JUS CIVILE

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



1-2023

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

Onere della prova: l'erosione di un'antica regola [*]
di *Salvatore Patti* 3

Onere della prova e vicinanza della prova [*]
di *Renato Rordorf* 11

Accordi sull'inversione dell'onere della prova e sull'esclusione dei mezzi di prova [**]
di *Giorgio De Nova* 19

Attribuzioni del consulente tecnico d'ufficio e nullità correlate, nell'attuale approccio ai principi generali [*]
di *Luigi Paolo Comoglio* 23

La valutazione delle prove e il suo controllo in Cassazione [*]
di *Roberto Poli* 34

Il tramonto del diritto delle prove [**]
di *Bruno Cavallone* 59

Pluralismo e statuti giuridici delle persone [**]
di *Carmelita Camardi* 64

L'impatto della pandemia e della guerra sul diritto dei contratti [*]
di *Enrico Damiani* 88

[*] Contributo sottoposto a revisione.

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

JUS CIVILE



pag.

Il pegno anomalo, de Enrico Gabrielli. De la "anomalía" a la "operación económica" *

di *Carlos De Cores Helguera* 113

Emergenza epidemica e locazioni commerciali *

di *Antonio Palmieri* 133

La prospettiva della Corte Europea dei diritti dell'Uomo nel dialogo multi-livello in tema di protezione dei dati personali *

di *Francesca Mollo* 145

Modelli di private enforcement nella repressione delle pratiche commerciali scorrette, tra risarcimento e restituzioni. Ipotesi sulla direttiva 2019/2161/UE *

di *Mariella Lamicela* 175

Status di genitore giudizialmente dichiarato e oneri di mantenimento regressi: natura giuridica, criteri di quantificazione dell'importo e rivalutazione *

di *Alberto Barbazza* 200

Commons in the prism of intellectual property. Evolutionary profiles of contractual models and circulation of knowledge on the net *

di *Lucio Casalini* 207

La natura dei *passion investments* tra attività di consumo e prodotti finanziari *

di *Federico Onnis Cugia* 222

Il diritto di prelazione nell'acquisto di immobili da costruire *

di *Martina Genovese* 252

JUS CIVILE



SALVATORE PATTI

Professore emerito di Diritto privato – Università La Sapienza di Roma

ONERE DELLA PROVA: L'EROSIONE DI UN'ANTICA REGOLA*

SOMMARIO: *1. L'art. 2697 cod. civ. e le due funzioni della regola sull'onere della prova. – 2. La natura imperativa della norma, con riguardo alla ripartizione dell'onere e alla regola di giudizio. – 3. L'erosione della regola in merito alla distribuzione dell'onere mediante presunzioni. – 4. L'erosione della regola in merito alla distribuzione dell'onere mediante il criterio della vicinanza alla prova. – 5. L'erosione della regola per quanto concerne il soddisfacimento dell'onere. – 6. L'erosione della regola a seguito della consulenza tecnica d'ufficio. – 7. Conclusioni.*

1. – Il codice civile italiano del 1942 – come è noto – ha inserito nel libro VI l'art. 2697, una norma in materia di onere della prova [1] che contiene una regola ritenuta fondamentale nonché espressione della ragione e del buon senso. Proprio per tali caratteristiche, la norma, che presenta una sicura continuità storica rispetto a note massime del diritto romano quali *actori incumbit probatio* ed *ei incumbit probatio qui dicit., non qui negat*, non è stata prevista in altri codici europei, ad esempio nel BGB tedesco [2].

In base ad una interpretazione sistematica, condivisa dalla migliore dottrina, l'art. 2697 cod. civ. svolge una duplice funzione. In primo luogo, quella di ripartire tra le parti l'onere di provare i fatti che costituiscono il fondamento delle loro pretese: si parla in tal senso di onere della prova in senso soggettivo. In secondo luogo, pur se il principio non è stato espressamente enunciato, quella di permettere al giudice di emettere in ogni caso una pronuncia, di accoglimento o di rigetto della domanda, in dipendenza del soddisfacimento o meno dell'onere: si parla in questo caso di onere della prova in senso oggettivo [3].

Non avere assolto l'onere della prova significa non avere fornito al giudice elementi sufficienti per conseguire il convincimento circa la verità dei fatti allegati e rilevanti per la decisione. Per questo moti-

---

* Testo della relazione tenuta dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "*Le prove*" svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 29 settembre 2022, per iniziativa del prof. Carlo Granelli, in occasione della presentazione del volume di Salvatore Patti, *Le prove*, II ed., Giuffrè, Milano, 2021.

Lo scritto è destinato anche agli Studi in memoria del Prof. Notaio Ubaldo La Porta.

[1] Il codice civile del 1865 si era limitato a riprodurre l'art. 1315 del *Code civil* relativo alla prova delle obbligazioni.

[2] La regola che viene applicata in Germania ha comunque accolto la celebre teoria di Rosenberg, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, V ed., München-Berlin, 1965, che rappresenta la base teorica della norma del codice civile italiano. Si sostiene, infatti, che una norma può essere applicata soltanto se il giudice è convinto che sussistano tutti i presupposti di fatto previsti dalla norma stessa. Pertanto, l'onere della prova grava sulla parte che invoca gli effetti a lei favorevoli previsti dalla norma.

[3] Cfr., tra gli altri, G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 177 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*[2], diretto da P. RESCIGNO, 19, I, Torino, 1995, 262 ss. Nella dottrina tedesca, v. per tutti A. BLOMEYER, *Non liquet*, in *JZ*, 1955, 605 ss.



vo, la norma sull'onere della prova è stata tradizionalmente collegata a quella dell'art. 116 cod. proc. civ., che disciplina il principio del libero convincimento, sostenendo che se il giudice non perviene al convincimento della verità dei fatti deve decidere la controversia in base alla «regola di giudizio» dell'art. 2697 cod. civ. [4].

Analizzando entrambe le funzioni dell'art. 2697 cod. civ., autorevole dottrina ha sottolineato la rilevanza pubblicistica della regola dell'onere della prova, che consente di conseguire «un fine di rilevanza generale» [5]. Ciò in quanto la norma offre al giudice lo strumento per non pronunciare un *non liquet*, giustificato dalla permanenza del dubbio sulla situazione di fatto, poiché il processo si concluderà accogliendo o respingendo la domanda, a seguito dell'applicazione della regola sull'onere della prova.

2. – La norma dell'art. 2697 cod. civ. è derogabile dalle parti nei limiti fissati dall'art. 2698 cod. civ. Le parti possono quindi invertire l'onere della prova o escludere la possibilità del ricorso a determinati mezzi di prova, purché in tal modo non si renda «eccessivamente difficile» l'esercizio del diritto alla controparte [6].

Tuttavia, in mancanza di accordi delle parti, la norma dell'art. 2697 cod. civ. presenta carattere imperativo. Il giudice deve ripartire l'onere della prova tenendo conto della natura dei fatti (costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi) rilevanti per il giudizio, e non può accogliere la domanda (o l'eccezione) se non è stato soddisfatto l'onere della prova.

Così interpretata, la norma ha garantito, in termini generali, stabilità e certezza. Se, ad esempio, A afferma che B gli ha procurato un danno e chiede un risarcimento, deve provare il fondamento della sua pretesa e, pertanto, convincere il giudice della verità delle sue allegazioni.

In mancanza di prova il giudice *deve* respingere la domanda. In presenza di prova, in primo luogo nel caso di prova «legale» di cui il giudice *deve* tener conto decidendo nel senso imposto dalla legge, la discrezionalità sulla *quaestio facti* è alquanto limitata. Il c.d. principio del libero convincimento esprime soltanto il potere/dovere di valutare il materiale probatorio, senza tuttavia che si configuri alcuno spazio per considerazioni «soggettive». Domina la razionalità della valutazione delle prove, sottoposta a controllo attraverso la logicità e l'adeguatezza della motivazione; cosicché si favorisce il mantenimento delle situazioni esistenti e si rafforza la tutela degli interessi tutelati mediante il diritto soggettivo.

In tal senso, si afferma che il «libero convincimento» deve essere inteso in un modo preciso e rigoroso, e ciò appare incontrovertibile se si pensa che il convincimento è appunto il momento finale e il risultato di un procedimento guidato da regole logiche e giuridiche. Si aggiunge che, in definitiva, è libero non il modo di formazione ma l'*an* del convincimento [7] e si precisa che in ogni caso si tratta di un convincimento «libero» soltanto in un senso particolare: per quanto sicura può essere la «intima convinzione» del giudice, se essa deriva da mezzi non corrispondenti agli schemi fissati dalla legge (ad esempio, fatti non allegati, conoscenza privata del giudice), questi – si dice – al momento della decisione deve assolutamente «dimenticare» quanto appreso [8]. Pertanto, il giudice perviene ad un convincimento che *deve* formarsi secondo certe regole, in base alle quali, ad esempio, occorre tenere conto di certi fatti e non di altri.

---

[4] Cfr. S. PATTI, *Le prove*[2], in *Trattato di diritto privato,* a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2021, 311 ss.
[5] M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 429.
[6] In argomento si rinvia a PATTI, *Le prove*[2], cit., 343 ss.
[7] V. ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 267.
[8] P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 112.



In definitiva, la libertà del convincimento riguarda soltanto la sussistenza del convincimento stesso. Qualunque sia il «grado» di probabilità raggiunto, fatta eccezione per le materie in cui si è affermato il criterio del «più probabile che non» (v. *infra*), si considera infatti il giudice libero di ritenersi «convinto» della verità dei fatti o meno. Il giudice deve motivare la decisione di considerare il fatto non provato nonostante la parte abbia fornito determinate prove ma, proprio perché nessuna prova – a prescindere dalle prove legali – garantisce la certezza del fatto *probandum*, rimane comunque possibile un esplicito o implicito riferimento alla persistenza del dubbio [9]. Il giudizio è insindacabile.

Ebbene, questo mondo di certezze, che per molti profili ricorda quello «di ieri» descritto da Stephan Zweig, non rispecchia ormai per diversi motivi la realtà (di molteplici settori) del diritto civile.

3. – La regola dettata dall'art. 2697 cod. civ. non corrisponde alla realtà del processo, anzitutto, per quanto concerne la ripartizione dell'onere della prova.

Le tecniche di fonte giurisprudenziale più di frequente adoperate per non applicare la norma in esame sono due. La prima consiste nel ricorso ad inversioni dell'onere della prova di «creazione» giurisprudenziale, spesso mediante la costruzione, più o meno formale, di presunzioni semplici *ex* art. 2729 cod. civ. [10]. La seconda, per la quale è difficile trovare una sia pur debole base normativa, è quella della «vicinanza alla (o della) prova».

Nel caso delle inversioni dell'onere, il giudice, ignorando l'art. 2697 cod. civ., dispone gli oneri probatori delle parti sulla base della mera ragionevolezza dell'ipotesi affermata [11]. Frequentemente, il giudice – legittimato ad ammettere presunzioni gravi, precise e concordanti, secondo il dettato dell'art. 2729 cod. civ., unicamente con riferimento alle circostanze del singolo caso sottoposto al suo esame – configura presunzioni che si pongono sullo stesso piano di quelle legali, perché trascendono le peculiarità della fattispecie per la quale di volta in volta trovano applicazione, presentano le caratteristiche di generalità e astrattezza delle norme giuridiche, non svolgono la funzione di risalire dal fatto noto al fatto ignorato, bensì quella di ripartire l'onere della prova [12].

La giurisprudenza, pertanto, nei casi suddetti non applica la norma dell'art. 2697 cod. civ. e il ricorso alla figura della presunzione svolge unicamente una funzione di legittimazione formale della regola adottata. In alcuni casi, addirittura, si abbandona lo schema della presunzione e si formula (direttamente) una regola di ripartizione dell'onere della prova, affermando, ad esempio, che «non spetta alla parte attrice dare la prova…ma incombe all'altra parte la prova di…» [13].

---

[9] Sul punto, v. F. CARNELUTTI, *Verità, dubbio, certezza*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 6 secondo il quale «il giudice, dopo aver esaminato le prove, dopo aver ascoltato le ragioni, dopo averle valutate, continua a trovarsi, in realtà, di fronte a quel dubbio, che il suo pensiero non riesce, a nessun costo, ad eliminare. Ci saranno dei dubbi macroscopici e dei dubbi microscopici; ma bastano anche questi ultimi a costituire la sua difficoltà e il suo tormento.».

[10] Cfr. S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 891 ss.; e in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, 2022, 3041 ss. Per un confronto con il diritto francese e tedesco, v. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, IV ed., Paris, 1994, 694; H.W. LAUMEN, *Die sog. tatsächliche Vermutung*, in *MDR*, 2015, 1 ss.

[11] G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 142 ss.

[12] Cfr. PATTI, *Le prove*[2], cit., 774 ss. Sul tema v. altresì M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, IV, 107; ID., *Delle presunzioni*, in *Commentario al codice civile,* diretto da P. CENDON, VI, *sub* art. 2728, Torino, 1991, 211; ID., *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 1316 ss.; e i saggi raccolti in S. PATTI, R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo. Presupposti, struttura, sindacabilità*, Torino, 2022.

[13] Cass., 23 aprile 1969, n. 1298. V. altresì Cass., 30 ottobre 2018, n. 27680, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 483.



Presunzioni di questo tipo, analizzando anche la giurisprudenza meno recente, si riscontrano in numerosi settori del diritto privato, dal lavoro domestico e tra familiari al licenziamento del lavoratore seguito da immediata riassunzione con identiche mansioni, ove nel primo caso viene configurata una presunzione di gratuità della prestazione e nel secondo una presunzione di licenziamento fraudolento.

Al riguardo devono condividersi le considerazioni secondo cui in questi casi manca di solito una valutazione in termini di probabilità del fatto presunto e la questione non viene posta in termini di personale convincimento, bensì di ripartizione dell'onere probatorio alla luce della mera ragionevolezza dell'ipotesi affermata [14].

Dunque, il giudice, il quale potrebbe soltanto ammettere presunzioni gravi, precise e concordanti, secondo la formulazione dell'art. 2729 cod. civ., con riferimento alle circostanze del singolo caso sottoposto al suo esame, configura presunzioni che – come detto – si pongono sullo stesso piano delle presunzioni legali, sia perché trascendono le peculiarità della fattispecie in cui di volta in volta trovano applicazione, presentando le caratteristiche di generalità e astrattezza delle norme giuridiche, sia perché non svolgono la funzione di risalire dal fatto noto al fatto ignorato, bensì quella di ripartire l'onere della prova.

In definitiva, la formazione giurisprudenziale di «presunzioni» che svolgono una funzione di ripartizione dell'onere della prova, nonché la «diretta» affermazione di una regola di ripartizione dell'onere diversa da quella stabilita dall'art. 2697 cod. civ., rappresentano una (indebita) creazione di norme giuridiche.

La suddetta utilizzazione delle presunzioni semplici è stata da lungo tempo criticata da chi denuncia inversioni dell'onere della prova non previste dalla legge e quindi prive di base giuridica [15]. Si osserva in particolare che ogni ricostruzione di un avvenimento si basa sull'esperienza e pertanto non si considera ammissibile che le presunzioni semplici, la cui «costruzione» è giustificata alla luce dell'esperienza, vengano utilizzate per stabilire la ripartizione dell'onere della prova. Posto, infatti, che le regole di ripartizione dell'onere della prova appartengono al diritto sostanziale, la inversione dell'onere della prova può trovare fondamento unicamente in una norma, come nel caso delle presunzioni legali *iuris tantum*. La presunzione semplice, viceversa, in base all'art. 2729 cod. civ., consente al giudice, che muove dai dati relativi ad un accadimento della vita (e quindi spesso alla luce di leggi statistiche), di ritenere vero un fatto in mancanza di elementi di segno contrario [16]. Si tratta quindi di un'operazione logica che in linea di principio non riguarda l'inversione dell'onere della prova bensì esclusivamente la prova [17].

