare acquistare il diritto a carico dell'alienante e a favore dell'avente causa [54]. Inteso in questo secondo senso, l'atto di

---

[48] Per tutti, G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Giuffrè, 1981, 180.

[49] G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario del Codice civile*, IV, 3, Utet, 1991, 13; LUMINOSO, *La compravendita,* cit., 89.

[50] D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 166. Interessante è anche la tesi dottrinale, sia pur minoritaria, secondo la quale l'atto di specificazione estingue l'obbligazione di far acquistare il diritto al compratore, e determina l'obbligazione di consegnare la cosa specificata, a seguito della produzione dell'effetto traslativo, essendo questo un atto produttivo dell'effetto traslativo. In altri termini, l'individuazione attuerebbe una modificazione del rapporto obbligatorio da generico a specifico: così G. VALERI, *Sulla teoria della specificazione nella vendita da piazza a piazza*, in *Riv. dir. comm*., 1932, I, 588 ss. C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 321, descrive l'individuazione come "scelta di cose specifiche nell'ambito del genus".

[51] U. MAJELLO, *L'individuazione*, cit., 181; ID., *Accordo di individuazione e unilateralità dell'atto diretto alla sua esecuzione*, in *Giur. it*., 1961, I, 1, 600 e 610; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti,* cit., 314.

[52] E. GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto del contratto*, in *Trattato dei contratti*, a cura di E. Gabrielli e diretto da P. Rescigno, Utet, 1999, 719.

[53] U. MAJELLO, *L'individuazione*, cit., 200: "L'accordo delle parti ai fini dell'individuazione ha natura negoziale, ma non è negozio funzionalmente autonomo (...); pur avendo natura negoziale non è negozio, ma clausola negoziale; clausola accidentale, non essenziale, poiché l'effetto traslativo della vendita di genere si realizza normalmente mediante la consegna". A questa opinione si contrappone quella più risalente ancora ed attribuibile a G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Cedam, 1934, 367 ss., secondo cui l'individuazione sarebbe un negozio giuridico autonomo la cui causa è l'obbligazione di dare. Per una distinzione tra clausola negoziale, patto aggiunto e negozio collegato v. N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. Dir. comm.,* 1955, I, 357, ss.

[54] V. VERDICCHIO, *La permuta*. *Art. 1552-1555 cod. civ.,* in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F. Busnelli, Giuffrè, 2019, 68 ss.: "l'«accordo» tra le parti che l'art. 1378 cod. civ. indica come modalità ordinaria di realizzazione dell'atto di specificazione, lungi dall'avere il valore di una pattuizione negoziale, si risolve in una espressione lessicale diretta semplicemente a rappresentare

individuazione deve determinare la separazione materiale della cosa e deve dunque rispettare i requisiti di certezza e definitività, così da precludere all'alienante l'unilaterale sostituzione del bene individuato, all'insaputa dell'acquirente [55]. Di contro, non necessita di forma scritta *ad substantiam*, neppure nel caso di alienazione generica avente ad oggetto beni immobili [56].

Sul punto, è opportuno chiarire quanto segue. La scelta del bene oggetto dell'accordo è espressione di un atto di autonomia negoziale, che le parti possono compiere già al momento della conclusione del contratto mediante l'inserimento in stesso dei criteri necessari all'individuazione. In tal caso, il contratto è perfetto e la fattispecie è completa; manca solo l'efficacia reale, che si verificherà una volta data attuazione – con un atto meramente esecutivo di individuazione – alla clausola che contiene tale modalità.

Se invece i contraenti hanno deciso di posticipare la scelta sulle modalità di individuazione, l'accordo successivamente stipulato assume la valenza di atto negoziale integrativo, ammissibile anche per i negozi formali, purché la clausola rivesta la stessa forma prevista per il contratto (dunque nei contratti di compravendita immobiliare, deve assumere necessariamente la forma scritta) [57].

Il termine "individuazione" può dunque essere inteso in una duplice accezione, al contempo sia normativa che esecutiva. Nel primo senso, essa rileva nella fase di formazione della volontà negoziale, dovendo le parti individuare i criteri di scelta o l'atto che dovrà produrre l'effetto giuridico dell'individuazione. L'individuazione in senso stretto attiene invece, come sopra chiarito, al momento esecutivo, e non incide sull'assetto programmato del negozio, ma solo sui suoi effetti, determinando il prodursi di quelli traslativi.

A conferma di questa ricostruzione, la dottrina ha osservato come l'art. 1378 cod. civ. contenga l'implicito riferimento a due concetti distinti, rispettivamente definiti "individuazione" e "specificazione": la prima, volta alla determinazione dell'oggetto del contratto, deve essere fatta d'accordo tra le parti o nei modi da esse stabiliti; la seconda – quale operazione materiale contestuale o successiva all'individuazione (negoziale) – consiste nella mera identificazione della singola cosa nell'ambito del *genus* di appartenenza [58].

Questa duplice nozione di individuazione è stata fatta propria anche dalla sentenza in commento. Da un lato infatti, ai fini del perfezionamento e del contratto, "non de[ve] richiedersi una nuova manifestazione di volontà delle parti", che deve essere già stata compiutamente manifestata senza che "si renda (...) necessario

---

l'accettazione, da parte dell'acquirente, all'atto di adempimento dell'alienante"; giungono a conclusioni analoghe M. ORLANDI, *Sulla natura dell'accordo di individuazione nella vendita di cosa generica*, in *Giust. civ*., 1987, II, 185; G. D'AMICO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, I, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, 244. Cfr. Cass., 14 gennaio 1985, n. 31, in *Giust. civ*., 1985, II, 3126 ss., che ha confermato la natura non negoziale dell'individuazione, segnandone il carattere di atto di adempimento dell'obbligo traslativo della proprietà: si tratta, per la precisione, di un modo di adempimento esclusivo.

[55] Cfr. Cass. 23 giugno 1976, n. 2351, in *Giur. compl. cass. civ*., 1976, III, 611; Cass., 10 ottobre 1996, n. 8861, in *Giur. it*., 1997, I, 1573; Cass., 28 aprile 2011, n. 9466, in *Mass. giust. civ*., 2011, 4, 671; conforme in dottrina, D. RUBINO, *La compravendita,* cit., 387; contra, C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 322.

[56] Cfr. G. ROMANO, *La forma della dichiarazione di scelta (nelle obbligazioni alternative aventi ad oggetto beni immobili)*, in *Interesse e rapporti giuridici*, a cura di D. RUBINO, P. PERLINGIERI, S. POLIDORI, I, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 287; Cass. 16 maggio 2016, n. 9994, in *Giur. it*., 2016, 12, 2591 ss., con nota di G. RISPOLI, *Note in tema di alienazione di cosa futura e forma dell'individuazione.*

[57] P. SCHLESINGER, *Complessività del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, in *Studi in onore di P. Greco*, II, Cedam, 1965, 1001; G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Riv. dir. comm*., 1964, II, 192; G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, cit., 94 ss. In giurisprudenza: Cass., 26 settembre 1970, n. 1711, in *Rep. Foro it*., 1971, voce *Contratto*, 695, n. 79. Anche l'obbligo della forma per l'atto di scelta è stato contestato: è stato sostenuto infatti che l'obbligo formale riguarderebbe soltanto la clausola che prevede la relatio e non l'oggetto relato. Cfr. R. NICOLÒ, *La "relatio" nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ*., 1972, I, 124 ss.

[58] M. ORLANDI, *Sulla natura*, cit., 175.

tornare alla determinazione dell'oggetto con un patto successivo". Di contro, il successivo momento esecutivo dell'individuazione, quale atto di "adempimento del venditore che deve prestare la cosa determinata solo nel genere", è ricostruito in chiave di "procedimento tecnico di mera attuazione che (...) individui la dislocazione nell'ambito del fondo maggiore [del bene da alienare]".

La distinzione in commento consente di evitare la sovrapposizione tra due piani concettuali che devono rimanere distinti: quello della determinazione dell'oggetto [59] della vendita *ex* art. 1346 cod. civ. e quello dell'individuazione del bene in senso stretto *ex* art. 1378 cod. civ.

Com'è stato opportunamente osservato, la determinazione dell'oggetto del contratto e l'individuazione del bene oggetto del rapporto rappresentano due profili differenti. Con "oggetto dell'atto giuridico" si intende la sua rappresentazione programmatica, che costituisce parte del contenuto negoziale; con l'espressione "oggetto del rapporto giuridico" ci si richiama al bene inteso come realtà materiale, che costituisce punto di riferimento esterno di un dato effetto giuridico [60].

La distinzione trova conferma anche sul piano degli effetti, poiché dalla mancanza di determinazione dell'oggetto discende la nullità del contratto, mentre l'omessa individuazione del bene determina solo l'inefficacia traslativa dello stesso [61].

L'individuazione di cui all'art. 1378 cod. civ. costituisce conferma, in chiave sistematica, dell'esposta ricostruzione: ai fini della validità del contratto, è sufficiente anche la sola deduzione generica del bene immobile, senza che ciò impedisca la determinatezza o determinabilità dell'oggetto; la successiva individuazione è infatti richiesta solo per la produzione degli effetti reali.

7. – A questo punto della trattazione, si ritiene opportuno procedere nell'analisi dei tratti fondamentali del tipo contrattuale scelto dalle parti all'interno della più ampia categoria di atto dispositivo di bene immobile generico, di cui si è detto ampiamente sinora. Secondo la ricostruzione attorea di primo grado, non contestata dalle convenute e fatta propria anche dai giudici di merito, le parti avevano stipulato un contratto preliminare di permuta di cosa presente contro cosa futura, avente ad oggetto, nello specifico, lo scambio tra un terreno edificabile ed alcuni immobili da costruire.

In generale, è pacificamente ammessa la permuta di cosa futura, sia dalla dottrina [62] che dalla giurispru-

---

[59] Per la nozione di oggetto del contratto come elemento del contenuto, N. IRTI, *voce Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it*., XI, Utet, 1975, 804 ss; A. AURICCHIO, *La individuazione*, cit., 100; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1966, 133.

[60] Si tratta della tesi di A. AURICCHIO, *La individuazione*, cit., 93, a sua volta ripresa dall'autorevole dottrina sui "coelementi di efficacia dell'atto giuridico", elaborata da A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, 1941, 156 ss.; ID., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir*., XIV, Giuffrè, 1965, 470 ss., ed improntata alla distinzione tra oggetto dell'atto e oggetto del rapporto. Il punto di partenza della sua analisi è dato dalla ricostruzione strutturale della fattispecie a formazione progressiva, quale fattispecie complessa, nella quale vanno distinti un ciclo formativo interno ed uno esterno. Il primo è quello relativo al negozio e si esaurisce con la venuta ad esistenza degli essentialia caratteristici del nomen iuris; il secondo concerne i coelementi ulteriori, collocati all'esterno della fattispecie negoziale che influiscono esclusivamente sulla produzione degli effetti, e non sul contenuto, sul perfezionamento o sulla validità del negozio. Nel processo di formazione successiva della fattispecie, l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica alla fattispecie parziale, valida purché munita di tutti gli elementi essenziali mentre, per la produzione degli effetti ulteriori, è necessario attendere il prodursi delle concause di efficacia, quali eventi successivi alla formazione dell'atto volti a determinarne i punti di riferimento esterni (l'oggetto o il soggetto).

[61] A. AURICCHIO, *La individuazione*, cit., 101: "Il senso della distinzione può essere colto benissimo sul piano normativo: mentre la mancanza di determinazione determina la nullità del negozio (art. 1418 cod. civ.) la mancanza di determinazione determina solo la sua inefficacia reale".