La conseguente «erosione» dell'antica regola, in molti casi, merita comunque apprezzamento, perché si evita alla parte attrice di dover fornire una prova negativa, oppure perché si seguono criteri di ragionevolezza che tengono conto degli interessi sottostanti e spesso delle esigenze di tutela della parte debole.

In altri casi, non si arriva alla creazione di «presunzioni giurisprudenziali», ma viene comunque costruita, con riguardo al caso concreto, una presunzione sulla base di una interpretazione dell'art. 2729 cod. civ. del

---

[14] VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, loc. cit.

[15] W. TIETGEN, *Die Beweislast, in Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil–und Verwaltungsprozeß*, in *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages*, München-Berlin, 1966, 55 ss.

[16] Cfr. Cass., 24 maggio 1979, n. 2994, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1934.

[17] In senso analogo si orienta la dottrina di lingua inglese, secondo cui, a differenza di quanto accade nel caso delle presunzioni legali *iuris tantum*, la presunzione semplice non ha l'effetto di collocare l'onere della prova «...presumptions of fact amount to nothing more than examples of circumstantial evidence». In altri termini, mediante la presunzione semplice il giudice «assiste» la parte onerata, chiamata soltanto ad allegare con precisione i fatti rilevanti. Si afferma, comunque, che «The party relying on the presumption bears the burden of establishing the basic fact». L'altra parte, in ogni caso, e la precisazione appare di grande rilievo, deve avere la possibilità di fornire prova contraria. V. A. KEANE, *The modern law of evidence*, London, 1985, 470 ss.



tutto contraria alla sua formulazione letterale, in quanto si considera sufficiente un unico indizio, a volte senza garantire il contraddittorio delle parti [18].

4. – Considerazioni analoghe possono svolgersi con riferimento alle sentenze che distribuiscono l'onere in base al criterio della c.d. vicinanza alla (o della) prova [19]. Anche questo criterio, infatti, non trova fondamento della legge ma risponde ad esigenze di buon senso e di ragionevolezza, evidenti soprattutto in alcuni settori.

Il criterio (o principio) della vicinanza alla prova non è ovviamente estraneo al tessuto normativo in materia di prove e, ad esempio, può servire per spiegare la regola contenuta nell'art. 1218 cod. civ. riguardo all'imputabilità dell'inadempimento. La norma, infatti, assegna al debitore l'onere di provare che l'impossibilità della prestazione è derivata da causa a lui non imputabile. Si ammette anche che il debitore possa dimostrare la non imputabilità quando la causa non sia identificabile. Il criterio di vicinanza alla prova non comporta quindi che il debitore debba provare in termini positivi la non imputabilità.

Nella fattispecie sopra indicata può scorgersi quindi una eccezione alla regola generale posta dall'art. 2697 cod. civ., ma si tratta di una eccezione prevista dalla legge.

Una significativa (e condivisibile) utilizzazione del criterio, elaborata invece dalla giurisprudenza, si riscontra – ad esempio – in materia di vizi della cosa oggetto della vendita. La sentenza Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748 [20], ha infatti modificato sul punto il precedente posto dalla nota Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 [21], secondo cui incombe sul venditore l'onere di provare la mancanza di vizi al momento della consegna del bene. La decisione più recente, che ha accolto la diffusa tesi secondo cui la garanzia per i vizi non configura una obbligazione del venditore, ha seguito – con maggiore rigore – il criterio della vicinanza alla prova, essendo certamente l'acquirente, che ha ricevuto la consegna del bene, nella migliore condizione per dimostrare l'esistenza dei vizi.

Nella motivazione si legge infatti che «il principio di vicinanza alla prova induce a porre l'onere della

---

[18] Cfr. Cass., 26 marzo 2003, n. 4472, *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Presunzione*, n. 9; Cass., 11 settembre 2007, n. 19088, in *Giust. Civ.*, *Mass.* 2007, n. 1550; Cass., 2 marzo 2017, n. 5374, in *Corr. trib.*, 2017, 1453 con nota di I. PELLECCHIA; Cass., 26 settembre 2018, n. 23153, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Presunzione*, n. 2.

In dottrina, v. B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 426 ss.; M. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in *La prova nel processo civile,* a cura di M. Taruffo, in *Trattato di diritto civile e commerciale,* diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 1113 ss.; ID., *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, cit., 107; R. MURONI, *Della tutela dei diritti,* a cura di G. BONILINI, A. CHIZZINI, in *Commentario del codice civile,* diretto di E. GABRIELLI, *sub* art. 2729, Torino, 2015, 633 ss.

[19] V. di recente, ad es., Cass., 6 luglio 2020, n. 13851, in *Foro it.*, 2020, I, 3856 ss. e l'ampia rassegna di M. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi…*, in *Contratto e impresa*, 2016, 360 ss. Sul tema v. anche, tra gli altri, C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss.; B. SASSANI, *L'onere della prova al tornante del mezzo secolo. Rapsodia su un tema di Giovanni Verdi*, *ivi*, 2022, 425.

[20] Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Foro it*., 2019, I, 2726 con nota di M. MAGLIULO. In dottrina, v. anche L. MODICA, *La prova di adempimento o inadempimento*, in *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità per inadempimento,* a cura di M. MAGGIOLO, Milano, 2022, 276 ss.

[21] Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it*., 2002, I, 769 con nota di P. LAGHEZZA. Sul punto in esame la sentenza era stata criticata da S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato,* a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2010, 160 ss.; ID., *Prove*, in *Commentario del codice civile,* diretto da A. SCIALOJA, G. BRANCA, F. GALGANO, a cura di G. DE NOVA, *sub* artt. 2697-2739, Bologna, 2015, 170 s., e la critica è stata condivisa da G. VILLA, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, in *Corr. giur.*, 2019, 744 ss.



prova dei vizi (stessi) a carico della parte che, avendo accettato la consegna della cosa, ne abbia la materiale disponibilità» [22].

5. – La norma dettata dall'art. 2697 cod. civ. non corrisponde alla realtà del processo neanche come regola di giudizio, a causa del frequente «abbassamento» dello standard di prova richiesto. Infatti, tutte le volte in cui il giudice ritiene sufficiente che la prova soddisfi il parametro del «più probabile che non», o addirittura quello della c.d. probabilità prevalente, non applica l'art. 2697 cod. civ., che avrebbe invece imposto di respingere la domanda (o l'eccezione) [23].

Il fenomeno è noto anche in altre esperienze giuridiche, nelle quali tuttavia si presenta in termini attenuati e spesso sulla base di prescrizioni di legge [24]. Per quanto concerne il parametro del «più probabile che non», l'evoluzione giurisprudenziale può essere condivisa, ma essa impone la massima prudenza nella valutazione delle percentuali di prova nonché un'adeguata riflessione sull'ambito di applicazione della norma in tema di convincimento del giudice.

Precisamente al suddetto risultato si perviene richiedendo alla parte di dimostrare soltanto un certo «grado» di probabilità del verificarsi del fatto allegato, e stabilendo che il giudice deve considerarlo sufficiente per ritenere fornita la prova [25].

Il giudice non deve quindi pervenire al convincimento della verità – sia pure intesa come «certezza morale», per usare un'espressione diffusa nella nostra dottrina – ma semplicemente accertare, in base alle prove fornite dalle parti, se (la sussistenza di) una certa fattispecie presenti un certo grado di probabilità [26]. Il permanere del dubbio è quindi previsto e in un certo senso fisiologico: il giudice non deve sforzarsi di compiere quel «passo ulteriore», secondo alcuni di natura esclusivamente psicologica, che lo dovrebbe condurre al supremo momento della certezza interiore.

Certo, il giudice deve tener conto delle massime d'esperienza, ma a lui spetta determinare in ultima analisi il valore probante dei fatti e quindi stabilire se nel caso concreto sia stato raggiunto il «grado» di prova richiesto, in genere il «più probabile che non» [27].

Non rimane in tal modo alcuno spazio per un «convincimento» della «verità» di tipo soggettivo, almeno nel senso inteso nella nostra esperienza. Un certo margine di soggettività può scorgersi infatti, con riferimento ad alcuni tipi di prova, per quanto riguarda l'accertamento del grado di probabilità raggiunto. In molti casi, peraltro, la scienza aiuta oggi a stabilire il grado di una prova e quindi tendono a scomparire i residui aspetti soggettivi [28].

---

[22] Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit.

[23] Nell'ipotesi in cui non si riscontra un «alto grado di credibilità razionale», dovrebbe trovare applicazione la regola sull'onere della prova, poiché essa esprime una volontà legislativa di ripartizione: così R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, 2517 ss., 2529.

[24] K.M. CLERMONT, E. SHERWIN, *A Comparative View of Standard of Proof*, in *Am. J. of Comp. Law*, 2002, 243 ss.

[25] V. C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 619 s.; v. L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890.

[26] In dottrina, per tutti, v. A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss., 43 ss. In giurisprudenza, tra le tante, Cass., 8 marzo 2019, n. 6734; Cass., 27 settembre 2018, n. 23197, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Responsabilità civile*, n. 86; Cass., 11 luglio 2017, n. 17084, in *Foro it.*, 2017, I, 3358.

[27] Per un'ampia trattazione del tema, v. PATTI, POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, cit.

[28] V. L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice sulla ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 35 ss.; P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino, 2018.



6. – Infine, la regola di distribuzione dell'onere dettata dall'art. 2697 cod. civ. non trova in concreto applicazione in alcuni dei casi in cui la complessità tecnica della questione di fatto impone al giudice di richiedere una consulenza tecnica. Ad esempio, se A ha acquistato un complesso macchinario, da inserire nella catena di produzione della propria azienda, e agisce in giudizio lamentando il difettoso funzionamento del macchinario stesso, il giudice – in genere – non si basa soltanto sulle relazioni tecniche eventualmente prodotte dall'asserito danneggiato, ma richiede una consulenza tecnica d'ufficio. Tanto più complessa è la materia (e di conseguenza la consulenza) quanto minore sarà la possibilità di valutazione e di autonomo giudizio da parte del giudice. Ma, soprattutto, sembra doversi superare l'antico orientamento che esclude la consulenza tecnica dai mezzi di prova e, invero, perde di significato la regola dell'onere della prova, poiché il giudice deciderà a favore dell'attore o del convenuto in base alle indicazioni fornite dal consulente tecnico, nell'esempio fatto circa l'esistenza o meno del vizio del macchinario fornito.

In tal modo, da un lato, si rispetta il risalente insegnamento secondo cui il giudice, servendosi dei propri poteri istruttori ufficiosi, deve evitare per quanto possibile di ricorrere alla regola di giudizio di cui all'art. 2697 cod. civ. [29], dall'altro, la decisione sul fatto, in molte ipotesi, viene in effetti presa dal consulente tecnico. Il giudice – soltanto formalmente *peritus peritorum* – tiene conto dei risultati della consulenza e su di essi basa la decisione. D'altra parte, la complessità degli argomenti e delle valutazioni tecniche rende estremamente improbabile un'adeguata motivazione di una decisione contrastante con i risultati della consulenza tecnica.

Con riferimento a determinate materie, si afferma addirittura che il consulente dovrebbe prendere il posto del giudice o si prospetta la formazione di collegi giudicanti formati da giuristi e da tecnici [30].

In realtà, la collocazione dell'esperto a fianco del giudice, in posizione di «ausiliare», riduce la portata delle difficoltà segnalate. In altri termini, il sistema italiano non ignora che in alcune materie il consulente tecnico non si limita a fornire al giudice gli elementi per valutare le prove ma partecipa egli stesso alla loro valutazione. Si tratta allora di prendere atto che il grado di questa partecipazione può mutare sensibilmente: si pensi ai moderni sistemi di accertamento della paternità – il giudice non può fare altro che accogliere le indicazioni provenienti dalla scienza e decidere il caso alla luce di esse.

Nel lessico giurisprudenziale la diversa natura della consulenza tecnica è definita mediante la distinzione tra consulenza c.d. deducente, diretta soltanto alla valutazione di fatti già acquisiti, e consulenza c.d. percipiente, deputata proprio all'accertamento del fatto altrimenti inaccessibile. Per la sua essenzialità, la consulenza percipiente è considerata fonte oggettiva di prova e, come tale, deve essere ammessa dal giudice ove la parte alleghi il fatto e questo risulti rilevabile soltanto con mezzi tecnici.

Recenti sentenze delle Sezioni Unite confermano la suddetta tendenza, affermando che «Il consulente tecnico d'ufficio, nei limiti delle indagini commissionategli e nell'osservanza del contraddittorio con le parti, può accertare tutti i fatti inerenti all'oggetto della lite e acquisire tutti i documenti la cui rilevazione o acquisizione sia necessaria al fine di rispondere ai quesiti formulati» [31].

Per altri versi, si pone il problema – in un certo senso di segno contrario rispetto a quello esaminato – dei limiti di utilizzazione della eventuale conoscenza «specialistica» posseduta dal giudice. Sembra certo che la questione non possa essere risolta alla stregua dei principi applicabili nel caso delle «massime di esperienza», trattandosi appunto di conoscenza specialistica e non di regole appartenenti alla comune cultura.

---

[29] G. FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 736 ss.

[30] PATTI, *Le prove*[2], cit., 322.

[31] Cfr. Cass., sez. un., 1° febbraio 2022, n. 3086 e Cass., sez. un., 28 febbraio 2022, n. 6500, in *Giur. it.*, 2022, 2136 ss., con nota di F. AULETTA.



Sembra pertanto opportuno che il giudice comunichi alle parti l'esistenza di una sua particolare conoscenza, in modo da non fare venire meno la garanzia del contraddittorio.

7. – I motivi di erosione dell'antica regola dell'onere della prova si riscontrano anche in altri paesi e, soprattutto, nella legislazione di fonte europea. Si pensi, in primo luogo, alla normativa in tema di danno da prodotto difettoso, che, in materia di prova, in attuazione della Direttiva del Consiglio 25 luglio 1985 (85/374/CEE), ha utilizzato i concetti di «probabilità» e di «verosimiglianza» [32], ed in generale alla normativa di tutela del consumatore inteso quale parte debole del rapporto contrattuale: ad esempio, in tema di vessatorietà delle clausole di deroga alla competenza del foro e di patti probatori contenuti nelle condizioni generali di contratto [33].

La diffusione del fenomeno e l'indubbia utilità dei nuovi criteri impongono di prendere atto del (parziale) tramonto dell'antica regola e dimostrano che perfino norme basate su «principi» di ragione e rispondenti ad antichissime tradizioni sono inevitabilmente soggette all'erosione del tempo.

[32] Cfr. S. PATTI, *Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 705 ss.