[62] C. GIANNATTASIO, *La permuta. Il contratto estimatorio. La somministrazione, in Trattato di diritto civile e commerciale*, diret-

denza [63], in virtù del rinvio operato dall'art. 1555 cod. civ. a tutta la disciplina sulla vendita, ivi compreso l'art. 1472 cod. civ. in tema di vendita di cose future. Una conferma ulteriore è fornita dall'art. 1348 cod. civ., che ammette la deducibilità in contratto le prestazioni di cose future, anche se in alcune pronunce [64] la fattispecie è stata diversamente ricostruita in termini di coesistenza tra due distinti contratti, una compravendita e una promessa di vendita.

Il contratto, perfezionatosi in virtù del solo consenso, produce effetti reali immediati limitatamente al bene esistente ed effetti obbligatori [65] quanto al bene futuro. Si tratta di una "permuta obbligatoria unilaterale [66]" visto che solo una delle due attribuzioni riguarda una cosa futura, il cui trasferimento, pur posticipato nel tempo, si verifica automaticamente, per effetto della sola venuta ad esistenza della cosa, senza necessità di ulteriori atti traslativi o della materiale acquisizione del bene in capo all'acquirente.

Dal punto di vista pratico, questo contratto è utilizzato di frequente nelle ipotesi di cessione in permuta da parte di un soggetto del proprio terreno ad un costruttore, affinché questi vi costruisca un edificio e ceda, come controprestazione, uno o più immobili facenti parte del complesso da realizzare [67].

Il caso sotteso alla vicenda in esame costituisce proprio un esempio di questa prassi giuridico-economica molto diffusa, grazie alla sua buona capacità di soddisfare gli interessi delle parti. La stipula di un tale contratto di permuta consente infatti al *dominus soli* di appaltare la costruzione dell'edificio, pur in mancanza di liquidità, e di diventare proprietario di una o più unità immobiliari, una volta ultimata la costruzione. Per altro verso, il costruttore non dovrà versare alcun corrispettivo in denaro per l'acquisto del terreno; inoltre, in quanto proprietario sin da subito del suolo, è legittimato a costituirvi ipoteca ed ottenere così i finanziamenti necessari alla copertura dei costi per la realizzazione degli edifici [68].

Come già rilevato per l'ipotesi generale di permuta futura, anche il contratto in questione determina la

---

to da A. Cicu e F. Messineo, XXIV, Giuffrè, 1957, 22 ss.; G. COTTINO, *Del riporto, della permuta*, in *Commentario al codice civile,* a cura di A. Scialoja e G. Branca, IV, Zanichelli, 1966, 86 ss; A.A. CARRABBA, *Della permuta. Artt. 1548-1654*, in *Commentario al codice civile,* diretto da E. Gabrielli, a cura di D. Valentino, I, 2, Utet, 2011, 106; R. CALVO, *La vendita*, III, 1, Giuffrè, 2016.

[63] La casistica si riferisce essenzialmente alle fattispecie della permuta di terreno (bene presente) in cambio di unità immobiliari da costruire (bene futuro): Cass. 25 ottobre 2013, n. 24172, in *Foro it*., 2014, 1, 94; Cass. 22 dicembre 2005, n. 28479, in *Mass. Giust. civ*., 2005, 7/8, 918; Cass. 11 marzo 1993, n. 2952, in *Giur. it*., 1994, I, 1, 256; Cass. 24 gennaio 1992, n. 811, in *Giust. civ*., 1993, 1, 240 con nota di M. DE TILLA, *Sulla permuta di un bene esistente con un bene futuro* ed *ivi*, con nota di C. DE CHIARA, *Permuta di bene presente con bene futuro*, 1305.

[64] Cass. 22 dicembre 2005, n. 28479, cit., 921: "il contratto con cui una parte cede all'altra la proprietà di un'area edificabile, in cambio di un appartamento sito nel fabbricato che sarà realizzato sulla stessa area a cura e con i mezzi del cessionario, integra gli estremi del contratto di permuta tra un bene esistente ed un bene futuro, qualora il sinallagma negoziale consista nel trasferimento della proprietà attuale in cambio della cosa futura". In applicazione di tale principio, la Corte ha confermato la decisione di merito che aveva ravvisato nelle pattuizioni intercorse tra le parti due contratti distinti, una compravendita ed una promessa di vendita, avendo le parti convenuto l'immediato trasferimento della proprietà dell'area contro la mera promessa di vendita di un appartamento nel fabbricato da costruire.

[65] La permuta di cosa futura va collocata all'interno della categoria più generale della permuta obbligatoria, comprensiva di figure eterogenee. Per un inquadramento generale della categoria, v. V. VERDICCHIO, *La permuta*, cit., 64-65; G. GAZZARA, *La vendita*, cit. 49; G. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, I, Giuffrè, 1988, 95 ss; A. RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, Giuffrè, 2000, 13 ss.

[66] Nomenclatura suggerita da C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 1147.

[67] Sullo scambio tra area edificabile con immobili da costruire e sulle diverse varianti dell'operazione, v. A.A. CARRABBA, *Della permuta*, cit., 70 ss.

[68] Le ragioni economiche ivi evidenziate spiegano perché questo schema ha consentito anche a piccole imprese edili di realizzare imponenti manufatti, cfr. G. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, cit., 230. Più in generale, l'operazione in questione risulta particolarmente utile in periodi di scarsa liquidità per il mercato immobiliare, come segnalato da F. TASSINARI, *Lo scambio di immobile presente con immobile futuro tra permuta e doppia vendita*, in *I Quaderni della Fondazione italiana del notariato. Strumenti negoziali di edilizia privata: l'esperienza del notariato tra tradizione e nuove soluzioni, Atti del Convegno di Messina del 18 ottobre 2008*, 2009, 73.

produzione di effetti reali scanditi in due diversi momenti, e tale asimmetria diacronica realizza posizioni differenti in capo alle parti: il *dominus soli* perde immediatamente la proprietà del bene, e di contro acquisterà la proprietà delle singole unità immobiliari a lui spettanti solo al momento della realizzazione dell'edificio, restando nel frattempo esposto al rischio della loro mancata venuta ad esistenza (per inadempimento [69] o fallimento dell'impresa costruttrice, o per qualsiasi altra possibile ragione).

Così disciplinata, la permuta sarà stipulata soltanto nei casi in cui il *dominus soli* nutra un adeguato livello di fiducia nell'appaltatore, anche se deve darsi atto che la disciplina a tutela degli acquirenti degli immobili da costruire [70] ha notevolmente implementato le tutele in loro favore, in quanto ritenuti parte contrattuale debole.

Per superare l'*impasse* dell'efficacia meramente obbligatoria della retroattività da risoluzione per inadempimento, sono stati elaborati schemi negoziali alternativi, facendo ricorso, ad esempio, al meccanismo condizionale [71] – più conveniente grazie alla retroattività reale di cui all'art. 2659 cod. civ. – oppure alla riserva della proprietà di cui all'art. 1523 cod. civ. [72], espressamente prevista in tema di beni mobili ma ritenuta estensibile anche alle ipotesi di vendite immobiliari [73].

Se poi, in conformità alla tesi dottrinale dominante [74] favorevole alla derogabilità convenzionale del modello circolatorio consensualistico [75] *ex* art. 1376 cod. civ., si ammetta una permuta come negozio "obbligato-

---

[69] In caso di inadempimento da parte del costruttore (che non esegue la costruzione o che non ne trasferisce la proprietà all'altro contraente), l'acquirente della cosa futura può sicuramente agire *ex* art. 1453 cod. civ., ma non tornerà con sicurezza proprietario del terreno precedentemente trasferito, dal momento che la risoluzione per inadempimento non è opponibile agli aventi causa e ai creditori del costruttore che abbiano trascritto o iscritto atti in data anteriore alla trascrizione della domanda di risoluzione per inadempimento, in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 1458 comma 2, e 2652 comma 1, n. 1, cod. civ.

[70] Per un commento al d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, recante "Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 2010, v. *ex multis*, G. BARALIS**,** *Considerazioni sparse sul decreto delegato conseguente alla L. n. 210 del 2004: spunti in tema di varietà di contratti "garantiti", prestazione di fideiussione "impropria", riflessi sulla trascrizione, contenuto "necessario" del contratto, invalidità speciale e sue conseguenze*, in *Riv. not*., 2005, 4, 723; S. DELLE MONACHE, *La garanzia fideiussoria negli acquisti di immobile da costruire (fra obbligo e onere)*, in *Riv. dir. civ*., 2009, 5, 613; A. LUMINOSO, *La compravendita. La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Utet, 2005; A. PISCHETOLA, *La tutela degli acquirenti degli immobili da costruire e l'appalto*, in *Riv. not*., 2006, 1, 111; G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Giuffrè, 2005; G. RIZZI, *Il d. lgs. n. 122 del 2005: il contenuto del contratto preliminare*, in *Studi e materiali*, 2005, 2, 977; ID., *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Not*., 2005, 4, 427; A. RUOTOLO, *Tutela degli acquirenti immobili da costruire e fideiussione emessa da società iscritte nell'elenco generale ex art. 106 T.U.B*., in *Studi e materiali*, 2007, 3, 839.

[71] A.A. CARRABBA, *Della permuta*, cit., 76, evidenzia come la capacità protettiva della condizione risolutiva di inadempimento verrebbe meno in caso di interpretazione estensiva dell'art. 72, comma 6, l.f., senza limitarla alla sola clausola risolutiva espressa, norma che prevede per l'ipotesi di fallimento dell'imprenditore edile permutante l'inefficacia delle "clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento".

[72] G. CAPOZZI, *Dei singoli contratti*, cit., 237; R. CALVO, *La vendita*, cit., 527. In giurisprudenza: Cass. 27 marzo 1963, n. 749, in *Foro it*., 1964, 2, 369; App. Bari, 2 febbraio 1942, in *Corte Bari*, 1942, 1, 104; *contra*, G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., 221 e, *ivi*, nota 8.

[73] G. D'AMICO, *La compravendita*, cit., 275 ss. Sulla differenza tra compravendita sospensivamente condizionata all'adempimento del compratore, e compravendita con patto di riservato dominio, cfr. G. PETRELLI, *La condizione ''elemento essenziale'' del negozio giuridico. Teoria generale e profili applicativi,* Giuffrè, 2000, 435 ss.

[74] Per tutti, A. LUMINOSO, *La vendita*, cit., 51: "La dottrina tradizionale (...) può considerarsi ormai superata (...). Queste conclusioni [la derogabilità dell'art. 1376 cod. civ.] sono ormai accettate dalla quasi totalità della dottrina italiana".

[75] Cfr. C.M. BIANCA, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, in *Riv. dir. civ*., 1969, I, 535 ss.; ID., *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Cedam, 1955, 5 ss; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo di acquisto*, Giuffrè, 1974; C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. impr*., 1998, 2, 572; A. SEMPRINI, *L'acquisto progressivo della proprietà immobiliare*, in *Contr. impr.*, 2018, 3, 1190 ss., che evidenzia la "tendenza alla procedimentalizzazione" degli acquisiti immobiliari; R. LENZI, *La vendita come procedimento*, in *Rass.* dir. civ., 2015, 4, 1359.

rio" (unilaterale o bilaterale) nel senso romanistico del termine, è possibile che dal contratto derivino solo reciproche obbligazioni di trasferire, da adempiere con successivi negozi dispositivi *solvendi causa*.

In tal caso, l'interesse del titolare del suolo potrà essere soddisfatto mediante il ricorso a tale tecnica traslativa, previa configurazione del contratto come meramente obbligatorio anche *ex latere domini soli* e subordinando il compimento del successivo pagamento traslativo da parte di quest'ultimo alla previa realizzazione della costruzione da parte dell'appaltatore [76].

8. – Nonostante i correttivi applicabili mediante apposite clausole negoziali, i meccanismi in esame continuano a fare uso della permuta unilaterale di cosa futura quale contratto di base.