[33] Cfr. M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, 8 ss. G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 18 ss.; P. SIRENA, sub *art. 1469*-bis*, terzo comma, Presunzione di vessatorietà*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori,* a cura di G. ALPA, S. PATTI, Milano, 1997, I, 123 ss.; S. PATTI, *La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove (a proposito di Trib. Roma, 21.1.2000)*, in *NGCC*, 2000, 513 ss.; L.A. SCARANO, *Art. 1469*-ter*, 4° comma*, in *Il codice civile. Commentario,* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. BUSNELLI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore,* a cura di G. ALPA, S. PATTI, Milano, 2003, 990 ss.; E. DALMOTTO, *L'onere della prova e la protezione del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 144 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 20 marzo 2010, n. 6802, in *Oblig. e contr.*, 2011, 271 con nota di O. TROMBETTI.

JUS CIVILE



RENATO RORDORF

Magistrato

ONERE DELLA PROVA E VICINANZA DELLA PROVA*

SOMMARIO: *1. L'onere della prova tra diritto e processo. – 2. Il gioco processuale e la ricerca della verità. – 3. La vicinanza (o prossimità) della prova. – 4. Il compito del giudice.*

1. – L'onere della prova in ambito civile è regolato, come tutti sanno, dall'art. 2697 cod. civ., che impone a chi vuole azionare un diritto in giudizio di provare i fatti sui quali esso si fonda ed a chi eccepisce l'inefficacia di quei fatti, ovvero l'estinzione o la modificazione di quel diritto, di provare le circostanze sulle quali si basa la sua eccezione [1].

La disposizione del codice che ho appena richiamato si pone nel solco di una tradizione assai antica e rispecchia un principio già presente nel Digesto: "*Ei incumbit probatio qui dicit., non qui negat*". In tempi moderni la si è talvolta definita un "dogma" [2], ed una simile definizione potrebbe suggerire, a prima vista, che il suo fondamento sia più fideistico che razionale. A me sembra, viceversa, che la regola di cui si sta parlando non sia affatto priva di una sua base logica. È anzitutto innegabile che, dal punto di vista storico, essa si ponga nel solco di uno dei grandi progressi della scienza giuridica, la quale anche in tal modo si è pian piano svincolata dalla concezione originariamente divina del diritto. L'accertamento dei fatti rilevanti nel processo ha così cessato di essere affidato al giudizio di Dio, che si manifestava attraverso l'ordalia, il duello o altri simili mezzi evocanti un intervento sovrannaturale, per basarsi invece su di un criterio laico e logico [3]: chi allega un fatto è tenuto a darne dimostrazione.

Benché situata nel codice civile, la regola sull'onere della prova è ovviamente destinata ad operare soprattutto in ambito processuale. Già la sua collocazione nel Libro VI del codice civile, dedicato alla tutela dei diritti, ne sottolinea però lo stretto legame anche col diritto sostanziale. Non si dà un diritto senza adeguati

---

* Testo della relazione tenuta dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "*Le prove*" svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 29 settembre 2022, per iniziativa del prof. Carlo Granelli, in occasione della presentazione del volume di Salvatore Patti, *Le prove*, II ed., Giuffrè, Milano, 2021.

[1] Sulla prova nel processo civile e perciò anche, in particolare, sulla disciplina dell'onere della prova la letteratura giuridica è vastissima. Mi limiterò qui a citare la recente monografia di S. PATTI, *La prova*, Giuffrè, Milano, 2021, alla quale può attingersi per ulteriori riferimenti bibliografici.

[2] Definizione che si rinviene a più riprese già nella classica, seppure ormai alquanto risalente, monografia di Gian Antonio MICHELI, *L'onere della prova*, Giuffrè, Milano, 1966.

[3] "La regola di giudizio" – osserva G. VERDE, voce *Prova (dir. proc. Civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, 626, – "è la necessaria conseguenza di un sistema che affida le proprie risorse alla razionalità degli uomini destinati ad esercitare la funzione del giudicare".



mezzi per tutelarlo. Molto si è scritto sul rapporto e sulla distinzione tra diritto ed azione, ma mi pare innegabile che, per certi versi, si tratti di due facce di una medesima medaglia: un diritto non azionabile sarebbe vuoto di contenuto, e perciò lo stabilire le regole che consentono di azionarlo efficacemente vale, al tempo stesso, ad individuarne la reale consistenza [4].

Osservo poi incidentalmente, a tal proposito, che il porsi della regola sull'onere della prova in certo senso a cavallo tra diritto e processo si riflette anche sulla natura dell'errore – in *iudicando* o in *procedendo* – che derivi dalla sua eventuale violazione. Donde le incertezze, quanto alla riconducibilità del motivo di ricorso in cassazione col quale si denunci quell'errore [5] all'ipotesi di cui al n. 3 o al n. 4 del primo comma dell'art. 360 cod. proc. pen. Questione non meramente formale, ma che può avere ricadute sul potere della Suprema corte di giudicare non soltanto in diritto ma anche in fatto, come le è consentito fare quando appunto si tratti di *errores in procedendo* [6].

2. – La regola sull'onere della prova appare, a prima vista, molto chiara, ma in realtà nasconde non poche complicazioni ed assume un significato diverso a seconda della funzione che le si attribuisca nel processo ed, in qualche misura, a seconda della concezione stessa che del processo si abbia.

Se il processo è visto essenzialmente come duello, o addirittura come giuoco [7], quella regola vi inerisce profondamente, perché ad ogni gioco sono essenziali delle regole ed il loro scopo si esaurisce nel consentire che il gioco si svolga e possa giungere a conclusione decretando un vincitore. Se concepita in quest'ottica, la regola sull'onere della prova parrebbe, in certo senso, neutra: utile soprattutto a risolvere le situazioni dubbie, giacché al giudice non è data la possibilità del *non liquet*, ed è proprio applicando quella regola che egli sarà pur sempre in grado di decidere la causa nel merito, anche quando non sia stato possibile accertare come si sono davvero svolti i fatti intorno ai quali si controverte [8]. Non importa allora tanto il modo in cui l'onere della prova si distribuisce tra le parti, quanto il fatto che vi sia una regola di chiusura del gioco che permette di decidere la causa anche in situazioni dubbie nelle quali altrimenti l'esito della partita rischierebbe di restare in sospeso.

L'applicazione della regola sull'onere della prova anche ai fatti negativi [9], con riguardo ai quali la sua intrinseca razionalità potrebbe esser messa in dubbio, a dispetto dell'antico brocardo secondo cui *negatoria*

---

[4] Tornano qui alla mente le accorate parole di S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano 1991, 62-63, il quale, lamentando come la scissione tra il diritto e la sua tutela si sia tradotta in una dissociazione fra diritto e processo, esclama: "noi processualisti, noi che dal fondo dell'anima sentiamo sempre nel processo un valore, ci poniamo oggi il problema della tutela del diritto nel processo"; e poi aggiunge che "solo con la tutela del diritto si salva il processo, e quella che noi chiamiamo tutela del diritto è in realtà tutela del processo".

[5] Cfr. M. GRAVAGLIA, *Il controllo in cassazione sulla violazione della regola dell'onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1499 ss.

[6] Si veda, in argomento, Cass., sez. un., 22 maggio 2012, n. 8077, in *Corr. giur*., 2013, 89, con nota di A. SCARPA, *Nullità della citazione, errores in procedendo ed accesso diretto della corte di cassazione agli atti del procedimento*. Mi sia anche consentito, per brevità, rinviare al mio scritto *Fatto e diritto nel giudizio di cassazione*, in *La cassazione civile*, a cura di M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI, Cacucci, Bari, 2020.

[7] È d'obbligo, in proposito, il riferimento agli scritti di B. CAVALLONE, *Il processo come gioco*, in *Riv. dir. proc*., 2016, 1548 ss., e *Rien ne va plus (ancora sul processo come gioco)*, *ivi,* 2018, 1128 ss.

[8] Questa impostazione è dovuta soprattutto G. MICHELI, *op. cit.*, 177 ss.

[9] È tradizionale in giurisprudenza l'affermazione per cui l'onere della prova gravante su chi agisce o resiste in giudizio non subisce deroghe nemmeno quando abbia ad oggetto fatti negativi, anche se, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario o mediante presun-



non egent probationem, sembrerebbe confermare una qualche indifferenza di tale regola rispetto al contenuto delle vicende cui la prova attiene.

Tuttavia, benché sia noto che verità storica e verità processuale non necessariamente coincidono, giacché il processo è la scena sulla quale taluni fatti vengono rappresentati, per poterli giudicare, e quasi mai la realtà di un fatto coincide del tutto con la sua rappresentazione, mi sembra sia pur sempre ineludibile la necessità di minimizzare il più possibile questa discrepanza. Non va dimenticata la natura strumentale del processo, che deve servire all'effettiva tutela dei diritti, garantita dalla Costituzione; e la nozione di "giusto processo", che la stessa Costituzione enuncia all'art. 111, postula che, sia pure solo tendenzialmente, il processo debba avere come scopo l'accertamento della verità dei fatti [10], perché questa costituisce il presupposto per la corretta applicazione delle regole di diritto e, dunque, per l'auspicabile giustizia della decisione. Se davvero il processo, ridotto a mero gioco, potesse prescindere completamente da ogni aspirazione alla verità, e perciò alla giustizia, mi parrebbe davvero arduo definirlo "giusto".

Credo perciò che le regole attraverso le quali si perviene all'accertamento giudiziale dei fatti controversi non possano esser solo funzionali a consentire un esito, quale che sia, della contesa processuale, ma debbano esser concepite in modo da risultare il più possibile funzionali all'obiettivo di rendere giustizia. Sotto questo profilo, la regola sull'onere della prova si dimostra dunque qualcosa di più di una semplice regola tecnica del gioco. Lo conferma altresì la sua indisponibilità, quando si tratti di diritti di cui le parti non possono disporre, e la nullità dei patti sulla prova, quando ne risulterebbe troppo difficile l'esercizio di un diritto (art. 2698 cod. civ.).

La ripartizione dell'onere della prova nei termini indicati dal citato art. 2697 ed il rischio della mancata prova che ne consegue assumono perciò un significato più sostanziale. Direi che, anzitutto, rispondono ad un criterio di buon senso, alla luce del quale è naturale che chi sostiene una tesi sia anche colui che dispone degli elementi di fatto idonei a dimostrarne la fondatezza e che, quindi, sia lui a doversi far carico di riversarli convincentemente nel processo. Ovviamente, onere di allegazione ed onere della prova non vanno confusi, ma è del tutto ragionevole ipotizzare che colui il quale si spinge ad affermare l'esistenza di un determinato fatto se ne sia anzitutto egli stesso convinto, avendo potuto, per così dire, dimostrarlo prima di ogni altro a se stesso: per questo egli è, di regola, la persona meglio in grado di dimostrarlo anche agli altri e di produrre tale dimostrazione in giudizio.

Proprio per quanto appena detto, però, appare chiaro che non può trattarsi di una regola assoluta. Ed, infatti, è lo stesso legislatore a temperarla in vario modo, ogni qual volta essa appaia inadeguata o addirittura potrebbe risultare controproducente. Donde le molte situazioni in cui è dato al giudice il potere di disporre d'ufficio atti istruttori finalizzati all'acquisizione della prova e di avvalersi, nell'accertamento dei fatti, di presunzioni – legali o giurisprudenziali – in forza delle quali la parte che dovrebbe fornire una prova ne viene esonerata (con o senza possibilità per la controparte di fornire la prova contraria), perché ciò che egli asserisce è già di per sé largamente verosimile e non occorre altro. Così come altro non occorre se il fatto è ammesso dalla controparte o non è contestato o è notorio.

In queste situazioni, alquanto frequenti, indubbiamente l'onere della prova risulta alleggerito o addirittura escluso. Va poi considerato che raramente la prova di un fatto è, per così dire, lampante ed inconfutabile.

---

zioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo: si vedano, per tutte, Cass., 22 marzo 2021, n. 8018, Cass., 17 luglio 2019, n. 19171, e Cass., 13 giugno 2013, n. 14854.

[10] Si vedano, in argomento, le persuasive considerazioni di M. TARUFFO, *Verità e prova nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 1305 ss.



Spesso il dato probatorio – documento, testimonianza o altro che sia – richiede un'opera di interpretazione o di valutazione rimessa al libero apprezzamento di chi deve giudicare. Forse è eccessivo dedurne che la regola dell'onere della prova, alla luce del principio di libera valutazione da parte del giudice, è ormai un pezzo da museo, come pure taluno ha adombrato [11]. Un conto è stabilire su chi gravi l'onere di fornire la prova di un fatto, con gli strumenti a tal fine previsti dall'ordinamento, altro è attribuire al giudice il compito di valutare, in concreto, se quell'onere è stato o meno assolto; ed è solo sotto quest'ultimo profilo che il libero convincimento del giudice entra in gioco [12]. È vero però che l'apparente linearità di questa distinzione di piani può appannarsi alquanto, nella realtà del processo, lasciando alla discrezionalità del giudice più spazio di quel che si potrebbe a prima vista supporre, ogni qual volta sia problematico stabilire se davvero l'onere della prova gravante su una parte è stato o meno adeguatamente assolto, se gli indizi forniti sono sufficientemente univoci e concordanti da assurgere alla dignità di prova, se la prova acquisita è *plena* o *semiplena*, e quali conseguenze se ne debbano trarre. Vi sono d'altronde molte zone grigie, quali ad esempio quelle che si riscontrano spesso quando i fatti da provare presentano aspetti di complessità tecnica tali da richiedere l'intervento di un consulente d'ufficio, il cui incarico sovente oscilla tra la ricerca e la valutazione di quei fatti [13].

3. – È proprio in questa zona grigia che si colloca anche il cosiddetto principio della vicinanza (o prossimità) della prova. Un asserito principio – ma forse meglio dovrebbe dirsi: una regola o un criterio [14] – per il quale colui nella cui disponibilità sono gli elementi probatori occorrenti alla dimostrazione di un fatto dovrebbe, per ciò stesso, farsi carico di dimostrarli in giudizio [15].

Questo principio (continuiamo pure per abitudine a chiamarlo anche così) ha trovato un'eco nell'art. 64, comma 1, del c.p.a., che è così formulato: "*Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni*". Non v'è invece alcuna analoga disposizione nel codice civile o nel codice di procedura civile, e tuttavia il criterio della vicinanza della prova si è andato sempre più affermando nella giurisprudenza dei tribunali e delle corti, grosso modo a partire dagli anni novanta del secolo scorso e, soprattutto, nel nuovo secolo.

Si tratta dunque, almeno per quel che attiene al diritto ed alla procedura civile, di un principio di natura essenzialmente giurisprudenziale, la cui diffusione e rilevanza sono attestate anche dai ripetuti riferimenti che vi hanno fatto le Sezioni unite della Corte di cassazione: a cominciare dalla nota decisione che anche sulla vicinanza della prova ha fondato l'affermazione secondo cui sul creditore grava solo l'onere di dimostrare la fonte dell'obbligazione, sia che egli agisca per l'adempimento sia che agisca per la risoluzione del contrat-

---

[11] J. NIEVA-FENOLL, *L'onere della prova: una reliquia storica che dovrebbe essere abolita*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 1195 ss.

[12] Sulla necessità di mantenere il principio del libero convincimento entro i limiti suoi propri e di non intenderlo come un illimitato potere del giudice di indagare sui fatti di causa, pena altrimenti lo svilimento della stessa giuridicità del fenomeno processuale, insiste particolarmente G. VERDE, *op. cit.*, 590 ss.