Tali soluzioni non sono però le uniche alternative prospettabili, essendo di contro possibile – ed anche più conveniente, sotto vari profili – fare uso di tecniche contrattuali "più progredite [77]" mediante l'uso di schemi negoziali differenti.

Nella sentenza in commento, il ricorrente si richiama ad una di queste fattispecie alternative, lamentando l'omesso esame di un fatto decisivo da parte del giudice di appello, inerente la determinazione dell'oggetto, relativo, secondo la ricostruzione del ricorrente, alla "costituzione di una comproprietà indivisa *pro quota* relativamente sia al terreno che al compendio immobiliare da costruire". In altri termini, secondo il ricorrente, la Corte d'appello non avrebbe considerato che il contratto avesse ad oggetto la costituzione di una comunione di beni, comprendente sia quello presente (il terreno) che quelli futuri (gli edifici da costruire).

Il predetto motivo viene però respinto dalla Suprema Corte, per un duplice ordine di ragioni: sia per la tardività dell'allegazione, esposta per la prima volta solo in sede di legittimità, "non risultando tale profilo dapprima invocato", sia per la sua irrilevanza: "l'ipotesi che il negozio fra le parti era finalizzato ad un trasferimento di semplice comproprietà non può condurre ad escludere la mancanza di identificazione e determinabilità dell'oggetto del contratto (...). I detti requisiti dell'oggetto sono (...) indispensabili in ogni caso".

La pure respinta ricostruzione di parte ricorrente costituisce lo spunto per esaminare la fattispecie contrattuale citata, idonea a produrre un effetto sostanzialmente permutativo, dunque configurabile quale alternativa rispetto al tipo contrattuale di permuta di cosa futura sopra esaminato. Nonostante la lacunosa ricostruzione in fatto, sembra infatti che la ricostruzione operata dal ricorrente possa essere qualificata come vendita di quota di comproprietà del terreno con contestuale appalto (ed eventualmente, con contestuale divisione di cosa futura [78]).

In esecuzione di tale schema negoziale, il proprietario del suolo vende all'impresa una quota indivisa del terreno, espressa in millesimi, e corrispondente al valore delle unità immobiliari da ricevere. Contestualmente, si procede alla stipula del contratto di appalto con conferimento al costruttore dell'incarico relativo alla costruzione dell'edificio, quale corrispettivo della vendita. Grazie a tale collegamento negoziale tra vendita e appalto, non si ha solitamente alcun esborso di denaro da parte dell'appaltatore, che acquista la quota di

[76] V. VERDICCHIO, *La permuta*, cit., 57 ed ivi nota 87 e per l'ipotesi qui maggiormente rilevante, 90.

[77] La qualificazione tra virgolette si deve a A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, 1995, 195; ID., *La vendita*, cit., 102.

[78] Sulla divisione di cosa futura in generale, cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Divisione di cosa futura? (costruzione su suolo comune e divisione anticipata dello stabile)*, in *Riv. giur. edilizia*, 1958, I, 676; R. TRIOLA, *Reciproca costituzione di diritti di superficie o divisione di cosa futura nel c.d. condominio precostituito?*, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1449 ss.; C. PENNAROLA, *Acquisto pro indiviso di un'area per costruzione di edificio condominiale: divisione di cosa futura o concessioni ad aedificandum?*, in *Riv. giur. ed.*, 1986, I, 461 ss.

comproprietà dell'area, compensando il suo debito con il credito nascente dall'appalto, cioè con il corrispettivo a lui spettante per l'esecuzione dei lavori.

La fattispecie in esame realizza così un'ipotesi di condominio precostituito ed ha natura di contratto plurilaterale con comunione di scopo. Questa soluzione consente al proprietario di trasferire una quota di terreno al costruttore, ma di restare comunque nella disponibilità del suolo, in quanto comproprietario; inoltre, qualunque costruzione edificata dal costruttore in esecuzione dell'appalto sarà da costui acquistata *pro quota* per accessione *ex* art. 934 cod. civ.

Per evitare che l'immobile da costruire cada in comunione, è possibile completare l'operazione negoziale con la contestuale stipula di una divisione del futuro fabbricato, al fine di attribuire la proprietà esclusiva delle unità immobiliari edificande a ciascun comproprietario, da parametrare in misura corrispondente alle loro rispettive quote ideali [79].

In relazione all'applicabilità anche a tale fattispecie delle tutele di cui al d.lgs. n. 122/2005, si è rilevato che mancherebbe un acquisto a titolo derivativo, sia perché l'accessione costituisce un modo di acquisto a titolo originario, sia perché l'effetto divisionale – indipendentemente da ogni considerazione sulla sua natura dichiarativa o costitutiva, dibattito che sembra oramai risolto dalla recente decisione delle Sezioni Unite [80] – è privo di efficacia traslativa.

Si è di contro condivisibilmente replicato che anche il fenomeno dell'acquisto a titolo originario può rientrare nel campo di applicazione del decreto, laddove esso si inserisca nell'ambito di una complessiva operazione di scambio, che riguardando un immobile da costruire, non si produce in via immediata [81]. Inoltre, il contratto di divisione comporta pur sempre una reciprocità di attribuzioni patrimoniali, collegate tra di loro da un nesso qualificabile in termini di commutatività e, quindi, di onerosità [82].

9. – Riassumendo le considerazioni finora analiticamente riproposte, si rileva come la sentenza in esame si collochi in una posizione di continuità con la giurisprudenza precedente in relazione alla generale ammissibilità degli atti di disposizione aventi ad oggetto un immobile generico. Se ciò è pacifico in astratto, sarà sempre necessaria la verifica in concreto del rispetto del requisito di determinatezza o almeno determinabilità dell'oggetto *ex* art. 1346 cod. civ., per evitare di incorrere in una declaratoria di nullità; ciò vale indifferentemente per qualsiasi tipo negoziale, dunque anche per la permuta di cosa futura, o per l'ipotetico contratto costitutivo di comproprietà indivisa emerso dalla tardiva ricostruzione di parte ricorrente.

Da ultimo, si dà atto che la particolare attenzione al contenuto del contratto è confermata anche da una specifica disposizione contenuta nel d.lgs. n. 122/2005, segnatamente l'art. 6, che prevede l'obbligo di conformare il contratto stipulato tra le parti ad un contenuto "minimo" normativamente predeterminato, con previsione ulteriore di specifiche allegazioni [83]. Tale disposizione è stata appositamente prevista al fine di assi-

[79] Sulla divisione di cosa futura ai fini della cd. precostituzione condominiale, v. per tutti M. COMPORTI, *Il condominio precostituito e i negozi di precostituzione condominiale*, Giuffrè, 1986, 432 ss.

[80] Cass., sez. un., 7 ottobre 2019, n. 25021, in *personaemercato.it*, 2 dicembre 2019, con nota di L. VERGASSOLA, *Le Sezioni Unite sulla natura giuridica della divisione e immobili abusivi*, disponibile al link *http://www.personaemercato.it/le-sezioni-unite-sulla-natura-giuridica-della-divisione-e-immobili-abusivi-di-lorenzo-vergassola*; G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1, 23 ss.

[81] Per l'esclusione, invece, del meccanismo acquisitivo operante tramite la divisione di cosa futura, dall'ambito di applicazione del decreto, P. BERNARDI FABBRANI, *Il trasferimento di immobili da costruire*, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano, 15 aprile 2005, 38 ss.

[82] G. PETRELLI, *Gli acquisti*, cit., 76-77.

[83] D.lgs. n. 122/2005. Art. 6. Contenuto del contratto preliminare "1. Il contratto preliminare ed ogni altro contratto che ai sensi

curare la massima completezza possibile del contenuto del contratto, anche con riguardo ai profili di determinazione del suo oggetto [84].

Ai sensi dell'art. 1 lett. a) infatti, il decreto legislativo si applica non solo alla vendita e al preliminare di vendita, ma ad "ogni altro contratto (...) che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato (...) della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire". Oggetto di considerazione, da parte del legislatore, non è tanto il contratto quanto l'operazione economica nel suo complesso [85], intesa come la sequenza composita comprensiva del regolamento negoziale e dei vari comportamenti che ad esso si collegano in vista del risultato perseguito, senza che vi siano limiti con riguardo alla causa negoziale, e senza che rilevino i problemi di qualificazione di fattispecie affini.

Da ciò discende che le prescrizioni ivi contenute si applicano anche alla permuta (e al relativo preliminare) di cosa presente contro cosa futura, e nello specifico di suolo contro appartamenti da costruire [86]. Per le medesime ragioni, l'assetto normativo in esame opera anche nei confronti di tutti gli atti di alienazione di cosa generica, in quanto idonei a determinare un trasferimento non immediato del diritto [87].

Sebbene il legislatore non abbia previsto alcuna sanzione per il caso di violazione di tale disposizione [88], si ritiene che, se a seguito dell'omessa indicazione in contratto degli elementi di cui alle lett. a) e b) del primo comma dell'art. 6, l'immobile da trasferire non possa essere individuato, e si determini una situazione di incertezza circa l'oggetto del contratto, il contratto sarà affetto da nullità assoluta ai sensi degli artt. 1418, comma 2, e 1346 cod. civ., coerentemente con le tesi esposte in precedenza in relazione alla vendita immobiliare generica ad oggetto indeterminato ed indeterminabile.

---

dell'articolo 2 sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile oggetto del presente decreto devono essere stipulati per atto pubblico o per scrittura privata autenticata devono contenere: a) le indicazioni previste agli articoli 2659, primo comma, n. 1), e 2826 del codice civile; b) la descrizione dell'immobile e di tutte le sue pertinenze di uso esclusivo oggetto del contratto (…)".

[84] Si tratta di linea di tendenza rinvenibile in ampi settori della più recente legislazione in materia contrattuale: cfr. G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ*., 2005, 1, 25 ss., ove il rilievo che nel c.d. diritto europeo e nella legislazione speciale ''il complesso degli obblighi informativi, in funzione di descrizione del bene e di tutte le sue caratteristiche oltreché del relativo prezzo (...) configura senza dubbio una necessaria determinazione dell'oggetto del contratto concluso con il consumatore, nel senso di escluderne per definizione la determinabilità, ossia la possibilità di una successiva determinazione rispetto al momento della conclusione del contratto*"*.

[85] Sul concetto di operazione economica, cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ*., 2003, 1, 93 ss.; ID., *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ*., 2004, 11, 1044 ss. (ed *ivi*, 1048 ss., la constatazione che "l'operazione economica, quale categoria ordinante, diviene dunque, oltre che strumento di rappresentazione concettuale dell'unità dell'affare in regime di autonomia privata, anche strumento di protezione del contraente debole e, per suo tramite, di garanzia del corretto funzionamento di un mercato concorrenziale").

[86] Soluzione pacifica in dottrina; per tutti, si vedano A.P. UGAS, *I contratti regolati*, in *Codice della vendita*, a cura di V. BUONOCORE, A. LUMINOSO, C. MIRAGLIA, Giuffrè, 2012, 1277 e 1280; F. DELL'AVERSANA, *Vendita e promessa di vendita di immobili da costruire*, in *Le vendite immobiliari*, a cura di F. BOCCHINI, II, Giuffrè, 2016, 1007.

[87] G. PETRELLI, *Gli acquisti,* cit., 68: Il presupposto del "trasferimento non immediato" della proprietà accomuna alla fattispecie già analizzata della vendita di cosa futura altre tipologie negoziali, generalmente etichettate come "vendite obbligatorie", la cui caratteristica è data dal differimento dell'effetto traslativo rispetto al momento in cui il contratto viene perfezionato. Rientrano, in tale categoria, tra l'altro, (...) la vendita generica (...). In ciascuno di questi casi, l'effetto traslativo si produce nel momento in cui interviene un evento ulteriore rispetto al contratto (rappresentato, rispettivamente (...) dall'individuazione nella vendita generica".

[88] G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale"),* in *Riv, dir. priv*., 2005, 2, 288. La dottrina oscilla tra la prospettazione di un obbligo di rinegoziare per adeguare il contratto alle prescrizioni in esame (in generale, sulla rinegoziazione, cfr. F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, 2004; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, 1996) o la configurazione di una responsabilità precontrattuale o contrattuale da inadempimento (quest'ultima, esclusa da G. RIZZI, *La nuova disciplina*, cit., 429).

CORTE DI GIUSTIZIA UE, SEZ. I, SENTENZA 25 NOVEMBRE 2020, C-269/19

L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che, in seguito all'accertamento del carattere abusivo delle clausole che definiscono il meccanismo di fissazione del tasso d'interesse variabile in un contratto di prestito come quello in questione nel procedimento principale, e qualora tale contratto non possa sussistere dopo la soppressione delle clausole abusive in questione, l'annullamento di detto contratto avrebbe conseguenze particolarmente dannose per il consumatore, e non esista alcuna disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, il giudice nazionale deve adottare, tenendo conto del complesso del suo diritto interno, tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose che l'annullamento di detto contratto potrebbe provocare. In circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, nulla osta, in particolare, a che il giudice nazionale rinvii le parti ad una trattativa allo scopo di fissare il metodo di calcolo del tasso d'interesse, purché determini il quadro di tali trattative e queste siano volte a stabilire tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti un equilibrio reale che tenga conto segnatamente dell'obiettivo di tutela del consumatore sotteso alla direttiva 93/13.

FLORA PIROZZI

Professore straordinario di Diritto privato – Università Telematica Pegaso

L'ATTUAZIONE DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE IN AMBITO CONSUMERISTICO

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. La nullità parziale dei contratti con i consumatori nel diritto unionale. – 3. Poteri correttivi dello squilibrio contrattuale da parte del giudice interno e la direttiva n. 93/13/CEE. Punti deboli della sentenza. – 4. La nullità parziale "nuda" nella visione della Corte. Ambiguità e lacune. – 5. Tra dissuasività di azione ed equilibrio contrattuale: adeguatezza della soluzione.*

1. – Il presente commento offre lo spunto per riflettere, da un lato, sull'estensione dei poteri del giudice sul contratto e, dall'altro, sulle relazioni tra interpretazione interna ed europea in materia consumeristica [1]. Al

[1] Per un commento al codice del consumo, con particolare riguardo al diritto unionale, cfr. R. PETRUSO, *Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte Europea di giustizia,* in *Scritti di comparazione e Storia giuridica* II, a cura di P. Cerami e M. Serio, Torino, 2013, 415-418; G. ALPA, *Il codice del consumo*, in *Contratti*, 2005, 1047; ID., *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1997, p.237;

fine di comprendere la posizione assunta dalla Corte di Giustizia nella sentenza che si annota, appare opportuno ripercorrere i tratti salienti della vicenda giudiziaria oggetto del *decisum*. In particolare, la domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori [2]. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Banca e un cliente in merito al presunto carattere abusivo e alla nullità assoluta di varie clausole contenute in un contratto di credito riguardante la concessione di un prestito personale concluso dal cliente presso tale istituto.

Il 5 giugno 2007 un cliente stipulava un contratto di credito relativo alla concessione di un prestito personale presso la Banca. Tale contratto era garantito da un'ipoteca di primo grado, di importo pari ad euro 182.222, di cui euro 179.000 corrispondevano al prestito personale cosiddetto «Maxicredit» a tasso fisso per un anno ed euro 3.222 corrispondevano alla commissione di concessione di tale prestito, per un periodo di 300 mesi. Dalla decisione di rinvio è emerso che le seguenti clausole contrattuali erano applicabili a detto contratto: l'articolo 5 del contratto di prestito di cui trattasi prevedeva un tasso di interesse annuo del 7,4% per il primo anno del prestito, successivamente un tasso di interesse corrente corrispondente al tasso di riferimento variabile indicato nei locali dell'istituto bancario, maggiorato di 1,5 punti percentuali; conformemente all'articolo 2.6 delle condizioni generali di concessione del prestito allegate a tale contratto, durante il periodo del prestito, il tasso di interesse corrente poteva variare in funzione dell'evoluzione del «servizio unico del debito del cliente» nei confronti di detto istituto; in forza dell'articolo 2.10, lettera a), di tali condizioni generali, durante il periodo del prestito, l'istituto bancario poteva modificare gli interessi senza il consenso del mutuatario, in funzione del costo del finanziamento del prestito, e il nuovo tasso di interesse era applicabile al saldo del prestito a partire dalla data della sua modifica. La modifica del tasso di interesse variabile comportava un ricalcolo degli interessi dovuti; ai sensi dell'articolo 2.10, lettera b), di dette condizioni generali, per i prestiti a tasso di interesse variabile determinato in funzione di un indice di riferimento, il LIBOR o l'Euribor, il tasso di interesse poteva essere modificato in base all'evoluzione di tale indice; in forza dell'articolo 2.11 delle medesime condizioni generali, il nuovo tasso di interesse, rivedibile ogni semestre, era affisso nei locali dell'istituto bancario dalla data di applicazione della modifica e il tasso di interesse che ne risultava era applicato al saldo del prestito in essere alla data della modifica; in caso di linee di credito, il mutuatario veniva a conoscenza della modifica del tasso di interesse annuo nonché del piano di rimborso ag-

---

ID., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori,* in *Corr. Giur*., 1993, 639; E. CAPOBIANCO, *La protezione del consumatore tra obiettivi di razionalizzazione normativa e costruzione del sistema nell'esperienza del codice del consumo*, in *Vita not*., 2008, 1187; R. CALVO, *Il Codice del consumo tra consolidazione di leggi e autonomia privata*, in *Contr. Impr. Eur*., 2006, 74; G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici,* in *Contr. Impr. Eur*., 2006, 43; G. DE CRISTOFARO, *Il "codice del consumo": un'occasione perduta?,* in *Studium iuris*, 2005, 1137; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv*., 2005, 837; ID., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ*., 2007, I, 681; ID., *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore – Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Giust. civ*., 1996, II, 513; S. PATTI, *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2005, II, 282; ID., *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contr. Impr*., 1993, 71; *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di F. Bocchini, Torino, 2003; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1998, p.17; M. NUZZO, *I contratti del consumatore tra legislazione speciale e disciplina generale dei contratti,* in *Rass. dir. civ*., 1998, 308.

[2] La letteratura in argomento è molto vasta. Per alcune indicazioni di massima, v. i lavori presenti nella Collana *"Consumatori oggi"* a cura di M. BESSONE e P. PERLINGIERI, Napoli, 2008; *Codice del Consumo*, *Commentario* a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1995; M. MUSY, *La protezione dei consumatori in Italia* (*Rilievi comparatistici sul nostro modello di Tutela*), in *Questione giustizia*, 2001; G. SCORZA, *Il diritto dei consumatori e della concorrenza in internet*, Padova, 2006; *Diritto dei consumatori e nuove tecnologi*e a cura di F. BOCCHINI, Torino, 2003.

giornato mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante estratto conto fornito gratuitamente al mutuatario presso gli sportelli dell'istituto bancario; se, a seguito della modifica del tasso di interesse da parte di tale istituto, il mutuatario non rimborsava il saldo del prestito e i relativi interessi entro un termine di 10 giorni dalla data in cui ne era venuto a conoscenza, si riteneva che avesse accettato il nuovo tasso di interesse.

Il 9 giugno 2017 il cliente proponeva un ricorso contro la Banca dinanzi al Tribunalul Specializat Cluj (Tribunale specializzato di Cluj, Romania) affinché quest'ultimo dichiarasse il carattere abusivo e, pertanto, la nullità assoluta delle clausole del contratto di prestito in questione relative al tasso d'interesse variabile e annullasse, di conseguenza, il piano di rimborso stabilito in applicazione di tali clausole. Egli chiedeva, altresì, che detto giudice ingiungesse alla convenuta di modificare le suddette clausole e la condannasse a rimborsare l'importo pagato in eccesso risultante dalla dichiarazione del carattere abusivo di queste ultime. Dinanzi allo stesso giudice, il cliente sosteneva, in particolare, che le clausole di cui trattasi consentivano alla Banca di modificare arbitrariamente l'importo di detto tasso, pregiudicando così i suoi legittimi interessi di consumatore. Con sentenza del 23 gennaio 2018, detto giudice accoglieva parzialmente il ricorso del cliente. Esso dichiarava, in particolare, la parziale nullità assoluta della clausola di cui all'articolo 5 del contratto di prestito in questione, per quanto concerne il meccanismo di determinazione del tasso d'interesse variabile, ai sensi del quale il tasso di interesse corrente corrisponde al tasso di riferimento variabile affisso nei locali dell'istituto bancario, nonché dell'articolo 2.6, dell'articolo 2.10, lettera a) e dell'articolo 2.11, articoli di cui al punto 12 della presente sentenza. La nullità assoluta della clausola contenuta nell'articolo 2.10, lettera b), di detto contratto era stata constatata sulla base del fatto che l'istituto bancario aveva solo la possibilità e non l'obbligo, di rivedere il tasso d'interesse variabile in funzione degli indici di riferimento indicati nel contratto, vale a dire il LIBOR o l'Euribor. Inoltre, era stato intimato alla Banca B. di precisare il contenuto della clausola relativa agli interessi del contratto di prestito di cui trattasi, definendo, in base alle indicazioni di detto giudice, gli elementi costitutivi e l'importo di tali interessi. Da un lato, il margine previsto all'articolo 5 del contratto doveva essere fissato a 1,5 punti percentuali, maggiorato dell'indice Euribor a 6 mesi. Dall'altro, la modalità di modifica del tasso di interesse doveva dipendere, esclusivamente, dagli indici di riferimento Euribor a 6 mesi, con un margine fisso dell'istituto bancario, che poteva essere modificato soltanto con l'accordo scritto delle parti, cosicché la modifica del tasso di interesse dipendeva dalle variazioni dell'indice Euribor a 6 mesi.

Secondo il Tribunalul Specializat Cluj (Tribunale specializzato di Cluj), l'eliminazione della clausola che conferisce all'istituto bancario il diritto esclusivo di controllare il meccanismo di adeguamento del tasso di interesse variabile, senza precisare le conseguenze di tale constatazione, comporterebbe, in pratica, una modifica del contratto, in quanto il tasso di interesse sarebbe fissato al livello applicabile durante il primo anno del prestito. Una situazione del genere favorirebbe, soprattutto, il professionista e vanificherebbe qualsiasi trattativa al riguardo tra le parti contraenti. Inoltre, detto giudice rilevava che la fissazione di un tasso d'interesse fisso avrebbe costituito una modifica del contratto contraria all'accordo delle parti, che avevano concordato un tasso d'interesse variabile, nonché alle disposizioni dell'articolo 969 del codice civile, che sancisce il rispetto degli impegni contrattuali (*pacta sunt servanda*).