[13] Sui limiti entro cui il consulente tecnico d'ufficio può accertare egli stesso i fatti oggetto della lite si sono di recente pronunciate le Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza del 1° febbraio 2022, n. 3086, in *Foro it.*, 2022, I, 1798, con nota di A. ALFIERI, *La natura della nullità della consulenza tecnica d'ufficio: il chiarimento delle Sezioni Unite*.

[14] Per una critica alla definizione della vicinanza della prova in termini di principio, si veda M. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi …*, in *Contratto e impr.*, 2016, 373 ss.

[15] Sulla derivazione del criterio della vicinanza della prova dal pensiero del filosofo e giurista inglese Jeremy Bentham, si veda C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss.



to, mentre compete all'obbligato dare prova del proprio adempimento [16]. Lo stesso principio è stato invocato per porre l'onere della prova dell'esistenza dei requisiti occupazionali, da cui dipende l'applicabilità della disciplina dello statuto dei lavoratori in tema di licenziamento, a carico del datore di lavoro, e non del lavoratore, perché costui è privo della disponibilità dei fatti idonei a dimostrare il numero dei lavoratori occupati nell'impresa [17]. E sempre al medesimo principio le Sezioni unite si sono più di recente riferite quando hanno stabilito che l'onere della prova dei vizi della cosa venduta compete all'acquirente, giacché è colui il quale ormai di quella cosa dispone [18].

Occorre però distinguere tra un'accezione che definirei "debole" ed una "forte" del principio in discorso.

Talora si tratta di un mero enunciato verbale col quale il giudice rafforza la motivazione di una decisione fondata piuttosto su presunzioni, da lui ritenute gravi, precise e concordanti, che gli consentono di considerare provato un determinato fatto accaduto nella sfera di disponibilità di una delle parti ed al di fuori di quella della controparte. Altre volte – come mi sembra di poter dire sia accaduto nel caso delle pronunce delle Sezioni unite sopra richiamate – quel principio non è evocato per derogare alla regola legale dettata dall'art. 2697 cod. civ., bensì come un corollario e criterio applicativo proprio di quella regola, la quale ripartisce in astratto tra le parti l'onere di provare i fatti costitutivi ed i fatti estintivi o modificativi del diritto dedotto in causa, ma non li identifica. Come distinguere nella realtà concreta della materia del contendere i fatti costitutivi di un diritto da quelli modificativi o estintivi non sempre è agevole. Il criterio della vicinanza, quando difetti una diversa norma che consenta di operare la suddetta distinzione, può allora tornare utile: può servire, appunto, per stabilire quali siano i fatti costitutivi del diritto, che tocca all'attore di provare, e quali invece quelli estintivi o modificativi, della cui prova è onerato il convenuto. Il principio di vicinanza della prova, se così inteso, lungi dal derogare alla regola di cui al citato art. 2697, funge così da criterio ermeneutico, alla stregua del quale i fatti costitutivi vanno identificati in quelli più prossimi all'attore e perciò nella sua disponibilità, mentre i fatti estintivi o modificativi sono quelli che si trovano nella disponibilità del convenuto, di modo che la vicinanza riguarda la possibilità di conoscere in via diretta o indiretta il fatto, e non già la possibilità concreta di acquisire la relativa prova [19].

In altri casi il principio della vicinanza della prova viene evocato non quale criterio applicativo in concreto della regola di riparto dell'onere della prova, enunciata solo in astratto dal codice, bensì come criterio a sé stante, che a quella regola codicistica si affianca. Oltre che della partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, quindi, il giudice, per non interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio, tutelato dalla Costituzione, dovrebbe tener conto anche del suddetto principio della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova e, conseguentemente, ove i fatti possano essere noti solo ad una parte e non anche all'altra, dovrebbe porre a carico del primo l'onere della prova [20].

---

[16] Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, 113, con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*.

[17] Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it*, 2006, I, 704, con note di A. PROTO PISANI, *La prova del «requisito dimensionale» ex art. 18 l. 300/70: un grand arrêt delle sezioni unite*, e di D. DALFINO, *La prova del «requisito dimensionale» ex art. 18 l. 300/70 al vaglio delle sezioni unite.*

[18] Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Foro it.*, 2019, I, 2726, con nota di M. MAGLIULO, *Garanzia per vizi, inesatto adempimento ed onere della prova: l'intervento delle sezioni unite e la rilettura del principio di vicinanza alla fonte di prova*.

[19] Così, da ultimo, Cass., 22 aprile 2022, n. 12910, che ha rigettato un ricorso col quale una società che pretendeva di aver diritto a sgravi contributivi per avere assunto mano d'opera con contratti di formazione-lavoro aveva omesso di provare la condizione a tal fine prescritta dall'Unione europea, secondo cui lo sgravio non compete in caso di assunzione di mano d'opera connessa ad operazioni d'investimento.

[20] In tal senso Cass., 26 febbraio 2021, n. 5476, in *Giur. it.*, 2021, 2173, che, nel caso di una lavoratrice la quale aveva lamentato



In effetti i maggiori problemi si pongono quando alla vicinanza o prossimità della prova si fa appello non come criterio applicativo o complemento della *regola iuris* espressa dal citato art. 2697, bensì per fondare su di essa una vera e propria deroga a quella regola, in funzione correttiva dell'astrattezza del precetto legale, muovendo dal presupposto che la peculiarità della fattispecie concreta evidenzi l'inadeguatezza, se non addirittura l'ingiustizia, della meccanica applicazione di quel precetto.

Si potrebbe esser tentati di sostenere che una tale accezione del principio di vicinanza della prova – in un senso, per così dire, più "forte" – non sia poi del tutto eversiva, considerando che, a ben vedere, il porre l'onere della prova a carico della parte che meglio ne dispone, e che quindi è meglio in grado di assolverlo, risponde alla medesima *ratio legis* cui si ispira la regola legale stabilita dal più volte art. 2697: la quale ugualmente, come s'è già prima accennato, riposa sulla presunzione secondo cui, almeno di norma, è colui *qui dicit* ad essere nella condizione più favorevole per fornire la prova di quanto afferma. Vero è però che così si finisce, in un certo senso, per degradare la regola legale sull'onere della prova ad una mera presunzione di vicinanza della prova; una presunzione che giustificherebbe quella regola, ma che poi sarebbe destinata a venir meno ogni qual volta, in concreto, la prova risulti invece più "vicina" alla controparte. Ma una simile costruzione, per suggestiva che sia, non appare sufficientemente suffragata da dati normativi, giacché nulla consente di ravvisare nel disposto del citato art. 2697 una mera presunzione, superabile mediante prova contraria, ed appare viceversa palese che con quella norma il legislatore ha inteso fissare un preciso criterio legale dal quale il giudice non sembrerebbe autorizzato a discostarsi in base a valutazioni connesse alle peculiarità del caso concreto.

Non sono peraltro mancati tentativi di dare un fondamento legale al principio di prossimità della prova, pur essendo innegabile la sua origine pretoria. Si è fatto leva sul dovere di lealtà e probità, che il primo comma dell'art. 88 c.p.c. impone a tutte le parti del giudizio [21] e si è anche invocato un ancor più generale dovere di collaborazione tra le parti ed il giudice [22], in forza del quale chi ha la disponibilità dei dati occorrenti per la piena comprensione dei fatti di causa avrebbe l'obbligo di non tenerli solo per sé. Una tale impostazione, se non m'inganno, appare assai vicina a quella di coloro i quali postulano l'esistenza di un dovere di verità gravante sulle parti del giudizio [23]. Ove davvero fosse possibile sostenere che i doveri di lealtà e probità processuali si traducono in un dovere di leale collaborazione di tutte le parti col giudice per favorire l'accertamento della verità, risulterebbe sicuramente più agevole argomentare anche in favore di un obbligo di *disclosure* e di un onere di prova esteso ai fatti rilevanti dei quali ciascuna parte abbia piena disponibilità. Il tema è troppo ampio per essere qui adeguatamente discusso, ma non può farsi a meno di rilevare come, allo stato, un'applicazione così estrema dei doveri di lealtà e probità delle parti in giudizio sia ancora ben lungi

una discriminazione in suo danno per il mancato rinnovo di un contratto a termine a causa del suo stato di gravidanza, laddove il rinnovo era stato invece concesso a tutti i colleghi che si trovavano nelle sue stesse condizioni contrattuali, ha posto a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare quale fosse il trattamento riservato agli altri dipendenti essendo i relativi contratti nella sua materiale disponibilità. Allo stesso modo, Cass. 25 luglio 2008, n. 20484, in una vertenza riguardante il riconoscimento del premio di produttività preteso da un lavoratore in conseguenza dei positivi risultati economici dell'impresa, ha ritenuto che l'andamento dell'azienda rientrasse tra gli elementi suscettibili di conoscenza solo da parte dell'imprenditore, sul quale pertanto incombeva il relativo onere probatorio; e Cass. 17 aprile 2012, n. 6008, ha invocato il medesimo criterio per addossare al preponente, che aveva risolto in tronco un contratto di agenzia, l'onere di dimostrare l'anomalia della contestata diminuzione di affari e, quindi, di fornire al giudice i dati per comparare il risultato ottenuto dall'agente in questione rispetto al volume di vendite conseguito da altri agenti dello stesso preponente in altre zone.

[21] S. PATTI, *Delle prove, in Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2015, 32 ss.

[22] C. BRESSO, *op. cit.*, 1397 ss.

[23] M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Giappichelli, Torino, 2018.



dall'essere comunemente ammessa. molto discussa. Il nostro sistema processuale non conosce l'istituto tipicamente anglosassone della *discovery* [24]; il che rende davvero difficile sostenere che il dovere di lealtà processuale si spinga sino ad imporre alla parte – a dispetto del tradizionale brocardo *nemo contra se tenetur* – il compimento di atti contrari al proprio interesse, ove faccia difetto una specifica disposizione normativa da cui ricavarlo. Altrettanto difficile mi pare, di conseguenza, voler desumere dai suddetti doveri di lealtà e probità una regola sulla ripartizione dell'onere della prova diversa e contrastante con quella di cui all'art. 2697 cod. civ.

In giurisprudenza il principio di vicinanza della prova viene però sovente giustificato anche in altro modo: richiamandosi all'art. 24 Cost. (e 47 della Carta dei diritti fondamentali della Ue), ogni qual volta questo appaia il mezzo occorrente per garantire l'effettiva possibilità di agire in giudizio a tutela dei propri diritti o interessi legittimi. Talora vi si aggiunge altresì un richiamo all'art. 3 Cost., che impone un canone di eguaglianza sostanziale tra le parti in giudizio, laddove l'applicazione pedissequa della regola sull'onere della prova, posta dal citato art. 2697, risponderebbe invece ad un criterio di eguaglianza meramente formale. Né manca, a questo proposito, il riferimento anche ad un ulteriore principio costituzionale: quello della parità delle armi, come elemento del giusto processo garantito dall'art. 111 Cost.

Come tutti gli argomenti con cui, invocando regole o principi della Costituzione, ci si sforza di adeguare e di rendere il più possibile compatibili con la Carta fondamentale disposizioni codicistiche sorte in epoca antecedente, anche quelli cui sopra si è accennato meritano certamente di esser presi sul serio e si possono ben comprendere le ragioni per le quali essi per lo più incontrano tra gli interpreti un certo favore. È però innegabile che v'è una qualche forzatura nell'adoperare simili argomenti in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata, quando essi conducano non tanto ad un'interpretazione quanto ad una vera e propria disapplicazione (più o meno giustificata da principi costituzionali) di una ben chiara ed univoca regola legale [25]. Il che spiega la diffidenza di buona parte della dottrina, che vi scorge il rischio di una pericolosa manipolazione dell'esito del processo ad opera del giudice [26]. Né può dimenticarsi, rimanendo sul terreno costituzionale, che, per espressa indicazione del già menzionato citato art. 111, il "giusto processo" è quello regolato dalla legge, alla quale d'altronde il giudice è sempre soggetto, come ci ricorda anche il capoverso del precedente art. 101.

4. – In definitiva, mi sembra che anche a questo proposito vada in scena il mai sopito dibattito tra chi, attento soprattutto ai valori della certezza e della prevedibilità, propende per una concezione rigorosa del diritto, nella convinzione che l'astrattezza e generalità delle sue regole sia la migliore garanzia per gli utenti della giustizia, facendo da scudo a possibili abusi applicativi, e chi, viceversa, portatore di un punto di vista in certo senso più pragmatico, avverte la necessità di adeguare di volta in volta la regola legale alle peculiari caratteristiche di ogni situazione concreta per evitare il rischio che l'applicazione del diritto si ponga in contrasto con quel senso di giustizia che pur sempre dovrebbe ispirarlo.

---

[24] Osserva C. BRESSO, *op. cit.*, 1394 ss., che il tema della vicinanza della prova è meno sentito nei paesi di *common law* proprio perché in quegli ordinamenti opera l'istituto della *discovery*.

[25] Si veda in proposito M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. – Annali*, Giuffrè, Milano, 2016, vol. IX, 391 ss.

[26] Vedi, tra gli altri, M. FRANZONI, *op. cit.*, 360 ss.; M. TARUFFO, *Il regime probatorio: i principi generali*, in *Contratto e impr.*, 2014, 1 ss.; e F. PIRAINO, *Travisamenti pretori in tema di esonero dalla responsabilità contrattuale tra causalità e vicinanza della prova*, in *Foro it.*, 2020, I, 2000 ss.



Tra queste due impostazioni, ciascuna delle quali ha buone frecce al proprio arco, il giudice è, come sempre, chiamato a scegliere o forse, meglio ancora, a trovare un giusto punto di equilibrio, con l'obbligo in ogni caso di fornire adeguata motivazione delle sue scelte. Che egli fruisca di un margine non piccolo di discrezionalità nel condurre il processo – basti pensare al potere di disporre consulenze tecniche, di ordinare ispezioni o l'esibizione di cose e documenti, di deferire il giuramento suppletorio, di interrogare liberamente la le parti sui fatti di causa e desumere argomento di prova dal loro comportamento – è fuori discussione. Come in tutte queste ipotesi, espressamente contemplate dal legislatore, così pure nell'intervenire sul riparto dell'onere della prova utilizzando il criterio della vicinanza, ove si voglia ammettere l'ammissibilità di applicare tale criterio nell'accezione che ho prima definito "forte", occorre che il giudice sappia esercitare la sua discrezionalità in modo equilibrato e che sappia darne persuasivamente conto, anche al fine di consentirne il controllo in sede di eventuale impugnazione.

Particolarmente importante mi sembra comunque che si riesca ad evitare, pure a questo proposito, decisioni poco prevedibili, rispetto alle quali le parti siano prese di sorpresa non avendo potuto previamente interloquire per far valere le proprie ragioni. È vero che, probabilmente, la valutazione che il giudice faccia circa l'assolvimento dell'onere della prova da parte di chi vi è tenuto non rientra, a rigor si termini, tra le questioni rilevabili d'ufficio che non possono esser poste a fondamento della decisione se prima il giudice non le abbia segnalate alle parti, a norma dell'art. 101, comma 2, cod. proc. civ.[27] Ciò, tuttavia, non toglie che, in tutti quei casi nei quali l'applicazione del criterio della vicinanza della prova non appaia ovvio e le parti non ne abbiano discusso, sia opportuno che il giudice, nell'esercizio dei suoi generali poteri di direzione del processo, che il primo comma dell'art. 175 c.p.c. espressamente gli attribuisce anche per assicurare che il procedimento si svolga in modo leale, prima di decidere inviti le parti ad esprimersi sul punto.