Il 15 ottobre 2018 la Banca proponeva appello avverso detta sentenza dinanzi al giudice del rinvio, la Curtea de Apel Cluj (Corte d'appello di Cluj, Romania). Dinanzi a tale giudice, la Banca fa valere, sostanzialmente, che il giudice di primo grado ha modificato il metodo di calcolo del tasso di interesse di cui trattasi per l'intera durata del prestito, ignorando la volontà delle parti al momento della conclusione del contratto di prestito in questione. Statuendo in tal modo, esso avrebbe ecceduto le proprie competenze giurisdizionali e avrebbe ignorato la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La Banca B. sosteneva, altresì, che il giudice di primo grado avesse erroneamente fondato la sua decisione su disposizioni che non erano in vigore al momento della stipula di tale contratto. Il giudice del rinvio afferma che i giudici rumeni hanno interpretato e applicato in modo divergente l'articolo 6 della legge n. 193/2000 che traspone nel diritto rumeno l'articolo 6 della direttiva n. 93/13, per quanto concerne, in particolare, la determinazione delle conseguenze del fatto che sia accertato il carattere abusivo delle clausole [3] che definiscono il meccanismo di fissazione del tasso d'interesse variabile con riferimento a criteri non trasparenti. Dato che un contratto di prestito stipulato da un consumatore con un professionista non può giuridicamente sussistere qualora quest'ultimo perda il suo diritto di percepire interessi, una parte dei giudici ritiene che spetti alle parti contraenti negoziare in buona fede, in modo reale ed effettivo, la clausola relativa alle modalità di fissazione del tasso d'interesse, di modo che il contratto che esse hanno concluso possa continuare ad esistere. Altri giudici hanno disposto l'applicazione, al termine del periodo in cui era previsto un tasso d'interesse fisso, di un tasso d'interesse costituito dal margine fisso stipulato nel contratto di prestito, a decorrere dal secondo anno del prestito, maggiorato di un indice oggettivo, trasparente e verificabile, come l'Euribor. In tali circostanze, la Curtea de Apel Cluj (Corte d'appello di Cluj) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«*1) Se l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva [93/13] debba essere interpretato nel senso che, in seguito all'accertamento del carattere abusivo di una clausola che definisce il meccanismo per la determinazione del tasso di interesse variabile con la formula "margine fisso e interessi di riferimento applicati da una banca in base a criteri non trasparenti", nell'ambito di un contratto di credito con tasso di interesse fisso limitatamente al primo anno e un tasso variabile per gli anni successivi, conformemente alla formula menzionata, consenta al giudice nazionale di adeguare il contratto stabilendo un metodo di calcolo dell'interesse variabile sulla base di parametri di riferimento trasparenti (LIBOR/Euribor) e del margine fisso della banca, alla luce degli elementi di fatto contenuti nel contratto di credito, al fine di garantire una migliore tutela del consumatore.*

2) In caso di risposta negativa a tale questione, se l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva [93/13] debba essere interpretato nel senso che, in seguito all'accertamento del carattere abusivo di una clausola come quella precedentemente menzionata, consente al giudice nazionale di applicare, in via giudiziale, un tasso di interesse fisso mediante riferimento al margine fisso stabilito per il secondo anno di esecuzione del contratto o al tasso di interesse fisso del primo anno.

3) In caso di risposta negativa a tale questione, se l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva [93/13] e il principio di effettività debbano essere interpretati nel senso che, in seguito all'accertamento del carattere abusivo di una clausola come quella precedentemente menzionata, ostano a che il giudice nazionale rinvii le parti ad una trattativa al fine di determinare il nuovo tasso di interesse, senza stabilire parametri di riferimento.

4) In caso di risposta negativa a tale questione, quali siano i possibili rimedi per garantire una tutela dei consumatori in linea con le disposizioni dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva [93/13]».

A dirimere tali contrasti è intervenuta, pertanto, la decisione della Corte di Giustizia UE, 25 novembre 2020, C-269/19, che ha espresso i principi sopra riportati.

[3] In materia si v. M.P. GERVASI, *Clausole abusive e mutui ipotecari secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, n. 7, 1 luglio 2021, 1575.

2. – È in corso una penetrante influenza del diritto unionale sui modelli di tutela civile [4]. L'esigenza di garantire l'effettività del diritto europeo ha assunto connotazioni sempre più penetranti come, tra l'altro, risulta inequivocabilmente dal formante giurisprudenziale europeo. Ciò ha creato un rapporto simbiotico, se così possiamo affermare, fra effettività del diritto in Europa ed effettività della tutela dei diritti riconosciuti in ciascuna Costituzione degli Stati membri. Pertanto, si pone l'attenzione sulle posizioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della giurisprudenza maturata nel singolo Stato membro, poiché hanno influenzato, non poco, il dibattito sulla nullità parziale all'interno della sfera della disciplina consumeristica sulle clausole vessatorie. L'indagine, avendo ad oggetto la compatibilità della disciplina codicistica della nullità con le nuove invalidità di protezione [5], ci ricorda, tra l'altro, quella tesi secondo la quale l'interprete, chiamato a decidere sulla propagazione della nullità parziale, svolge un'attività non d'interpretazione del contratto, bensì d'integrazione di atti di autonomia [6]. Il termine "integrazione" utilizzato allude ad un doppio significato, ossia di sottrazione o di aggiunta, la correzione del regolamento contrattuale può, infatti, avvenire anche mediante sottrazione [7]. A tal fine, giova distinguere tra una integrazione di *supplenza* all'autonomia privata, quando l'autonomia privata non si esplica in modo compiuto. L'integrazione di supplenza (o suppletiva) è di ausilio all'autonomia privata in quanto mira a riempire le lacune dell'autonomia privata stessa, consentendo al contratto di operare nella realtà economica [8]. L'integrazione, quindi, opera quando il contenuto adottato dalle parti, benché ricostruito nello scopo perseguito e valutato meritevole di tutela, risulti incompleto.

Si ha integrazione di *contrasto* quando, pure essendosi l'autonomia privata esplicata in modo esaustivo ed in grado di compiutamente operare, esigenze e valori dell'ordinamento che impongono un intervento di opposizione all'assetto di interessi realizzato: è una integrazione antagonista che si impone all'autonomia privata sovrapponendosi al contenuto contrattuale [9]. Problema delicato è quando la normativa cogente sopravvive alla conclusione del contratto, così da sconvolgere l'assetto di interessi realizzato. L'applicazione del principio di buona fede dovrebbe consentire al contraente, non più interessato al contratto, di recedere dal contratto, potendosi fare applicazione del principio che consenta alla parte la cui prestazione è diventata eccessiva-

---

[4] In merito a tale profilo si vedano i seguenti contributi: F. Bocchini, *Tradizione e attualità nel diritto privato*, Napoli, 2009; G. Vettori, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 178; Id., *Contratto e rimedi*, III ed., Padova, 2017, 30 ss.; I. Pagni, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, Annali, X, 2017, 355 ss.; P. Biavati, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1323 ss.; P. Iamiceli (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Una ricerca per e con la formazione giudiziaria,* Napoli, 2020, disponibile su *http://hdl.handle.net/11572/282583*.

[5] Per un approfondimento in materia si veda G. Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011; S. Polidori, *Disciplina della nullità ed interessi protetti*, Napoli, 2001, 114 ss.; G. Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.,* 2004, 861 ss.; M. Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa,* Padova, 2008, 1 ss. e 322 ss.; A. Di Majo, *La nullità*, in *Tratt. Dir. priv.,* diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, 31 ss. e 127-135; U. Malvagna, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017,* in *Banca borsa e tit. cred.,* 2017, 6, 828 ss..; G. Berti De Merinis, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa,* in *Banca borsa e tit. cred.,* 2014, 5, 612 ss.; S. Giuliani, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto,* in *Contr.,* 2016, 12, 1089 ss.; M. Girolami, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca borsa e tit. cred.,* 2017, 5, 554 ss.

[6] F. Di Marzio, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, 403; ma si veda pure V. Roppo, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede,* in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 706, nota 64, secondo cui *"non sembra davvero ragionevole assumere senz'altro la nullità del contratto…solo perché è venuta meno una minima parte della controprestazione";* A. Belvedere, C. Granelli (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata,* Padova, 2001.

[7] Sul punto si veda, A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 65.

[8] F. Bocchini, E. Quadri, *Diritto privato*[8], Torino, 2020, 1006.

[9] F. Bocchini, E. Quadri, *op. cit.*,1006.

mente onerosa di domandare la risoluzione del contratto (art. 1467[1]) [10]. L'integrazione di contrasto, come noto, assume tre modelli: soppressivo, additivo e sostitutivo [11].

Ebbene, a seguito della valorizzazione della buona fede, come clausola generale che accompagna l'intera vita del contratto, la disputa sull'ambito dell'equità, più che perdere di importanza, ha solo "spostato" il suo campo di incidenza dall'equità alla buona fede, intrecciandosi con questa, nella direzione di fissare il limite dell'intervento correttivo del giudice, sul quale sono intervenuti i giudici europei [12].

La visione giurisprudenziale europea si concreta nella circostanza che il giudice interno dovrà indagare se gli effetti dell'integrazione siano aderenti agli obiettivi di una tutela che rispetti i principi poco prima evocati. Più precisamente, il giudicante, come tra l'altro conferma il Giudice comunitario nella decisione commentata [13], dovrà avere riguardo agli obiettivi "presi di mira" dalle fonti europee (direttive), ma anche alle preferenze del consumatore (soggetto debole), come si dirà meglio nel paragrafo in appresso.

3. – La problematica analizzata dalla Corte di Giustizia UE prende spunto dall'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, 5 aprile 1993, concernente le "clausole abusive" nei contratti stipulati con i consumatori.

Con la pronuncia in commento, nell'ipotesi in cui un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore non possa sussistere, successivamente alla soppressione di una clausola abusiva [14], la Corte ha riconosciuto che l'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13 non osta a che il giudice nazionale, in applicazione di principi del diritto contrattuale, sopprima la clausola abusiva, sostituendola con una disposizione di diritto nazionale

---

[10] F. BOCCHINI, E. QUADRI, *op. cit.*, 1007.

[11] Per un approfondimento sul punto si rimanda a F. BOCCHINI, E. QUADRI, *op. cit.*, 1007, secondo cui l'intervento soppressivo si limita a dichiarare la nullità della singola clausola contrattuale, con la conseguente caducazione. Viene in rilievo il fenomeno della c.d. nullità parziale, che di regola, opera nei limiti fissati dall'art. 1419[1], secondo un generale principio di conservazione del contratto. Il contratto continua a vivere senza la clausola dichiarata nulla, e perciò nella stregua che meglio realizza l'interesse del soggetto protetto. Con l'intervento additivo la legge amplia imperativamente il regolamento contrattuale. Talvolta interviene direttamente, aggiungendo specifiche determinazioni: ad es., nei contratti negoziati fuori del locale commerciale e a distanza spetta al consumatore il diritto di recesso da esercitare con determinate modalità, ancorché non previsto (art. 52 cod. cons.). L'intervento sostitutivo realizza l'integrazione più penetrante. La legge prescrive la sostituzione di una determinazione pattizia con altra autoritativamente imposta. Il dato significativo è che la sostituzione è di diritto e cioè automatica: la sostituzione avviene anche se la norma imperativa violata non preveda la sostituzione: la sostituzione avviene anche se la norma imperativa violata non preveda la sostituzione e senza possibilità di valutazione di una diversa volontà anche solo ipotetica delle parti. Acutamente la dottrina ha affermato che l'eteronomia ribalta l'autonomia: la volontà della legge si sostituisce alla volontà dei privati. Il contratto continua a vivere, ma nel modo conformato dall'ordinamento. Il fenomeno è testualmente regolato dall'art. 1419[2], secondo cui *"la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative"*.

[12] Si veda Corte Giust. UE 14-6-2012, n. 618, secondo cui la direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro non consentire al giudice investito di una domanda d'ingiunzione di pagamento di esaminare d'ufficio, *"in limine litis"*, e in qualsiasi altra fase del procedimento, anche qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, la natura abusiva di una clausola sugli interessi moratori inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest'ultimo ma poi stabilisce che l'art. 6, par.1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che esso *"*osta ad una normativa di uno Stato membro che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola*"*. Analogamente Corte giust. UE 30-5-2013, n. 488.

[13] Corte di Giustizia UE, 25 novembre 2020, C-269/19.