In questo, d'altronde, consiste il mestiere del giudice – o, se si preferisce così definirla – la sua arte: nell'applicare il diritto con quella virtù il cui nome riecheggia nella parola stessa "giuris-prudenza": la prudenza, che già *ab antiquo* era considerata la prima delle virtù cardinali (*auriga virtutum*) e che non va certo intesa come sinonimo di tremebonda cautela, bensì di equilibrio e ponderato discernimento.

[27] M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 425, nt. 22. Per ovviare aI rischio di decisioni che colgano "di sorpresa" la parte, la quale potrebbe ritrovarsi ad essere soccombente per non aver soddisfatto un onere probatorio che non le spettava in base all'art. 2697 e che il giudice le ha attribuito in maniera imprevedibile, lo stesso M. TARUFFO, *Il regime probatorio*, cit., 3-4, suggerisce di attuare comunque il principio del contraddittorio di cui all'art. 101 cod. proc. civ., superando in via interpretativa il riduttivo riferimento alle "questioni rilevabili d'ufficio" contenuto nel secondo comma di tale articolo.

JUS CIVILE



GIORGIO DE NOVA

Professore emerito di Diritto civile – Università Statale di Milano

ACCORDI SULL'INVERSIONE DELL'ONERE DELLA PROVA E SULL'ESCLUSIONE DEI MEZZI DI PROVA*

SOMMARIO: *1. Accordi di inversione dell'onere della prova. – 2. Accordi di esclusione della prova.*

1. – A prima vista il tema appare di facile approccio.

Come osserva Patti, *Le prove,* II ed., p. 344, nel volume che oggi presentiamo, l'art. 2698 cod. civ. ammette la validità di accordi delle parti diretti ad investire o a modificare l'onere della prova, superando i dubbi anteriori al codice del 42.

Al tempo stesso, l'art. 2698 cod. civ. precisa i limiti di tali accordi: sono nulli se riguardano diritti indisponibili o se hanno per effetto di rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

A prima vista, dunque, chi oggi scrive un contratto dovrebbe prendere in considerazione l'art. 2697, dedurre su chi grava e in che misura l'onere della prova, e derogare a tale disposizione, con l'unica cautela di evitare di farlo quando si tratta di diritti indisponibili o di farlo in modo tale da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

A prima vista, in conclusione, sembrerebbe un argomento che non meriterebbe di essere trattato in un seminario sofisticato come quello di oggi.

Il fatto è che le cose non stanno così.

In primo luogo non è affatto chiaro quali siano le regole dell'onere della prova alla luce dell'art. 2697: basti pensare al tema centrale dell'onere della prova dell'inadempimento, di recente rimesso in discussione dalla Corte Suprema, o al tema dell'onere della prova della autenticità del testamento olografo, che la Corte Suprema non fa gravare sulla parte che basa sul testamento le proprie domande.

Di per sé l'incertezza sulle regole legali dell'onere della prova indurrebbe a stipulare patti sull'onere della prova.

Ma vi è una seconda e più importante circostanza, sottolineata da chi più di tutti ha approfondito il tema delle prove, Bruno Cavallone.

Egli ha di recente scritto sulla *Processuale* (2022, p. 446): «*a me sembra, leggendo molte decisioni della Corte di cassazione, che l'art. 2697 sia stato messo in un canto, sopraffatto dal principio per il quale* "*la*

* Testo della relazione tenuta dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "*Le prove*" svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 29 settembre 2022, per iniziativa del prof. Carlo Granelli, in occasione della presentazione del volume di Salvatore Patti, *Le prove*, II ed., Giuffrè, Milano, 2021.



prova dei fatti che il giudice ritiene rilevanti spetta alla parte – individuata dal giudice – che è in grado di provarli"».

È chiaro infatti che se l'art. 2697 non c'è più, non ha senso predisporre deroghe convenzionali che si basino sull'applicazione di questa norma.

Se il principio unico è quello della vicinanza della prova, si tratterebbe di derogare convenzionalmente ad esso: ma un accordo che facesse gravare sulla parte che meno è in grado di provare i fatti l'onere di provarli sarebbe probabilmente nullo, perché renderebbe per quella parte eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

In questa situazione, è meglio che io dedichi più diffusa attenzione al secondo tema a me affidato.

2. – Ancora Patti (p. 356) ci dice: «*gli accordi sulle prove possono ancora prevedere l'esclusione di alcuni mezzi di prova. In base alla norma vigente deve ritenersi superato il dubbio circa la validità di tali patti, basato sull'osservazione che le parti invaderebbero in tal modo la sfera riservata ai poteri del giudice*».

Il tema merita di essere approfondito, prendendo in considerazione sia patti che escludono mezzi di prova, sia patti che escludono la rilevanza di presunzioni, sia patti che escludono la rilevanza a fini probatori di determinati fatti.

2.1. – Iniziamo dai patti che escludono mezzi di prova (intesa questa espressione in senso lato, comprensiva della consulenza tecnica d'ufficio). Parliamo dell'arbitrato e della consulenza tecnica d'ufficio.

L'art. 816 *ter* cod. proc. civ., che ha per rubrica «*istruzione probatoria*», espressamente prevede che «*gli arbitri possono farsi assistere da uno o più consulenti tecnici. Possono essere nominati consulenti tecnici sia persone fisiche, sia enti*».

Al tempo stesso, l'art. 816 *bis* cod. proc. civ., prevede che «*le parti possono stabilire nella convenzione di arbitrato, o con un atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento*».

Tra i poteri delle parti di stabilire le norme del procedimento arbitrale rientra anche quello di stabilire le norme per l'istruttoria, ed è anzi su questo piano che si registra in questi ultimi anni la propensione dei difensori delle parti, anche per arbitrati con sede in Italia, a prescrivere l'adozione di procedure probatorie proprie degli arbitrati internazionali.

Così accade che i difensori delle parti ricorrano agli *expert witness,* e che, al fine di tenere sotto controllo anche la fase istruttoria dell'arbitrato, concordino che gli arbitri debbano integrare le proprie conoscenze tecniche attraverso il confronto delle relazioni degli *expert witness* delle parti, astenendosi dal nominare un consulente tecnico.

Ci si chiede se le parti possano escludere la facoltà degli arbitri di nominare un consulente tecnico.

Osservo innanzitutto che una simile esclusione ha poco senso se prevista in una clausola compromissoria, quando non si sa ancora quale sarà la controversia da decidere. Ha senso se posta dalle parti *in limine* di una lite retta dalla clausola compromissoria quando la controversia è sorta o ancor più in sede di compromesso, quando l'oggetto della controversia deve essere determinato. Ciò premesso, il quesito si pone non tanto in termini di deroga ad una norma che disciplina il procedimento arbitrale, quanto in termini di contenuto del contratto di arbitrato: e dunque gli arbitri nominandi potranno non accettare un incarico che potrebbe metterli



nelle condizioni di non sapere come decidere in assenza di un necessario ausilio tecnico. Gli arbitri nominandi potranno accettare l'incarico se la lite può essere decisa "in diritto" sia quanto all'*an* sia in relazione al *quantum*, oppure se sono in possesso delle necessarie competenze tecniche, e proprio per tale ragione sono stati prescelti.

Sta di fatto che sempre più spesso gli arbitri si limitano al confronto tra gli *expert witness,* senza procedere alla nomina di un consulente tecnico.

Perché il discorso abbia concretezza riferisco qui, nel rispetto della riservatezza che caratterizza l'arbitrato, alcuni casi di cui ho avuto diretta esperienza.

In un primo arbitrato (internazionale), concluso con un lodo nel 2016, si trattava di valutare se una parte potesse recedere dal contratto, per essersi verificate delle passività eccedenti un valore minimo concordato dalle parti. Si trattava quindi di accertare se sussistessero delle passività (questione delicata perché rilevavano anche passività potenziali) ed in caso affermativo se tali passività superassero o meno la soglia.

Le parti avevano prodotto ciascuna una perizia tecnica economico-aziendale, ed il collegio arbitrale ha ascoltato in udienza in contraddittorio i due esperti, con la presenza anche dei difensori. Ciò ha consentito di evidenziare i punti di consenso e i punti di dissenso tra i periti.

Il collegio ha poi deciso nel merito.

In un secondo arbitrato, anche questo internazionale, che si è concluso con un lodo nel 2019, la controversia aveva ad oggetto l'intermediazione nella vendita di elicotteri e delle relative parti di ricambio. Venivano in rilievo questioni tecniche, come la vita media di un elicottero nel caso di un determinato utilizzo, e la quantità di parti di ricambio necessarie per la durata della vita utile dell'elicottero.

Le parti hanno prodotto ciascuna una perizia, e il collegio arbitrale ha ascoltato in udienza in contraddittorio i due esperti, con la presenza anche dei difensori, che hanno sottoposto l'esperto di controparte a contestazioni e richieste di chiarimento.

In un terzo arbitrato, esso pure internazionale, che si è concluso con un lodo nel 2021, la controversia verteva sul diritto del venditore di un'azienda farmaceutica ad un supplemento di prezzo, condizionato all'esito favorevole di uno studio, volto a dimostrare determinate proprietà terapeutiche di un farmaco prodotto da quell'azienda.

Anche in questo caso le parti hanno prodotto più pareri di tecnici farmaceutici.

Il collegio arbitrale ha identificato un parere per parte, ha sottoposto in via preventiva ai due tecnici alcuni quesiti, emersi dalla lettura delle loro relazioni scritte, ed ha poi ascoltato in udienza in contraddittorio i due esperti, con la presenza dei difensori, che hanno avuto modo di chiedere chiarimenti, ma senza procedere ad una *cross-examination*.

In un quarto arbitrato, questa volta domestico, ancora in corso, questioni tecniche sono state oggetto di perizia di parte, ed anche in questo caso il collegio arbitrale ha ascoltato in udienza i due esperti, con la presenza dei difensori, che hanno avuto modo di chiedere chiarimenti (ma non sono stati ammessi alla *cross-examination*).

In un quinto arbitrato, esso pure domestico, si è ripetuto lo stesso schema.

Una volta scelta la soluzione del confronto tra *expert witness* occorre stabilire, sempre *ex ante,* le modalità del loro utilizzo.

Il modello tradizionale è quello di procedere prima alla *cross-examination* di un *expert witness,* con modalità analoghe alla *cross-examination* dei *witness in fact,* poi dell'altro *expert witness.* Soluzione, questa, che non consente l'immediatezza del confronto.

Più di recente si è affermata la *expert witness conference,* in gergo *hot-tubbing,* che vede i due *expert wit-*



ness confrontarsi in udienza, soggetti alle domande del collegio arbitrale ed alle richieste di chiarimento dei difensori. In tal modo emergono più facilmente i punti di consenso ed i punti di dissenso tra gli esperti.

Questa seconda modalità mi pare la più adatta per fare abitare il ricorso ad *expert witness* in un arbitrato in Italia.

2.2. – Veniamo ora ai fatti che escludono presunzioni.

Vorrei citare una clausola che si legge nell'*Agreement and Plan of Merger* oggetto della controversia tra Musk e Twitter.

La clausola così prevede: «(a) *The parties have participated jointly in the negotiation and drafting of this Agreement. In the event an ambiguity or question of intent or interpretation arises, this Agreement shall be construed as if drafted jointly by the parties, and no presumption or burden of proof shall arise favoring or disfavoring any party by virtue of the authorship of any provisions of this Agreement*».

Con la clausola in esame le parti intendono escludere che la circostanza che una clausola sia stata elaborata da una parte possa far sorgere in capo ad essa un onere della prova, o far sorgere una presunzione: il giudice o l'arbitro dovrà considerare tutte le clausole come se fossero state elaborate da entrambe le parti.

2.3. – Si vuole così togliere rilevanza probatoria ai «*lavori preparatori del contratto*». Siamo vicini alle *merger clauses,* o *entire agreement clauses*, di cui già si è molto parlato anche in Italia, volte ad evitare che il giudice o l'arbitro attribuiscano al contratto un significato non già sulla base del testo contrattuale, ma dei «*lavori preparatori*», e dunque ai patti che escludono la rilevanza ai fini probatori di determinati fatti.

JUS CIVILE



LUIGI PAOLO COMOGLIO

Professore emerito di Diritto processuale civile – Università Cattolica di Milano

ATTRIBUZIONI DEL CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO E NULLITÀ CORRELATE, NELL'ATTUALE APPROCCIO AI PRINCIPI GENERALI*

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. I principi di diritto, enunciati in materia da Cass. civ., sez. un., 1 febbraio 2022, n. 3086. – 3. Le attività «proceduralizzate» del consulente tecnico e le sanzioni di nullità, nella prospettiva in cui si colloca il Supremo Collegio con la citata pronuncia. – 4. Considerazioni conclusive.*

1. – Nell'accingermi a trattare questo tema, mi ero inizialmente reso conto di non poter recare alcun apporto specifico di analisi e di conoscenze, utili a celebrare (come si deve) la nuova edizione della maxi-opera civilistica di Salvatore Patti sulle prove [1]. Ma mi sono poi convinto che, in ogni caso, valesse la pena di occuparsi di un ambito probatorio così delicato, recentissimamente ripreso ed approfondito da talune «sentenze-trattato» [2] del Supremo Collegio a sezioni unite, le quali (pur nel loro corposo assetto motivazionale) non mancano di suscitare perplessità residue [3].

Credo sia buona norma – sulla scia di esempi metodologici tratti da altre esperienze [4] – premettere introduttivamente qualche notazione generale.

---

* Testo della relazione tenuta dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "*Le prove*" svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 29 settembre 2022, per iniziativa del prof. Carlo Granelli, in occasione della presentazione del volume di Salvatore Patti, *Le prove*, II ed., Giuffrè, Milano, 2021.

[1] PATTI, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA, P. ZATTI, II ed., Giuffrè, Milano, 2021.

I riferimenti scientifici a tale opera, che vengono qui ampiamente utilizzati, si trovano in: Cap. II, §§ 1-2, Cap. II, §§ 3-4; Cap. V, §§ 2-9. Ad essi, *ratione materiae*, posso aggiungere altri analoghi richiami, tratti dalla mia opera *Le prove civili*, *Trattati brevi*, III ediz., Utet Giuridica, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2010, Parte I, Cap. I, §§ 1-3 e 5; Cap. II, §§ 1-3, 7, 10; Parte V, Cap. V, §§ 1-11.

[2] L'espressione è talvolta usata, argutamente, da B. CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione* (contributo pubblicato in *Riv. dir. proc.*, 2022, 981-1026, la cui lettura in anteprima mi è stata possibile grazie alla cortesia dell'Autore).

[3] Mi riferisco anzitutto a Cass. civ., sez. un., 1 febbraio 2022, n. 3086, Pres. Raimondi, Est. Marulli, P.M. Pepe, già comparsa in *Foro it.*, 2022, I, 1773-1797, con commento di A. ALFIERI, *La natura della nullità della consulenza tecnica d'ufficio: il chiarimento delle sezioni unite*, 1798-1801.

Questa pronuncia costituisce l'oggetto primario del presente studio. Ma devo aggiungere, nel medesimo torno di tempo e su altri profili consulenziali, Cass. civ., sez. un., 28 febbraio 2022, n. 6500, Pres. Raimondi, Est. Marulli, P.M. Pepe; e Cass. civ., sez. un., 21 febbraio 2022, n. 5624, Pres. Raimondi, Est. A. Scrima, P.M. Pepe, le quali sono state criticamente e compiutamente esaminate pure da Cavallone, nello studio citato *supra* (in nota 2).

[4] Un'introduzione chiarificatrice sui «termini tecnici» adottati nelle singole trattazioni è cosa normale, ad es., nella classica dottrina tedesca. Si pensi, per tutti, all'*Einleitender Teil* (*Die Fragestellung und die verschiedenen Antworten*) che introduce, sul rigore



Anticipo alcune osservazioni generali.

Anzitutto, da un punto di vista terminologico, l'importante pronuncia [5], che (come ho detto) costituisce l'oggetto primario delle mie considerazioni, utilizza – e dà quasi per scontate, nelle accezioni comunemente note [6] – le espressioni «fatti principali», «fatti secondari» e «fatti avventizi» (intendendo però questi ultimi quali fatti «costitutivi della domanda» e fatti «modificativi, impeditivi o estintivi» della pretesa azionata, che *non* abbiano fatto oggetto di alcuna attività deduttiva di parte). La locuzione «fatti accessori» individua invece, in coerenza con il consolidato indirizzo giurisprudenziale [7], tutti quei (diversi) fatti che rientrino nell'ambito «strettamente tecnico» della consulenza, quali «presupposti necessari» per un'adeguata risposta ai quesiti del giudice, sì da poter essere investigati dal consulente ai sensi dell'art. 194, comma 1, cod. proc. civ., pur in assenza di un'autorizzazione *ad hoc* del magistrato procedente. Vi è, in aggiunta, l'utilizzazione di altre locuzioni od espressioni, che contraddistinguono, più in generale, quei fatti, di qualsiasi tipo, che debbano considerarsi comunque estranei al *thema decidendum*.

Si parla, inoltre, sporadicamente di «prove scientifiche», per tali intendendosi quelle che, in dipendenza dalla loro vocazione «specialistica», si debbano acquisire, di solito, mediante le consulenze c.d. «percipienti» [8], provviste di una portata non più soltanto valutativa, ma specificamente acquisitiva, quali veri e propri mezzi di «ricerca e di conseguimento della prova».

Il discorso motivazionale, infine, nell'occuparsi delle «nullità» relative o assolute, da individuarsi ed applicarsi nel corso del procedimento istruttorio a sé considerato, in cui si articola la consulenza tecnica, ampiamente «proceduralizzata» dopo le riforme del 2009 [9], non tratta espressamente del *distinguo* tra nullità *formali* e nullità c.d. *extraformali*, pur nel contesto di argomentazioni riconducibili all'invocabilità (diretta o indiretta) delle norme generali del codice di rito sulle «nullità degli atti» [10].

Ma vi sono ben altri spunti – teorici e pratici, di respiro più ampio – ritraibili dalla pronunzia in esame.

Si menzionano, infatti, e si trattano (ove occorra) con la dovuta precisione:

---

delle forme e sui temperamenti dell'equità, l'opera di MAX VOLLKOMMER *Formenstrenge und prozessuale Billigkeit*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1973, §§ 1-6, 1-68.

[5] Cass. civ., sez. un., 1 febbraio 2022, n. 3086, cit. Dalle altre due sentenze, menzionate *supra* in nota 3, trarrò soltanto, quando occorra, qualche spunto ricostruttivo, rinviando, per un loro più approfondito e compiuto esame, allo studio di Cavallone, pure citato ivi.

[6] Si pensi, per identificare i «fatti principali», alle categorie di «fatti» che, in base alla tipologia consacrata nell'art. 2697, commi 1-2, cod. civ. a giustificazione del riparto degli oneri di prova nel processo civile, integrano, da un lato, il fondamento (fattuale e giuridico) della domanda proposta dall'attore, nonché, dall'altro, l'insieme dei fatti, ontologicamente diversi, opposti *in excipiendo* dal convenuto per paralizzare o per far rigettare dal giudice quella domanda (sul punto, ad es., si legga la puntuale massima di Cass. civ., sez. trib., 28 dicembre 2018, n. 33578, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce "Cassazione civile", n. 78).

Sulla nozione di «fatti secondari», tanto per crearsi un'idea esplicativa più corretta, ci si può riferire ai «fatti noti», che l'art. 2727 cod. civ. configura quali «strumenti» logico-induttivi per giungere all'accertamento razionale di un determinato «fatto ignoto» (da valere come «principale»).

[7] I principi affermati valgono ad identificare i limiti entro i quali è fatto divieto al consulente di compiere «indagini esplorative», atte ad ovviare, senza alcuna investitura o giustificazione, all'eventuale carenza probatoria (colposa) delle parti onerate. Cfr. *ex multis:* Cass. civ., sez. II, 10 marzo 2015, n. 4729, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce "Consulente tecnico", n. 17; Cass. civ., sez. I, 11 gennaio 2017, n. 512, *ivi*, 2017, vce cit., n. 8; Cass. civ., [ord.], sez. I, 15 giugno 2018, n. 15774, *ivi*, 2018, voce cit., n. 10.

[8] Se ne farà menzione anche più avanti (*amplius*, *infra*).

[9] Si ricordino, soprattutto, gli artt. 61-62, 191, 194 e 195, commi 1-3, cod. proc. civ., come parzialmente riformati dalla l. 18 giugno 2009, n. 69. Si tende, in sostanza, a qualificare la consulenza come un «procedimento istruttorio» a sé, sottoposto ad una disciplina specifica, che lo differenzia peculiarmente, nell'ambito dell'istruzione probatoria in generale.

In materia, cfr., ad es., Cass. civ., sez. I, 26 luglio 2016, n. 15418, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce "Procedimento civile", n. 290.

[10] Artt. 156-157, 158-161 cod. proc. civ.



I) le garanzie costituzionali del processo «giusto», il principio dispositivo e i diritti individuali delle parti, quali parametri essenziali di determinazione (oltreché di giustificazione razionale) dei limiti imposti ai poteri d'ufficio del giudice, nel *case management* e nell'amministrazione della prova civile;

II) la ricerca della verità (oggettiva e reale) dei fatti controversi, quale «valore primario» assunto tra i fini fondamentali del processo, nonché quale parametro orientativo (e vincolante) dei poteri direttivi del giudice, nell'imprescindibile rispetto del previo contraddittorio fra le parti;

III) la giustizia della decisione, quale parametro conseguenziale e finalistico di «chiusura», nella razionalizzazione dei predetti fini fondamentali del processo, alla luce delle norme costituzionali;

IV) il disegno programmatico del cod. proc. civ. del 1942 ed i mutamenti strutturali sopravvenuti, imposti dalle successive riforme, a partire da quella del 1990, soprattutto con la regolamentazione del sistema di preclusioni e decadenze, particolarmente nel giudizio di primo grado avanti al giudice ordinario;

V) la revisione teorico-pratica dei rapporti fra giudice e consulente tecnico, in funzione di quell'*investitura pubblicistica*, assai marcata nel codice del 1942, della quale indubbiamente gode il secondo, sulla scia delle guarentigie proprie del primo, nella sua veste di «ausiliario di giustizia», agendo cioè «in funzione del superiore interesse della giustizia» (come suggello impartitogli dal giuramento prestato, ai sensi dell'art. 193 cod. proc. civ., nel consacrato impegno di agire «al solo scopo di far conoscere al giudice la verità»);

VI) il ruolo differenziale, dopo la epocale riforma del 1973, e funzioni marcatamente attive del giudice del lavoro, nei loro riflessi sulle interazioni con la disposta «assistenza» di un consulente tecnico [11] (artt. 420, comma 6, 421, 424 cod. proc. civ.);

VII) l'affermazione progressiva ed il crescente successo della «prova scientifica», intesa (già lo si ricordava) quale strumento specialistico di cognizione istruttoria, fondato su nozioni e metodi estranei sia al sapere professionale del giudice, sia alla comune esperienza della collettività;

VIII) il conseguente potenziamento delle attribuzioni del consulente tecnico, quale veicolo imprescindibile di conoscenze tecnico-scientifiche, idonee, con l'ausilio necessario di queste ultime, ad accertare nel processo (in luogo delle parti e del giudice) determinate categorie di fatti incerti;

IX) il correlato rafforzamento delle funzioni non più soltanto integrative, ma addirittura sostitutive dei poteri di accertamento e di decisione del giudice, per il tramite della categoria concettuale – peraltro già ben nota, soprattutto in giurisprudenza [12] – che si identifica nella c.d. «consulenza tecnica *percipiente*».

Tutto ciò – per un più esaustivo chiarimento di quanto si dirà – comporta la necessità di indagare: 1) se ed in qual misura gli effetti delle preclusioni istruttorie, delineate dal vigente sistema a carico delle parti, siano o meno esposte a ricaduta sulle attribuzioni del consulente tecnico; 2) se lo sconfinamento del consulente tecnico al di là del perimetro, in cui lo circoscrivono la legge e l'investitura del giudice, sia foriero di nullità relative oppure, a seconda dei casi, di nullità assolute, come tali sottratte alla disponibilità di parte e rilevabili d'ufficio dal giudice (al di là dei limiti decadenziali imposti alle parti medesime); 3) se l'invocabilità delle

[11] Artt. 420, comma 6, 421 e 424 cod. proc. civ.

[12] Cfr., *infra*, § 2, n. 3.

In forza di siffatta categoria, il consulente tecnico, quando il compito affidatogli dal giudice lo legittima (come s'è visto *supra*) ad operare, specie in rapporto alla «prova scientifica», quale strumento cognitivo ed acquisitivo di «ricerca della prova», in un certo senso "… si porta via …» il processo, sostituendosi (per così dire) allo stesso giudice e quindi «deresponsabilizzandolo» nella pronunzia finale sulla *quaestio facti* (così, testualmente, CAVALLONE, *Le prove nel nuovo millennio. Programmi per il passato*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 525-545, sp. 530-532).



sanzioni di nullità, in senso assoluto o relativo, sia qui affermabile, anche in via indiretta o analogica, senza riguardo alla carenza di previsioni normative *ad hoc* (e cioè a prescindere dal c.d. principio di tassatività) [13].

2. – L'ultima pronuncia del Supremo Collegio [14], qui analizzata, si segnala anzitutto per una ben precisa anomalia, che la distingue dalle altre pronunzie coeve cui si è fatto cenno.

Essa, invero, decide solo parzialmente le questioni prospettate da un ricorso ordinario, accogliendo il primo motivo di gravame e dichiarando assorbiti il secondo, il terzo ed il quarto [15]. Ma – su sollecitazione motivata dell'ordinanza interlocutoria di rimessione, emessa dalla I sezione della Corte in data 12 gennaio 2021 (n. 9811) – la medesima si sofferma lungamente sul quinto motivo (dichiarato, tuttavia, contestualmente inammissibile per un «manifesto vizio di autosufficienza») [16], badando a superare d'ufficio, nell'interesse della legge (*ex* art. 363, commi 1-4, cod. proc. civ.), un precedente contrasto giurisprudenziale, ritenuto da quella stessa ordinanza «di notevole rilevanza sistematica», poiché coinvolgerebbe i principi fondamentali del processo e si prospetterebbe quindi gravido di «considerevoli conseguenze pratico-operative» [17].

Come appare ben chiaro, dunque, il *dictum* cassatorio, del quale ci si occupa, rimane totalmente svincolato dalle sorti della controversia d'origine (*ex* art. 363, comma 4), esponendosi come tale – in termini teorico-funzionali – all'attenzione degli studiosi e degli operatori pratici, senza incidere minimamente (per la parte qui in rilievo) sulla pronunzia d'appello, già comunque cassata altrimenti (lo si ricordava poc'anzi), nonché sulle posizioni soggettive dei litiganti.

Ciò premesso, veniamo al *clou* delle questioni discusse.

Il problema di fondo, sollevato dall'ordinanza interlocutoria di rimessione (ed afferente al quinto motivo di ricorso, poi dichiarato inammissibile dalle Sezioni unite), concerne la natura della fattispecie di *nullità* riguardante la consulenza in quanto tale, atteggiandosi come *relativa*, e quindi deducibile unicamente su ecce-

---

[13] Artt. 156, commi 1-3, e 157, commi 1-3, st. cod.

[14] Lo si ripete: Cass. civ., sez. un., 1 febbraio 2022, n. 3086, cit. *supra*.

I richiami che seguono si intendono riferiti al testo originario della pronunzia, nella sua versione pubblicizzata in PDF dal sito telematico della Corte, a ciò dedicato. Nello stesso modo, ho proceduto a trarre talune citazioni dalle altre due pronunce (n. 5624-2022 e 6500-2022), consultandole nella loro versione ufficiale presso il medesimo sito.

[15] *Ibidem*, «Ragioni della decisione», §§ 2-6. Nel caso *de quo*, si trattava: a) dell'avvenuto disconoscimento di sottoscrizioni apposte a contabili bancarie, attestanti i movimenti di somme di danaro in uscita dal relativo c/c; b) della iniziale proposizione di un'istanza di verificazione, successivamente rinunciata dal soggetto interessato, che l'aveva dapprima proposta; c) dell'utilizzazione decisoria di siffatte contabili, a beneficio di chi le aveva inizialmente disconosciute. Nel corso dell'istruzione di primo grado, erano state ammesse ed espletate una CTU sul merito delle questioni ed una CTU grafologica.

Ai sensi degli artt. 214, 216 e 220 cod. proc. civ., secondo il Supremo Collegio, in linea con gli indirizzi interpretativi consolidati, la mancata proposizione (o, com'era qui accaduto, la successiva rinuncia) dell'istanza di verificazione determina la sopravvenuta irrilevanza e la non utilizzabilità del documento, «… non solo nei riguardi della parte che lo disconosce, che di ciò … può solo giovarsi, ma anche e segnatamente nei riguardi della parte che lo ha prodotto e che, non chiedendone la verificazione, non può giovarsi dell'efficacia probatoria a proprio vantaggio che da esso promanerebbe se non fosse stato disconosciuto..». In sostanza – così conclude il Supremo Collegio – quel documento «… resta una prova muta e non può formare oggetto di alcun apprezzamento, con l'effetto che non potrà perciò andare esente da emenda la sentenza che, come quella qui in esame, abbia ritenuto di fondare su di esso il proprio deliberato …» (*ibidem*, § 3).

[16] *Ibidem*, § 9. Si sottolinea come – nel caso di specie – i ricorrenti, pur deducendo che il CTU abbia travalicato i limiti del mandato conferitogli, non abbiano riprodotto *in extenso* il testo del quesito sottoposto dal giudice allo stesso CTU, rendendo impossibile accertare il perimetro delle investigazioni a costui demandate, ovvero appurare se la stessa CTU avesse ad oggetto le sole contabili in uscita od anche quelle in entrata.

[17] *Ibidem*, «Fatti di causa», § 1.4.



zione tempestiva di parte [18], oppure come *assoluta*, e perciò rilevabile d'ufficio dal giudice, a prescindere dal comportamento delle parti in lite (nonché dalle decadenze in cui queste siano eventualmente incorse).

Tale ordine di vizi – da reputarsi in parte annoverabili, come si diceva, fra le nullità *extraformali*, cui non sono direttamente applicabili (ma lo sono comunque in via indiretta o analogica) gli artt. 156-161 cod. proc. civ. – dovrebbe comportare l'invalidità e l'inutilizzabilità decisoria della relazione peritale conclusiva, quando ricorra (in particolare) l'arbitrario ampliamento dell'indagine, affidata al consulente, «oltre i limiti delineati dal giudice o consentiti dai poteri che la legge conferisce al consulente» medesimo [19].