[14] Si veda in materia C. SARTORIS, *Clausola (abusiva) di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza bankia s.a. della corte di giustizia*, in *Persona e Mercato,* 2019/3, 19.

di natura suppletiva in situazioni in cui dichiarare invalida la clausola abusiva obbligherebbe il giudice ad annullare il contratto nella sua interezza, esponendo, in tal modo, il consumatore a conseguenze particolarmente dannose, sicché quest'ultimo ne sarebbe penalizzato.

La decisione si apprezza, sotto alcuni aspetti, per gli spunti riflessivi, non soltanto sui poteri del giudice sul contratto, ma anche in chiave comparatistica, ossia sul confronto che ne deriva delle due diverse posizioni interpretative (giudice interno e giudice europeo) nell'ambito della tutela consumeristica.

Allo stesso tempo, però, lascia intravedere i "vuoti" di un dialogo tra Corti Nazionali e Corte di Giustizia che, per forza di cose, reagisce a sollecitazioni puntuali, inserite in contesti determinati, non sempre del tutto accessibili in una prospettiva sovranazionale.

È bene premettere che il giudizio di abusività produce differenti conseguenze a seconda che incida su una clausola "non essenziale" del regolamento contrattuale o, diversamente, su una clausola "essenziale" dello stesso.

Di fronte ad un contratto affetto da clausola (essenziale) abusiva, quindi, squilibrato nelle prestazioni tra soggetto debole (consumatore) e soggetto forte (professionista), si possono intravedere due percorsi alternativi: o si chiede che sia caducato l'intero contratto, oppure si opta per la nullità parziale della sola clausola abusiva. Ebbene, "eliminare" la sola clausola abusiva sarebbe, *prima facie*, una soluzione adeguata a garantire, da un lato, la protezione per il consumatore e, dall'altro, a distogliere il professionista dal compiere condotte abusive.

Applicare un meccanismo di eliminazione delle clausole abusive non è, però, una garanzia che potrebbe condurre alla protezione, così come concepita dalla direttiva in rassegna. Posto che occorre eliminare in un contratto solo il tassello che crea squilibrio, va da sé che, rimasto il vuoto, occorrerà capire come fronteggiare gli effetti che, inevitabilmente, possono prodursi a seguito di tale eliminazione [15] (pur giusta).

A giudizio della Corte, nella sentenza in commento, acclarata la clausola come abusiva e annullato l'intero contratto, conseguirebbero effetti collaterali per il consumatore (la caducazione dell'intero contratto costringerebbe il consumatore-mutuatario a restituire senza indugio il denaro ricevuto in prestito). La Corte, pertanto, al fine di non pregiudicare gli interessi delle parti, ha permesso al giudice di sostituire la clausola abusiva con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva [16].

Il Supremo Collegio s'interroga se l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 debba essere interpretato nel senso che, in seguito alla dichiarazione del carattere abusivo delle clausole che definiscono il meccanismo di fissazione del tasso d'interesse variabile, in un contratto di prestito, come quello in questione nel procedimento principale e qualora tale contratto non possa sussistere dopo la soppressione delle clausole abusive di cui trattasi e non esista alcuna disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva che possa sostituirsi a dette clausole, tale disposizione osta a che il giudice nazionale fissi un nuovo metodo di calcolo del tasso

---

[15] Per una riflessione generale sul tema dei poteri correttivi del giudice nel nostro ordinamento, si vedano: G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1998, 1, 17 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.,* 2000, 1, 20 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, *Diritto civile*, III, 2000, 33 ss.; A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata,* in *Danno e resp*., 2006, 411 ss.; M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della usa eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo,* in *Eu. dir. priv.,* 2008, 41 ss.; A. D'ADDA, *La correzione del "contratto abusivo"*, in *Le invalidità di diritto privato,* a cura di A. BELLAVISTA, A. PLAIA, Milano, 2011; S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale,* in *Pers. e merc.,* 2012, 10, 848 ss.; S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, 12, 744 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?,* in *Jus Civile*, 2016, 5, 347 ss.; M. PENNASILICO, *La correzione giudiziale dei contratti,* in *Rass. dir. civ.,* 2016, 1, 179 ss.

[16] Corte di Giustizia UE 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Kásler* e *Káslerné Rábai.*

d'interesse o rinvii le parti ad una trattativa al fine di determinare un nuovo metodo di calcolo di questo tasso, senza definire il quadro di tali trattative. Il giudice nazionale dovrebbe adottare misure idonee a tutelare il consumatore dagli eventuali danni che dalla caducazione del contratto deriverebbero.

Come si evince, il problema attiene proprio alla portata dell'art. 6 della direttiva 93/13/CE secondo cui il giudice nazionale ha, soltanto, il potere di disapplicazione della clausola abusiva, ma non anche il potere di revisione del suo contenuto.

La questione, si ribadisce, non sussiste quando la clausola abusiva non è una clausola essenziale; in tal caso il problema è risolto, direttamente, dal legislatore, *ex* art. 6, I comma, codice del consumo; invece, quando la nullità incide su una clausola essenziale, *a latere* alla caducazione, si può collocare, grazie alla pronuncia in commento, l'integrazione del vuoto creatosi attraverso una norma dispositiva o suppletiva.

Ebbene, in considerazione del caso esaminato dal Giudice comunitario, si ritiene preferibile caducare l'intera clausola patologica (che definisce il meccanismo di fissazione del tasso d'interesse variabile), in tal caso va valutato, nel suo complesso, il rapporto tra regolamento del contratto e clausola incriminata.

Su tali premesse, la Corte aveva considerato non compatibili con l'art. 6, Dir. 93/13/CEE quelle legislazioni nazionali che consentivano al giudice, una volta accertata l'abusività di una clausola, di correggere il patto abusivo [17]. La Corte, sul punto, ha affermato: "*se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'art. 7 della direttiva 93/13. Infatti, tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole [...] dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole consapevoli che, quand'anche fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti*" [18]; ai giudici compete, unicamente, escludere l'applicazione della clausola abusiva "*affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima*" [19].

4. – Per la Corte il potere di cui dispone il giudicante non potrà travalicare ciò che è necessario per "rispristinare" l'equilibrio contrattuale tra le parti e, quindi, per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose che l'annullamento del contratto di prestito di cui trattasi potrebbe provocare. La Corte di Giustizia, sul punto, ha chiarito che: "*Da un lato, il giudice deve garantire che possa essere ripristinata l'uguaglianza tra le parti contraenti che l'applicazione di una clausola abusiva nei confronti del consumatore abbia messo a repentaglio. Dall'altro, occorre assicurarsi che il professionista sia dissuaso dall'inserire siffatte clausole nei contratti che propone ai consumatori"* [20]. Tale assunto sarebbe compromesso se il giudice si spingesse oltre ciò che è strettamente necessario a restituire equilibrio.

---

[17] Nel caso richiamato si trattava dell'art. 83, Real decreto legislativo 1/2007, che, nel regolare gli effetti della non apposizione della clausola, prevedeva l'integrazione della lacuna sia con norme dispositive, sia con una regola creata dal giudice; il problema è stato affrontato con conclusioni analoghe anche da Corte di Giustizia UE 30 maggio 2013, causa C-488/11, Asbeek Brusse, in *Jus Civile*, 2013, 7, 388, con nota di R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in cui ad essere valutata era la (in)compatibilità della norma olandese che attribuiva al giudice il potere di ridurre equitativamente l'importo di una clausola penale ritenuta manifestamente eccessiva.

[18] Corte di Giustizia UE 14 giugno 2012, C-618/10, cit., par. 69.

[19] Ancora, Corte di Giustizia UE 14giugno 2012, C-618/10, cit., (par. 65).

[20] Corte di Giustizia UE, 25 novembre 2020, C-269/19.

Vediamo che il giudice chiamato a valutare se la nullità parziale sia valida come rimedio, non potrà agire, in tal senso, se non s'interroga sulle conseguenze della nullità sul concreto bilanciamento tra diritti e obblighi, alterato, ad esempio, dall'abuso del professionista.

L'integrazione del contratto retrocede a co-elemento residuale della tutela consumeristica, soggetto al vaglio del giudice e al peso delle preferenze del consumatore. La sua 'denegazione' diventa la regola, la sostituzione della clausola l'eccezione.

Questa nullità parziale definita 'nuda', perché svestita del complemento 'naturale', che il nostro art. 1374 [21] cod. civ. vede, *in primis,* nella legge e poi negli usi e nell'equità, è un rimedio quasi nuovo, pronto ad assumere una chiara funzione sanzionatoria. Su tale ultimo profilo è stato osservato che si tratta, per lo più, di clausole con cui si regolano le conseguenze penalizzanti dell'inadempimento del consumatore: una clausola penale, un interesse moratorio, una clausola risolutiva espressa. In tutte queste ipotesi la nullità nuda serve a privare il professionista del beneficio abusivamente acquisito mediante l'imposizione della clausola: la penale eccessiva, l'interesse moratorio sproporzionato, la risoluzione a fronte di un inadempimento di scarsa o scarsissima importanza [22].

L'effetto privativo della nullità 'nuda' non va, sicuramente, condannato; di esso, tuttavia, occorre chiarire la reale natura. Si ritiene che non ci sia da stupirsi del fatto che il giudice europeo ne stimoli l'uso, ma solo che lo fa in modo generico, senza considerare, da un lato, la proporzionalità del rimedio-sanzione e, dall'altro, del complicato collegamento con il diritto nazionale, qualora l'applicazione di regole suppletive è *apertis verbis* prevista dalla legge [23].

Un quesito, però, è d'obbligo porsi: cosa succede se il diritto nazionale non disponga di una norma regolatrice idonea a colmare la lacuna? La sentenza in epigrafe ha, quindi, fornito risposta, dando la possibilità di una rimessione alle parti delle trattative, purché il Giudice sia egli stesso a stabilire "le linee guida" di tali trattative che siano volte a ristabilire, tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale che tenga conto dell'obiettivo di tutela del consumatore [24] sotteso alla direttiva 93/13. Ed ecco che abbiamo la rinegoziazione quale rimedio alla caducazione del contratto. Ma sarà sufficiente?

Con un ragionamento più approfondito, si approderebbe al risultato che l'integrazione del contratto ha, essa stessa, funzione di presidio, anziché ritenere che sia un effetto postumo alla verifica della nullità parziale. Ragionando in questi termini, si rischierebbe, però, di impattare con la circostanza che l'integrazione della norma di legge nel contratto nasca dalla forza cogente [25] della norma stessa che il giudice si limiti ad applica-

---

[21] La tesi che sostiene la capacità di buona fede ed equità di integrarsi reciprocamente è sostenuta da C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, 240, secondo la quale, infatti, le due clausole hanno finito per avvicinarsi nel corso del tempo, per cui *«la sola differenza che si può evidenziare tra i due principi è costituita dal fatto che la buona fede costituisce lo strumento teorico, che il giudice deve tenere sempre presente per valutare l'equilibrio di un contratto, l'equità rappresenta il mezzo pratico per dare giustizia nel caso concreto».*

[22] P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità 'nude' e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele,* in *Giust. civ.*, n. 4, 2020, p.745.

[23] Per una lettura critica della giurisprudenza comunitaria sotto questo specifico profilo si veda, A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto,* in *I Contratti*, 1/2013, 26 ss., 26. In prospettiva parimenti critica S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ.,* 2019, 564, che vede nell'approccio della Corte di Giustizia il «*riflesso di una supremazia assiologica della deterrenza sulla giustizia contrattuale*».

[24] Per un approfondimento sul punto F. SANGERMANO, *La tutela del consumatore nella prospettiva dei "nuovi" vizi del consenso quali figure sintomatiche: dalla rigidità alla flessibilità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 6/2021.