Si prospetta qui, dunque, in modo specifico anche l'invalidità (non strettamente formale, ma sostanziale o di merito) delle consulenze c.d. «extra mandato», nel contesto di talune nullità – reputate comunque relative e sanabili – da cui potrebbero essere afflitte le predette consulenze, senza riguardo vincolante al principio di *tassatività* delle nullità degli atti [20] ed in piena coerenza con la *regola* dell'eccepibilità ad istanza di parte [21].

Ma va subito rilevato come – a confronto, nella ricordata pronunzia n. 5624/2022 – si distingua, molto più chiaramente, un duplice ordine di nullità riguardanti la consulenza tecnica: a) da un lato, le nullità «procedimentali» (e quindi «formali», *ex* artt. 191 e 195 cod. proc. civ.), cui si applica il regime ordinario delle nullità degli atti, disciplinate dai cit. artt. 156, commi 1-2, e 157, comma 2, in quanto deducibili dalle sole parti coinvolte e sanabili se non fatte valere entro il termine preclusivo; b) dall'altro, le nullità sostanziali o i vizi c.d. di merito e di contenuto (ed è tale l'ipotesi della menzionata consulenza «extra mandato»), denunziabili anche per la prima volta dalle sole parti, al di là delle maturate preclusioni, in comparsa conclusionale o in sede d'appello [22].

Le argomentazioni della pronunzia n. 3086/2022 sono, comunque, assai complesse ed elaborate.

A quanto assume la stessa ordinanza di rimessione – lo si è ivi ricordato [23] – l'orientamento giurisprudenziale, consolidatosi anteriormente alla riforma del 1990 [24], riteneva (e ritiene tuttora) classificabili come *relative* tutte le possibili ipotesi di nullità della consulenza tecnica, con l'effetto di considerarle sanate, se non fatte valere dalla parte interessata nella prima udienza successiva al deposito della relazione peritale (*ex* art. 157, comma 1) [25].

Ma in senso parzialmente difforme – nota la Corte – si era di recente espressa Cass. civ., sez. III, 6 dicembre 2019, n. 31886 [26], dando così vita ad un dibattito scientifico piuttosto approfondito.

---

[18] Rif. art. 157, commi 1-3, cod. proc. civ.

[19] Cfr. gli artt. 61-62, 191 e 194 st. cod.

[20] Cfr. l'art. 156, comma 1, st. cod.

[21] 157, comma 1.

[22] I principi di diritto, enunciati sia dalla pronunzia n. 5624/2022, sia da quella n. 6500/2022, tendono infatti a circoscrivere con rigore la «proceduralizzazione» vera e propria della consulenza, le cui possibili invalidità sarebbero da ricondursi alla disciplina codicistica delle nullità formali (artt. 156-157 cod. proc. civ.), escludendo da tale contesto le nullità (o, se si preferisce, le doglianze) riconvertibili in vizi di merito (della consulenza «extra mandato»).

[23] *Ibidem*, § 8 e §§ 11 ss.

[24] Cfr. la l. 26 novembre 1990, n. 353.

[25] Si consideri, ad es., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 1 ottobre 1999, n. 10870, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce "Consulente tecnico", n. 30.

Per un'esaustiva analisi degli indirizzi e delle opinioni afferenti alle possibili *nullità* della consulenza tecnica, si vedano, per tutti: FABIANI, *sub* art. 194, in *C.p.c. commentato*, diretto da C. CONSOLO, Artt. 1-286, IV ed., Ipsoa, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2010, 2390-2391; e R. ROSSI, *sub* art. 194, in *C.p.c. commentato*, a cura di L.P. COMOGLIO, R. VACCARELLA, III ed., Utet, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2010, 960-961.

[26] In *Foro it.*, 2020, I, 2099 ss., con altra nota di Alfieri, *Sui poteri istruttori del consulente tecnico d'ufficio;* in *Corriere giur.*, 2020, 1526, con commento di AULETTA, CAPASSO, *Lo statuto dei poteri del consulente tecnico d'ufficio: ansia da nomofilachia … con colpo di scena finale;* ed in *Giusto processo civ.*, 2021, 463 ss., con nota di VALLONE, *Orientamenti (e disorientamenti) sui poteri istruttori del consulente tecnico d'ufficio nel processo civile e la nullità della c.t.u.*



Secondo quest'ultima decisione, il predetto orientamento – originariamente riferentesi alla sola nullità derivante dall'omesso avviso alle parti della data di inizio delle operazioni peritali (*ex* art. 90 disp. att.) [27] – dovrebbe essere parzialmente disatteso, in quanto affermatosi quando il compimento di tutte le attività istruttorie non soggiaceva, in base alla disciplina del codice d'origine, ad alcun termine decadenziale e perentorio.

Poiché la predetta riforma del 1990 ha profondamente innovato il sistema, introducendo (soprattutto nel giudizio di primo grado) specifiche barriere preclusive e decadenziali a carico delle parti, l'art. 194 cod. proc. civ. – nelle sue diverse interpretazioni possibili, alla luce delle norme generali sulla nullità formale degli atti (artt. 156-157, 161 cod. proc. civ.) – andrebbe oggi inteso con maggior rigore, sì da prescrivere che:

a) il consulente tecnico d'ufficio non possa indagare d'ufficio su fatti mai ritualmente allegati dalle parti ovvero acquisire di sua iniziativa la prova documentale dei veri e propri «fatti costitutivi» della domanda e/o dell'eccezione [28];

b) costui possa, semmai, acquisire dai terzi unicamente la prova di fatti «accessori» o «secondari» [29], nonché elementi di riscontro confermativo della veridicità di talune prove già assunte;

c) l'inderogabilità dei suindicati assunti comporti – nei casi di violazione specifica del principio dispositivo e dei suoi primari corollari – la configurazione di nullità non più relative, ma *assolute*, come tali rilevabili d'ufficio e quindi del tutto sottratte alla disponibilità delle parti, in quanto coinvolgenti (*super partes*) interessi fondamentali del processo.

Per quanto qui rileva, i principi dati come presupposti dalla ricordata pronuncia si possono così sintetizzare: A) l'estensibilità al consulente tecnico (oltreché al giudice) degli effetti tipici del regime preclusivo, caratterizzante la posizione delle parti; B) la sottoposizione delle eventuali violazioni, commesse dal consulente, al medesimo regime preclusivo di parte, come indice di contrasto con interessi generali e, quindi, come possibile fonte di eventuali nullità non relative, ma assolute (e perciò rilevabili anche d'ufficio dal giudice, ad onta di ogni maturata preclusione); C) l'interpretazione consolidata dell'art. 198 cod. proc. civ.., nel senso che il consulente contabile (con l'autorizzazione delle parti) possa procedere all'esame di documenti non

---

[27] In proposito, cfr., ad es., L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 874-875.

Nella stessa direzione, cfr., *amplius*, in giurisprudenza: già Cass. civ., sez. II, 9 febbraio 1995, n. 1457, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce "Consulente tecnico", n. 38; e poi – nel consolidato senso della generale configurabilità di nullità relative (come tali sanabili, ex art. 157 cod. proc. civ.) entro l'ambito di qualsiasi consulenza tecnica – Cass. civ., sez. I, 3 agosto 2017, n. 19427, *ivi*, 2017, voce "Procedimento civile", n. 217; Cass. civ., sez. III, 15 giugno 2018, n. 15747, *ivi*, 2018, voce "Consulente tecnico", n. 16. Nei medesimi termini, con riguardo all'ipotesi dell'art. 198 cod. proc. civ., dinanzi al giudice del lavoro, si veda pure già Cass. civ., 26 giugno 1984, n. 3743, *ivi*, 1984, voce "Lavoro e previdenza (controversie)", n. 231.

[28] Sul punto, come s'è già accennato, si inserisce la piena legittimità della ben nota contrapposizione fra *consulenza «deducente»* (o puramente ausiliaria nella valutazione delle prove già *aliunde* acquisite) e *consulenza «percipiente»* (in cui è insito il potere di accertare, con gli strumenti tecnici a disposizione, i fatti materiali allegati dalle parti e da queste ultime, al pari dello stesso giudice, per le correlate difficoltà tecnico-scientifiche, non suscettibili di adeguata prova attraverso i mezzi cognitivi disponibili).

La seconda, in effetti, si appalesa in grado di qualificarsi non più come un semplice ausilio valutativo del giudice, bensì come «fonte oggettiva di prova», o (se si preferisce) come vero e proprio mezzo di «ricerca della prova», laddove l'accertamento dei fatti presupponga un imprescindibile utilizzo di strumenti tecnici, la cui padronanza è del tutto sottratta sia alle parti che al giudice medesimo.

Sul tema, ad es., cfr. Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2014, n. 22222, in *Foro it.*, 2015, I, 521-524 (con Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2014, n. 22225), con nota di M CASORIA, *Responsabilità medica tra crisi d'identità e nuove frontiere*, *ivi*, 530-534; Cass. civ., sez. I, 10.9.2013, n. 20695, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce "Consulente tecnico", n. 14; Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4624, *ivi*, 2013, voce "Giustizia amministrativa", n. 1267.

[29] Così, ad es., Cass. civ., sez. I, 2 dicembre 2010, n. 24549, *ivi*, 2010, voce "Consulente tecnico", n. 9.



prodotti, solo quando si tratti di «documenti accessori», utili a consentire una risposta più esauriente ed approfondita ai quesiti formulati dal giudice.

Ciò illustrato e chiarito, le Sezioni unite, in risposta agli interrogativi formulati dalla Sezione rimettente, si propongono di razionalizzare il sistema, aderendo (seppur solo in parte, come si vedrà fra poco) alle linee direttive dianzi indicate *ab initio*, «… in nome del valore primario della ricerca della verità…», nonché, alla luce dei canoni costituzionali del processo «giusto», in modo tale da garantire altresì «… il primario valore della giustizia della decisione…» [30].

Non si tratta, a ben vedere, di semplici asserzioni teoriche o di pretenziosi spunti dogmatici, a sé stanti.

C'è di più.

Vero è che, da un lato, viene conservata (ed anzi, se possibile, accentuata) la «proceduralizzazione» a sé della consulenza come tale; ma è non meno vero, dall'altro, che in proposito si evita di prendere *expressis verbis* una posizione meditata e *tranchant* sui profili di ammissibilità o di applicabilità generale del regime ordinario delle «nullità [formali] degli atti» (cfr. *infra*).

I supporti argomentativi sono, comunque, assai chiaramente esplicitati (pur nel contesto di una motivazione addirittura sovrabbondante), così come segue.

1) Differenziandosi dalla previgente disciplina della «perizia» [31], l'*investitura pubblicistica*, di cui gode il consulente tecnico nel codice del 1942, lo ha trasformato in «ausiliario di giustizia», ossia in uno strumento vitale a disposizione del giudice, cui quest'ultimo ricorre, anche d'ufficio, ogni qual volta reputi necessaria [32], ai fini della definizione della lite, l'acquisizione di conoscenze specifiche, esulanti dal sapere comune in quanto richiedenti una «particolare competenza tecnica» di cui egli stesso (al pari delle parti in lite) risulta sprovvisto.

2) L'estensione al consulente delle garanzie di «imparzialità» proprie del giudice (con riferimento specifico alla facoltà di *astensione*: art. 192, comma 2) [33] ne accentua la «funzione ancillare», in dipendenza dall'obbligo, asseverato mediante giuramento (art. 193), di far conoscere al giudice la verità, determinando la convergenza delle rispettive attribuzioni, sì che le indagini commesse al consulente siano da intendersi come «… quelle stesse indagini che il giudice non avrebbe bisogno di compiere se disponesse delle particolari competenze tecniche richieste nel caso specifico…» [34].

3) Fermo restando il divieto di ammissione di consulenze «meramente esplorative», tali cioè da sostituirsi all'inerzia delle parti onerate, l'attività del consulente tecnico – «tipicamente interna al processo» e quindi da esaurirsi nell'orbita istruttoria – può legittimamente trasformarsi da mero ausilio istruttorio di «valutazione» delle prove (è la consulenza c.d. «deducente») in un vero e proprio «mezzo di ricerca della prova» (è la predetta consulenza «percipiente») [35], di guisa che il consulente soggiace – al pari del giudice – al principio *ne eat ultra petita partium*, non potendosi occupare di «*fatti avventizi*», ossia di fatti «principali» [36], costitutivi

---

[30] Si riveda la pronuncia n. 3086/2022, «Ragioni della decisione», *sub* §§ 11-40.

[31] Si vedano gli artt. 252-270 del codice del 1865, ed in particolare l'art. 253.

[32] L'aggettivo è indicato, all'esordio della dizione normativa, dal cit. art. 61, comma 1, cod. proc. civ.

[33] Mentre il codice del 1865 disciplinava soltanto la ricusazione del perito (artt. 254-258), il codice attuale prevede altresì la possibile «astensione» del consulente (riconosciuta dal giudice come «giusto motivo»: art. 63, comma 1), ammettendone la «ricusazione» ad istanza di parte per gli stessi «motivi» invocabili nei confronti del giudice medesimo (cfr. l'art. 63, comma 2, ove si richiama testualmente l'art. 51).

[34] Si riveda la pronunzia *de qua*, *sub* §§ 19-20.

[35] Cfr., *supra*, la nota 7.

[36] Si intendono come tali i fatti che, nel rispetto del principio della domanda, possono essere introdotti nel processo solo per ini-



della domanda od (*ex adverso*) modificativi, impeditivi ed estintivi, non mai dedotti ritualmente dalle parti nei termini perentori loro rispettivamente assegnati [37].

4) Assume una portata dichiaratamente derogatoria la consulenza cui il giudice affida l'«esame contabile» di documenti e registri (*ex* art. 198 st. cod.); la relativa disciplina, da reputarsi veramente «speciale» ad ogni effetto, va reinterpretata nel senso di evitarle di porsi quale inutile «doppione» di attività comunque consentite al consulente in altre controversie, facendo sì che la norma *de qua* consenta espressamente, a prescindere dal consenso di parte, l'esame di «*documenti non prodotti*» in giudizio, pur se riguardanti (anziché soltanto «fatti accessori») «fatti principali», ordinariamente soggetti ad essere provati *in terminis* per iniziativa delle stesse parti [38].

Va da sé che – nel contesto di siffatta disamina – il problema delle nullità invocabili (in senso relativo od assoluto) dovrebbe risolversi, sistematicamente (ed eventualmente per analogia), nel contesto dei cit. artt. 156, commi 1-2, e 157 cod. proc. civ., facendo semmai riferimento (per gli atti compiuti dal consulente tecnico, in violazione dei limiti oggettivi entro cui il giudice gli abbia enunciato determinati quesiti, *ex* art. 191, comma 1, cod. proc. civ.) alla possibile carenza dei «requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo» (art. 156, comma 2).

Eccoci, allora, all'enunciazione finale di alcuni importanti «principi di diritto», formulati (come già si diceva) nell'esclusivo «interesse della legge» (*ex* art. 363, comma 3, in rapporto all'art. 384, comma 1).

Nel rispondere ai quesiti generali, di cui si è detto poc'anzi, le Sezioni Unite ribadiscono ancora una volta, a livello ermeneutico, la pregnante «specialità» delle prescrizioni regolate per il consulente contabile dall'art. 198 cod. proc. civ. [39], ma poi assimilano il più possibile, in termini di rilevanza pubblicistica, lo *status* del consulente tecnico ordinario a quello del giudice, reputando perciò non invocabili (in pregiudizio del primo) gli effetti tipici, derivanti dalle preclusioni decadenziali oggi in vigore a carico delle parti.