[25] In tema di forza cogente, si veda F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, rist. 2019, 188 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 42-52.

re, senza possibilità di misconoscere. Dunque, il punto centrale risiederebbe nel constatare se, come *ubi consistam* dell'interpretazione data dalla giurisprudenza europea dell'integrazione contrattuale, esistano gli anzidetti principi di effettività, dissuasività e proporzionalità delle tutele consumeristiche.

In sintesi, possiamo dedurre che l'argomento della dissuasività valorizzato dalla sentenza annotata ha portato la Corte, sicuramente, a "sottovalutare" il ruolo, possiamo definirlo "importante", dell'etero-integrazione in funzione protettiva del consumatore e finendo così per generare tensioni non necessarie tra diritto europeo e legislatori nazionali, a cui invece potrebbe, in molti casi, riconoscersi il merito di una normazione suppletiva, altrettanto rispettosa dei principi di effettività, dissuasività e proporzionalità delle tutele.

Ugualmente critica è, sotto questo profilo, quell'aprioristica denegazione di ruolo all'integrazione giudiziale, anche se prevista dai sistemi nazionali, come se, nello specifico ambito della determinazione degli effetti della nullità parziale, il giudice cessasse di essere l'interprete di una legislazione secondo i principi e valori dell'ordinamento, che lo stesso diritto europeo ha contribuito a valorizzare.

Il recente *revirenment* emerso nel caso *Caixabank*[26], unito all'ultima lettura della giurisprudenza europea offerta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema di nullità delle clausole inerenti ai tassi moratori, farebbe pensare che l'etero-integrazione possa conoscere presto nuovi approdi e più miti orientamenti anche presso il giudice di Kirchberg.

Del resto, nonostante l'intenso susseguirsi di pronunce, il dialogo tra corti nazionali e Corte di Giustizia ha ancora molti traguardi da conquistare in questo ambito.

Lo stesso *New Deal for consumers*, con la previsione di un rimedio caducatorio a fronte della pratica commerciale scorretta, potrebbe generare nuove questioni in merito all'alternativa tra caducazione totale e caducazione parziale del contratto affetto da pratica scorretta abbinata all'uso di clausole vessatorie. Ugualmente, nel campo del credito al consumo dove, tutto sommato, è lo stesso diritto europeo ad aver sollecitato i legislatori nazionali ad adottare norme dispositive di riferimento (come nella determinazione del costo del credito o del valore dell'indennizzo in caso di restituzione anticipata), la sostituzione della clausola potrebbe riacquistare quel valore conformativo che le è già proprio nei sistemi nazionali, a cui forse "sarebbe" ragionevole rinunciare in favore di un più "pesante" ruolo sanzionatorio della nullità, solo nei casi più gravi.

5. – In questo trascolorare della tutela civile, verso orizzonti propri delle forme pubblicistiche di attuazione dei diritti, è importante riflettere sull'essenza della nullità parziale di stampo consumeristico: un rimedio che, inerente all'atto, punta al riequilibrio di posizioni individuali all'interno di una relazione strutturalmente diseguale. Se, dunque, effettività, proporzionalità e dissuasività sono, ormai, comunemente applicate tanto alle sanzioni quanto ai rimedi, il loro uso dovrebbe essere correlato alla natura e alla funzione primaria di ciascuna misura disposta dal giudice. Nel caso della nullità parziale, ciò significa garantire che, attraverso il

[26] Corte Giust. UE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*, § 54-55, dove si afferma che: "*il fatto che una clausola contrattuale giudicata abusiva va ritenuta come mai esistita può giustificare l'applicazione delle eventuali disposizioni del diritto nazionale, che disciplinano la ripartizione delle spese di costituzione e di cancellazione dell'ipoteca in mancanza di accordo tra le parti. Orbene, se tali disposizioni pongono a carico del mutuatario la totalità o una parte di tali spese, né l'articolo 6, paragrafo 1, ne l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 ostano a che sia rifiutata la restituzione, al consumatore, della parte di dette spese che egli stesso deve sostenere. (....) l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che essi ostano a che, in caso di nullità di una clausola contrattuale abusiva che pone il pagamento della totalità delle spese di costituzione e di cancellazione dell'ipoteca a carico del consumatore, il giudice nazionale rifiuti la restituzione al consumatore degli importi pagati in applicazione di detta clausola, a meno che le disposizioni del diritto nazionale che sarebbero applicabili in mancanza della clausola in questione impongano al consumatore il pagamento della totalità o di una parte di tali spese*".

rimedio, la parte protetta dalla nullità sia in grado di recuperare effettivamente le utilità perdute, di liberarsi dagli oneri o i rischi ingiustamente assunti, non invece che, in ragione di una funzione deterrente del rimedio, consegua arricchimenti ingiustificati o vada esente da responsabilità proprie. Del resto, il principio di proporzionalità non lo consentirebbe [27].

La questione che avvolge l'intero ragionamento del presente commento è comprendere, anzitutto, i limiti per il giudice nell'ipotesi in cui intervenga nel contratto stipulato dalle parti e se possa modificare ciò che le parti hanno pattuito, sulla base della loro autonomia (espressione massima dell'autodeterminazione).

È bene considerare che, prima di giungere ai "principi" di diritto esplicitati con la sentenza in oggetto, la Corte parte dal presupposto che la direttiva 93/13/CEE si basa sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità informativa rispetto al professionista, situazione che lo può indurre ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter influire sul contenuto delle stesse [28].

Allora, partendo dalla distinzione tra integrazione suppletiva e cogente, occorre notare come la prima consenta di colmare i vuoti del regolamento contrattuale, viceversa, l'integrazione cogente non compensa un accordo assente, ma si aggiunge a un accordo che già esiste, ritenuto non meritevole di tutela dall'ordinamento.

Si ritiene che l'integrazione del contratto, che avvenga per opera del giudice, non andrebbe vista come un modo per "invadere" la volontà dei contraenti nella regolazione dei loro rapporti, ma occorre, invece, interpretare tale "intervento" sempre in chiave di tutela dell'ordinamento ed anche dei contraenti, proprio perché mira ad apportare un bilanciamento delle posizioni contrapposte che squilibrate per l'inserimento di clausole inique.

La Corte di Giustizia, con la sentenza *Kàsler* [29], finalmente apre le porte all'integrazione suppletiva, seppur limitatamente all'ipotesi in cui l'invalidazione della clausola abusiva importi la caducazione dell'intero contratto [30].

Ci si domanda, pertanto, se possa prevalere sempre l'autodeterminazione dei contraenti rispetto all'intervento correttivo del giudice ed ancora, che importanza possa assumere la giustizia contrattuale.

È l'evoluzione della società che occorre considerare: in particolare, se negli anni passati era ipotizzabile affermare che per realizzare la giustizia contrattuale fosse bastevole l'autonomia dei privati, attualmente diventa difficile per quest'ultimi fronteggiare svariate insidie provenienti, ad esempio, dalla contrattazione di massa, dall'abuso di posizione del contraente (professionista) più forte e, quindi, di fronte a quest'ultimo diventa difficile predisporre una tutela dei propri interessi. Sotto questo profilo, l'esempio delle clausole vessatorie nei contratti di credito al consumo potrebbe portarci a riflettere su come, almeno in un caso, la Corte di giustizia abbia scelto la diversa strada dell'integrazione del contratto, nonostante che la clausola vessatoria fosse non essenziale [31]. Intervenendo in tema di clausole sui costi inerenti alle iscrizioni ipotecarie, altresì, regolate con norme di legge suppletive, la decisione parrebbe determinare un vero e proprio *revirement* rispetto agli orientamenti precedenti, ammettendo dunque che quelle norme suppletive si applichino in sostituzione delle clausole vessatorie.

---

[27] P. IAMICELI, *op. cit.,* 753.

[28] Alla luce di una siffatta situazione di inferiorità, ritiene la Corte che *"*tale direttiva obbliga gli Stati membri a prevedere un meccanismo che garantisca che qualsiasi clausola contrattuale che non sia stata oggetto di trattativa individuale possa essere controllata al fine di valutarne l'eventuale carattere abusivo*"*; così sentenza del 3 ottobre 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819.

[29] Corte di Giustizia UE 30 aprile 2014, causa C-26/13.

[30] Così A.M.S. CALDORO*, Clausole abusive e rimedi alla caducazione: rimessione delle parti alle trattative, nuova frontiera (o terra incognita)?,* in *i Contratti 3/2021*, 283.

[31] Cosi nella recente Corte Giust. UE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*.

Rappresenta un cambio di rotta di cui la Corte non chiarisce bene le ragioni: non prende esplicite distanze da una dissuasività appiattita sulla regola della non integrazione, né pare ispirata dall'applicazione del principio di proporzionalità [32], richiamato in altre decisioni. Nella materia in esame, segni ben più impliciti di un recente ripensamento della Corte di Giustizia s'intravedono nella giurisprudenza in tema di riduzione dei costi accessori del credito spettante al consumatore in caso di restituzione anticipata del credito *ex* art. 16 dir. 2008/48/CE [33]; da tale orientamento l'Arbitro Bancario e Finanziario non ha mancato di derivare le opportune implicazioni in tema di integrazione del contratto [34] a fronte della nullità delle clausole sui costi c.d. *upfront*.

Se poi si passa alla normativa nazionale, è il legislatore interno ad abbinare, in tema di trasparenza [35] del TAEG, nullità parziale della clausola accessoria sui costi del credito e integrazione del contratto mediante sostituzione del TAEG convenzionale con altro tasso definito dalla norma; ciò al fine di assicurare una protezione effettiva, proporzionata e dissuasiva al consumatore.

Non a caso, muovendosi nella medesima prospettiva tracciata dal diritto europeo, l'Arbitro Bancario e Finanziario circoscrive i limiti di una siffatta tutela ricorrendo al principio di proporzionalità [36]. In ultimo (e con implicazioni non meno rilevanti), le aperture così intraviste verso l'integrazione del contratto in ipotesi di clausole accessorie schiudono nuove e importanti prospettive sulla tutela effettiva, dissuasiva e (soprattutto) proporzionata del consumatore riguardo alle clausole inerenti ai tassi moratori. Su tale aspetto è fondamentale, senz'altro, la legislazione sovranazionale la quale, come si evince anche dalla giurisprudenza europea, sembra, pian piano, creare degli spiragli all'ipotesi di bilanciare le prestazioni "squilibrate", facendo ricorso alla clausola di buona fede e, in particolare, tale ragionamento vale *a fortiori* se consideriamo la parte più debole dell'accordo.

Partendo dalla regola, trasposta in buona parte nell'art. 6 direttiva 93/13/CE, secondo la quale la clausola vessatoria non può produrre effetto alcuno e nessuna revisione della clausola è consentita, vediamo che mira a fortificare, in un certo senso, l'effettività del divieto di impiegare clausole "colorate" da vessatorietà e l'effettività della protezione del soggetto debole. Se consideriamo il valore dissuasivo (per la parte forte del rapporto) notiamo che tale valore, come affermato dalla giurisprudenza comunitaria, sarebbe pregiudicato se il professionista potesse affidarsi sulla revisione della clausola che, pur privandolo di quel vantaggio che illegittimamente avrebbe ottenuto con la clausola squilibrata, gli garantisca una qualche soddisfazione legata all'uso del termine nullo, seppure rideterminata secondo altri parametri [37].

---

[32] Per un approfondimento sul punto si veda, G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I e II, Napoli, 2017; G. PERLINGIERI, *Presentazione*, in A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, Napoli, 2019, VII-XII.

[33] Corte di Giust. UE, 11 settembre 2019, C-383/18, *Lexitor*,§ 29 e § 34.

[34] Cfr. ABF, Collegio di coordinamento, decisione n. 26525 del 17 dicembre 2019.

[35] In tema di obbligo di trasparenza, si veda: Corte di Giustizia UE 5 giugno 2019, C-38/17, in *Foro it.,* IV, 23, con nota di A. IULIANI, *La trasparenza consumeristica nell'interpretazione della Corte di giustizia e della dottrina*; in tal senso, già Corte di Giustizia UE 3 maggio 2020, C-125/18, cit.; Corte di Giustizia UE 20 settembre 2018, causa C-448/17, in *Rep. Foro it*., 2018, voce *Unione europea*, n. 1934; Corte di Giustizia UE 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, in *Rep. Foro it.,* 2016, voce cit., n. 2143; Corte di Giustizia UE 23 aprile 2015, causa C-96/14, in *Rep. Foro it.,* 2015, voce cit., n. 1860; Corte di Giustizia UE 26 febbraio 2015, causa C-143/13, *ivi*, n. 1861; Corte di Giustizia UE 30 aprile 2014, causa C-26/ 13 cit; Corte di Giustizia UE 21 marzo 2013, causa C-92/11, id., 2014, IV, 4.

[35] Cfr. in tal senso, in un caso di mancata inclusione nel TAEG di voce di costo marginale, ABF, Coll. Palermo, Decisione n. 25181 del 21 novembre 2019.

[36] Cfr. in tal senso, in un caso di mancata inclusione nel TAEG di voce di costo marginale, ABF, Coll. Palermo, Decisione n. 25181 del 21 novembre 2019.

[37] Sul punto si veda, Corte Giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Espanol*. Ed invero, fino alla sentenza Banco Español de Crédito, cit., la Corte di Giustizia non aveva mai affrontato realmente il problema degli effetti della non apposizione della clausola

Com'è stato osservato in dottrina, la giurisprudenza europea, maturata negli ultimi decenni nell'area della tutela consumeristica, parrebbe rappresentare la migliore cornice di un simile potere giurisdizionale. In più occasioni, infatti, la Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare che, stante l'intrinseca debolezza del consumatore e l'asimmetria di potere caratterizzante la relazione con il professionista, non solo nel corso del rapporto contrattuale ma anche nella fase contenziosa, l'obiettivo di una tutela effettiva può essere perseguito solo se si assegna al giudice un ruolo proattivo nell'ambito del processo. Nota è l'evoluzione giurisprudenziale che ha portato dalla configurazione di un *potere* a quella di un vero e proprio *dovere* di rilevazione officiosa della vessatorietà della clausola. Nella stessa prospettiva possono essere richiamati i poteri officiosi di natura istruttoria o quelli inerenti all'individuazione del rimedio applicabile [38].

Tanto è consolidato nelle Corti europee l'assunto secondo il quale il diniego d'integrazione dell'accordo opera come rimedio con effetto privativo e sanzionatorio, che qualsiasi tipo di controllo della clausola è visto come eccezionale. In sostanza, quest'ultima è ammessa, soltanto, allorché essa sia dirimente riguardo all'accordo e il venir meno dello stesso sia pregiudizievole per il consumatore, pregiudicando, in particolare, l'effetto deterrente dato dallo strumento dell'invalidità. Viceversa, quando la clausola è accessoria l'approccio generale riprende la sua forza e la mancata integrazione diventa un co-elemento, come già detto in precedenza, fondamentale della nullità parziale per garantire effettività e dissuasività.

Ai sensi dell'art. 1419 cod. civ., la nullità della singola clausola contrattuale può determinare la nullità dell'intero contratto solo qualora risulti che *i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*. Il riferimento dato dalla norma codicistica è nell'interesse contrattuale e combacia con la reciproca intenzione dei contraenti, richiamando, dunque, la volontà comune.

Così letta la norma, svela la nitida contrarietà fra il 1° e il 2° comma, esattamente tra autonomia ed eteronomia dell'accordo. Infatti, nel momento in cui, secondo l'art. 1339 cod. civ., la clausola nulla è sostituita di diritto dalla norma imperativa di precetto, il primo comma dell'art. 1419 cod. civ. è inapplicabile e il secondo comma, prendendo atto dell'etero-integrazione cogente, stabilisce la nullità parziale. Dunque, considerando il dato codicistico, è la stessa etero-integrazione del contratto a stabilire la riuscita del rimedio invalidatorio, eliminando dall'inizio la possibilità di ricorrere alla nullità totale.

Il diritto europeo, di regola, non consente al giudice di esercitare poteri di moderazione o sostituzione della clausola vessatoria, neppure se fondati su norme di legge nazionale. Sempre nella prospettiva della Corte di Giustizia, l'etero-integrazione torna ad essere ammessa solo se essenziale per la sussistenza del contratto e funzionale alla protezione del consumatore.

In assenza di queste condizioni, invertendosi la logica sottesa all'art. 1419 cod. civ., non è l'etero-integrazione a escludere la nullità totale, bensì l'esigenza di una tutela effettiva del consumatore a escludere l'etero-integrazione [39]. Va evidenziato che, sicuramente, la funzione correttiva attraverso la buona fede si lega con quanto affermato in precedenza, quando si è fatto cenno alla conservazione contrattuale.

È noto che l'art. 1374 cod. civ. non annovera formalmente la buona fede tra le fonti di integrazione del

---

abusiva, limitandosi ad affermare che spettava al giudice nazionale trarre dalla caducazione del patto "tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore non sia vincolato da detta clausola".

[38] Su cui ampiamente: F. CAFAGGI, P. IAMICELI, C. ANGIOLINI, F. CASAROSA, A. VAN DUIN, M. GROCHOWSKI, *et al*., *Re-Jus Casebook on Effective Justice in Consumer Protection*, Trento, 2018, in *https://www.rejus.eu/content/materials*, 9 ss. Essenziali i richiami a Corte giust. UE, 27 giugno 2000, C-240/98, *Oceano Grupo Editorial* (sul potere di rilevazione *ex officio*); Corte giust. UE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon* (in cui il poter si fa *dovere* di rilevazione); Corte Giust. UE, 28 luglio 2016, C-168/15, *Tomašova* (in tema di responsabilità per mancata di rilevazione della questione inerente alla violazione del diritto UE da parte del giudice).

[39] P. IAMICELI, *op. cit.,* 723 ss.

contratto, ma il principio di buona fede rappresenta comunque una clausola generale dell'ordinamento che permea l'intero dispiegarsi dell'autonomia privata ed il cui contenuto concreto è determinato volta per volta in relazione al contesto delle circostanze e degli interessi in cui deve operare. Invero, i riferimenti normativi alla buona fede, sia in tema di conclusione art. 1337 cod. civ., interpretazione art. 1366 cod. civ. ed esecuzione del contratto art. 1375 cod. civ., fanno delle buona fede un fondamentale principio legale che assume anche il ruolo essenziale fonte di integrazione del regolamento contrattuale, nel senso di imporre la produzione di effetti conformi alla buona fede [40].

Come si evince anche nella sentenza commentata, alla buona fede è, infatti, assegnato un ruolo fondamentale nella conclusione e nella esecuzione del contratto. L'idea generale è che la buona fede oggettiva operi come fonte di integrazione del contratto.

Nell'ambito della conservazione contrattuale, poi, coerentemente, s'inserisce l'art. 3.2.7 par. 2 (Principi *Unidroit*) laddove è stabilito che il giudice ha la possibilità di adattare il contratto al fine di renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza del commercio, ciò avviene sempre sulla base di una richiesta di annullamento proveniente dalla parte legittimata. Tale situazione, pur considerando la conservazione del contratto, ci aiuta a ben comprendere l'ampiezza della buona fede la quale non determina, forzatamente, un'interferenza dell'Autorità giudiziaria rispetto all'autonomia delle parti. Si aggiunga che il diritto segue l'evoluzione sociale, proprio per questo va considerata la circostanza che il contratto, oltre ad essere regolato dalla volontà dei soggetti contraenti, è, altresì, regolato anche da fonti eteronome il cui intervento abbisogna di una rivalutazione.

Allora, in un mondo dominato dalla globalizzazione, è necessario ricercare presidi per le parti, proprio se ci si trovi al cospetto di una diseguale forza contrattuale. Occorre che non si giunga ad una presenza nel contratto da parte del giudice abbastanza penetrante ma, allo stesso tempo, non sarebbe "corretto" interpretare l'integrazione correttiva come restrizione dell'autonomia dei contraenti [41]. Sicuramente, centrale è pur sempre la volontà delle parti, ma come emerge anche dalla pronuncia della Corte europea annotata, si deve sostenere che sia insito nell'ordinamento europeo un potere di controllo del giudice sul contratto con lo scopo di evitare il pericolo che l'autonomia superi il "recinto" all'interno del quale risulti meritevole di tutela.

L'aspetto più "delicato" della sentenza si tocca proprio nel punto in cui la Corte di Giustizia è chiamata a pronunciarsi in un caso in cui la norma suppletiva non può giungere in soccorso del consumatore. Ed è qui che la Corte rileva come il giudice nazionale debba, "al fine di ripristinare l'equilibrio reale tra i diritti e gli obblighi delle parti", adottare, tenuto conto dell'insieme del suo diritto interno, tutte le misure necessarie a tutelare il consumatore. Entra, così, in gioco la rimessione delle parti alle trattative. Trattative il cui campo d'azione è direttamente delimitato dal giudice [42].

Ebbene, la strada da percorrere è quella di considerare la funzione, il ruolo guida che ha e che deve continuare ad avere il Giudice, una funzione di presidio, in sede giudiziaria, per il soggetto (consumatore) più debole del rapporto e, quindi, il compito del magistrato sarà di tracciare un sentiero di regole, appunto, da seguire, affinché le parti del contratto possano esprimere al meglio la propria autonomia.

In tal modo vi saranno due vincoli, uno per il giudice che detterà regole in base alle quali egli sarà tenuto a salvaguardare la posizione delle parti da una eventuale asimmetria e l'altro, viceversa, per i privati la cui

---

[40] F. BOCCHINI, E. QUADRI, *op. cit.,* 1011.

[41] Sul punto si veda il contributo di C.M. NANNA, *op. cit*., 500.

[42] Così A.M.S. CALDORO, *Clausole abusive e rimedi alla caducazione: rimessione delle parti alle trattative, nuova frontiera (o terra incognita)?*, in *I Contratti,* 3/2021, 285.

autonomia sarà circoscritta nel quadro delle regole dettate non come arbitrio, ma come equità, appunto, dal giudice.

Le trattative, sicuramente, devono essere dirette a (ri)stabilire un equilibrio che tenga conto dell'obiettivo di tutela del consumatore [43], quale soggetto, appunto, più debole del rapporto.

Sicuramente, la scelta di rimessione delle parti alle trattive per quanto rappresenti dei passi in avanti, la strada "più virtuosa" da intraprendere nei confronti del consumatore, comunque non è immune da critiche, in quanto le parti potrebbero non raggiungere l'accordo, seppur con la guida del giudice o, ancora, raggiungere un accordo che presenti profili di iniquità, ed allora quale sarebbe la scelta ottimale e coerente con un modello di mercato [44] efficiente?

Laddove le parti, in conclusione, non dovessero raggiungere l'accordo, a parere di chi scrive, nel rispetto dell'autonomia privata, potrebbero decidere, di comune accordo, di risolvere il contratto o, di ripresentarsi dinanzi al Giudice affinché provveda a "ristabilire" l'equilibrio contrattuale. In mancanza di accordo di deferire al giudice la soluzione, anche una sola delle parti può eccitare l'intervento del giudice perché adotti la soluzione equilibrata alla stregua del principio di buona fede, attuato secondo i criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza.

[43] Sul punto si v. C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della Dir. 2019/2161/UE*, in *i Contratti*, 5/2021.

[44] Si veda A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Diritto privato europeo*, a cura di Lipari, II, Padova, 1997, 489 ss.