Se ne conclude che:

A) il consulente tecnico d'ufficio, nell'ambito delle indagini affidategli dal giudice, può accertare «*tutti i fatti inerenti all'oggetto della lite*», il cui accertamento si renda *necessario* in risposta ai quesiti posti, purché non si tratti dei «fatti principali» suscettibili di essere allegati e provati dalle sole parti (con eccezione, naturalmente, dei «fatti principali» anche rilevabili d'ufficio);

B) il consulente tecnico può acquisire (a prescindere dalle attività di allegazione delle parti, stante l'asserita inapplicabilità delle relative preclusioni) tutti i «documenti necessari» *ut supra*, ferme restando le medesime riserve ed esclusioni;

C) nell'«esame contabile», previsto dal cit. art. 198 cod. proc. civ., previo rispetto del contraddittorio e nei limiti oggettivi delle indagini affidate, il consulente può acquisire – a prescindere, lo si ripete, dalle alle-

ziativa delle parti, con esclusione consequenziale dei «fatti accessori», come tali conoscibili da chiunque, e soprattutto dei «fatti secondari», privi di efficacia probatoria diretta, ma strumentali e funzionali alla dimostrazione probatoria dei fatti «principali», da intendersi non estranei all'ambito delle indagini consulenziali, nel quadro dell'art. 194 st. cod.

[37] *Ibidem*, *sub* §§ 25-26.

[38] *Ibidem*, *sub* §§ 30-32.

[39] Nel senso, dunque, che il consulente possa esaminare documenti «non prodotti» anche quando essi riguardino *fatti principali*, che a rigore, in base alle norme generali, dovrebbero essere allegati e provati *in terminis* dalle stesse parti. (cfr. *supra*). Ciò starebbe a dimostrare, ancor più chiaramente di quanto non si pensi, la sottrazione legale di quel consulente al regime preclusivo, proprio dei litiganti.



gazioni di parte – *tutti i «documenti» necessari*, pur se questi (inciso di grande impatto teorico-pratico) siano *diretti a provare i predetti «fatti principali»* allegati dalle parti;

D) inoltre, l'accertamento di «*fatti diversi*» dai «fatti principali» dedotti dalle stesse parti, salva restando l'eccezionale rilevabilità d'ufficio di questi ultimi, e l'acquisizione dei relativi «*documenti*» in violazione del contraddittorio sono fonte di «*nullità relativa*»[40], deducibile ad iniziativa di parte nella prima difesa od istanza successiva (*ex* art. 157, commi 1-2);

E) tuttavia, l'accertamento, nell'ambito della consulenza, di «*fatti principali diversi*» (da quelli dedotti dalle parti, e salva comunque restando l'ipotesi di fatti principali anche rilevabili d'ufficio) viola il principio della domanda ed il principio dispositivo (*ex* artt. 99-101 cod. proc. civ.), essendo quindi fonte di una «*nullità assoluta*», rilevabile d'ufficio al di là di qualsiasi preclusione o, in difetto, deducibile quale vizio della sentenza che vi abbia aderito, da farsi valere con i mezzi di impugnazione disponibili (*ex* art. 161, comma 1, st. cod.).

Il che, almeno su quest'ultimo principio, parrebbe armonizzarsi in linea sistematica – vale la pena di sottolinearlo sommessamente – con l'indirizzo giurisprudenziale, riferito più in generale ai comportamenti di parte, secondo cui «… le norme che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel processo civile sono preordinate a tutelare interessi generali e la loro violazione è sempre rilevabile d'ufficio, anche in presenza di acquiescenza della parte legittimata a dolersene …»[41].

3. – Non v'è dubbio, a questo punto, che il recente *dictum* delle Sezioni unite (n. 3086/2022) venga ad assumere, al pari dell'analogo *dictum* pressoché coevo (n. 6500/2022), una incisiva ed (*absit iniuria*) quasi ingombrante consistenza, sollecitando – quantomeno là dove il ragionamento della Corte appaia occasionalmente criptico – ulteriori spunti, anche critici, e riflessioni sistematiche.

Si rammenti, ancora una volta, che la disciplina della «nullità degli atti», secondo gli artt. 156-161 cod. proc. civ., viene normalmente intesa come codificata e direttamente applicabile alle sole *nullità formali* (riferibili cioè al contenuto-forma dei singoli atti), distribuite e rinvenibili in più settori della regolamentazione codicistica[42].

Di conseguenza, mancando ogni più immediata riferibilità a nullità di stampo diverso, il c.d. principio di tassatività o di tipicità (art. 156, comma 1) e la regola generale della rilevabilità ad istanza di parte (con la connessa sanabilità: art. 157) sono invocabili per analogia, nella predetta consulenza «proceduralizzata», tenendo altresì conto del fatto (postulabile, a quanto si crede, anche per le nullità extraformali) che la nullità sarebbe in ogni caso «pronunciabile» dal giudice (lo si rammentava poco fa) «… quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo…» (*ex* art. 156, comma 2).

Ciò significa che, con riguardo alle (atipiche e innominate) nullità extraformali, secondo la dominante dottrina ad esse dovrebbe potersi imporre, come regola opposta, la rilevabilità d'ufficio, tanto più laddove si tratti

---

[40] Si osservi, *per incidens*, che alla sentenza qui analizzata, nella versione consultabile in *Foro it.*, 2022, I, 1773-1774, viene attribuita una massima concepita sostanzialmente in questi termini, senza alcun cenno all'ipotesi di «nullità assoluta», di cui *infra sub* E).

[41] Così, ad es., si legga la massima di Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2018, n. 16800, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce "Procedimento civile", n. 231.

[42] Per ulteriori riferimenti in argomento, si veda – oltre al mio contributo nel Cap. 13 (*Forma e nullità degli atti*), 365-413, sp. 395 ss., del volume L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, V ed., Il Mulino, Bologna 2011; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, II ed., Cacucci, Bari 2012, 283-296, sp. 283-286.



di nullità non testuali, e perciò di nullità non espressamente previste dalla legge, derivanti o meno (come sopra si diceva) dalla carenza del ricordato «requisito formale indispensabile al raggiungimento dello scopo» [43].

È quanto tende a prospettarsi, già lo si è sottolineato, nell'ambito della dominante giurisprudenza, a proposito della consulenza tecnica intesa quale «procedimento istruttorio» a sé stante, da reputarsi (direttamente o indirettamente) soggetto alla disciplina codicistica delle «nullità» formali.

Eccoci, allora, ad altre (più meditate) conclusioni, cui sembra condurre l'analizzata pronunzia delle Sezioni unite.

Nel ribadire il carattere (sia detto così) dirompente della regola sancita per il consulente contabile dal cit. art. 198 [44], ritiene la Corte di dover riscrivere in un certo senso, alla stregua delle premesse ricostruttive di cui sopra, lo *scopo* della consulenza tecnica (nell'ottica del cit. art. 156, comma 2).

L'attenzione viene posta sui casi in cui il consulente medesimo abbia – nel quadro delle attribuzioni descritte dall'art. 194 – accertato fatti comunque non oggetto di una diretta allegazione di parte e/o abbia comunque acquisito documenti non prodotti tempestivamente dalle parti stesse, dei quali il giudice non si sarebbe potuto avvalere d'ufficio.

Ciò che è leso (o può dirsi tale) in siffatte situazioni non è (o, meglio, non sarebbe, come assumeva Cass., n. 31886/2019) un interesse funzionale e strutturale del processo – il che pare coerente con la configurazione di una nullità assoluta, rilevabile d'ufficio – ma è un interesse di parte, correlato al diritto di difesa dei litiganti [45], sì da giustificare in tal caso, nell'ambito delle nullità *relative*, l'applicazione della regola di principio, sancita dall'art. 157, comma 2.

Fa eccezione – ed è questo, come già si diceva, il profilo non chiaramente massimato [46] – l'ipotesi dei *fatti principali diversi*, il cui eventuale accertamento, da parte del consulente tecnico, si pone in netto contrasto con il principio della domanda e con il principio dispositivo (generalmente inteso), esponendosi, quale fonte di *nullità assoluta*, alla *rilevabilità d'ufficio* per mano del giudice, al di là di qualsiasi barriera preclusiva.

In ultima analisi, se è vero che la progressiva assimilazione funzionale del ruolo del consulente a quello del giudice (secondo i precisi rilievi svolti dal Supremo Collegio) ne sancisce la tendenziale sottrazione ai regimi preclusivi, rigidamente imposti alle parti dalle riforme degli anni Novanta, è altrettanto vero che la *consulenza extra-mandato* – colpita da un vizio di tenore prevalentemente sostanziale e non attinta da previsioni testuali di nullità, né situabile (tantomeno) in alcuna nuova categoria dogmatica (quale sarebbe in ipotesi, ad es., quella della «inammissibilità-inutilizzabilità») [47] – dovrebbe essere comunque intesa alla luce dell'art. 156, commi 1-2, rifluendo nell'alveo delle nullità *relative* (sanabili per iniziativa di parte), quando non vi si ravvisano lesioni vere e proprie di un interesse pubblicistico *super partes* (qual è quello alla regolare conduzione del processo), ma vi si percepiscono lesioni di un interesse tipicamente «difensivo», proprio delle parti medesime, la cui legittimazione esclusiva a farle valere è assicurata dalla regola del cit. art. 157, comma 2 [48].

---

[43] Per ulteriori approfondimenti e rilievi, a commento delle norme, si vedano: F. MARELLI, *sub* art. 157, in *C.p.c. commentato*, cit., a cura di L.P. COMOGLIO, R. VACCARELLA, 800-807; e R. POLI, *sub* artt. 156-157, in *C.p.c. commentato*, diretto da C. CONSOLO, Art. 1-280, cit., 1813-1856, sp. 1823-1825, 1858-1860.

[44] Cfr. *retro*, testo e nota 18.

[45] Ciò corrisponde, logicamente, alla *regola* (della «istanza di parte»), che l'art. 157, comma 1, enuncia, lasciando uno spazio *eccezionale* alle eventuali previsioni normative speciali, circa la rilevabilità d'ufficio.

[46] Cfr. *supra*, nota 19.

[47] Vien fatto di rifarsi, qui, alla nozione descritta dall'art. 191 c.p.p.

[48] Si consideri, a confronto, per le sue indubitabili novità dogmatiche, l'accurato e particolareggiato regime delle «nullità», di ordine generale, assolute e relative, previste nel processo penale (artt. 177-183 c.p.p.).



4. – Il discorso, complesso ed in parte involuto, che le Sezioni Unite hanno inteso svolgere, lascia emergere, dunque, talune perduranti perplessità, che – riferendosi pure alla condivisa interpretazione del cit. art. 198 cod. proc. civ., tese semmai ad estendere (più che a restringere) i poteri del consulente contabile [49] – si incentrano sull'utilizzazione (argomentativa e non già propositiva) [50] della (più raffinata) nozione di «indispensabilità» [51], riferita agli «accertamenti istruttori» da compiersi, quale «segno caratterizzante» del c.d. «campo largo» che il legislatore avrebbe inteso assicurare al «teatro delle investigazioni peritali», con un'assonanza sempre più vicina al ruolo (non più «passivo», ma concretamente) «attivo» del giudice ordinario nell'amministrazione dinamica della prova (anche a costo di sottili forzature dei modelli tradizionali, attinenti al processo ordinario).

Ed allora – se non può negarsi in linea generale (è constatazione ormai comune) che l'estrema proliferazione, nella prassi quotidiana, delle prove «scientifiche» e, quindi, la diffusione delle consulenze c.d. «percipienti» siano, ancor più, il futuro impegnativo degli accertamenti istruttori dinanzi al giudice, con l'azzardo marcato (*quod Deus avertat!*) di un giudice-robot, dominato da una giustizia scandita e razionalizzata con strumenti algoritmici – non potrà certo disconoscersi, ma sarà destinata ad accentuarsi, quella sottile ed ampia «deresponsabilizzazione» del giudicante (diremmo: priva in sé di conseguenze invalidanti) [52], di cui con acume, nel riguardo a tali consulenze, la dottrina più recente ha fatto più volte menzione [53].

Il che, d'altro canto, conduce – piaccia oppure no – ad un sottile (e progressivo) svuotamento di quelle funzioni che, da tempo, consentono al giudice di attribuirsi (o di sentirsi riconoscere) lo *status* (tradizionalmente proclamato con enfasi, ma oggi posto in discussione) di *peritus peritorum*.

---

[49] Cfr., ancora, CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in Cassazione*, cit., 1006 ss.

[50] La pronuncia commentata, in effetti, non coglie taluni spunti ritraibili dalle considerazioni svolte dal P.G., non aspirando a differenziare, quantomeno *de jure condendo*, le sorti della consulenza extra-mandato (da trattarsi quale fonte possibile di doglianze e di eccezioni sostanziali o di merito), rispetto alle altre violazioni (formali o pseudo-formali che siano).

[51] La categoria in oggetto – derivata da quella della «necessità», cui si riferisce testualmente il già citato *incipit* dell'art. 61, comma 1, cod. proc. civ. – dovrebbe utilmente servire per tracciare i confini estremi, entro i quali sia lecito dire che il consulente può (a prescindere da ogni iniziativa di parte) procedere a quegli «accertamenti istruttori» che appaiano rigorosamente *necessari* per rispondere ai quesiti oggetto dell'«interrogazione giudiziale», nello spirito di collaborazione cui quel consulente è tenuto «al solo scopo di far conoscere al giudice la verità» (art. 193 st. cod.).

[52] Di siffatta «deresponsabilizzazione» – lo riconosco: non ancora attuale, nel contesto normativo dell'epoca – ebbi pure io molteplici occasioni di avvalermi implicitamente, nel ventennio delle mie (ormai risalenti) attività giurisdizionali di Magistrato, ogni qual volta (e, di solito, ciò accadeva) avevo motivo di fidarmi pienamente dell'onestà, delle qualità professionali e della preparazione tecnica dei consulenti di volta in volta da me nominati.

[53] Si rinvia ancora, *retro*, allo scritto di CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia,* cit., *passim*.

JUS CIVILE



ROBERTO POLI

Professore ordinario di Diritto processuale civile – Università degli Studi di Cassino

LA VALUTAZIONE DELLE PROVE E IL SUO CONTROLLO IN CASSAZIONE*

SOMMARIO: *1. Considerazioni introduttive. – 2. Il ragionamento probatorio dal punto di vista statico e i suoi elementi strutturali. – 3. La percezione ed interpretazione dei segni con funzione probatoria. – 4. Le rappresentazioni mentali. – 5. La problematica comunicabilità delle rappresentazioni mentali ed in particolare del grado soggettivo della credenza. – 6. La valutazione della prova in senso stretto. – 7. La valutazione in senso dinamico: l'inferenza probatoria, la "presa di decisione" e la sua definitiva fissazione nella motivazione. – 8. La struttura triadica del convincimento del giudice sopra il fatto controverso: cosa crede, perché crede, quanto crede. – 9.* Segue*. Sua recezione nella disciplina giuridica del ragionamento presuntivo, archetipo del ragionamento probatorio. – 10. Il controllo dell'attività decisoria sui fatti in sede d'impugnazione. – 11. Conclusioni: la Corte di cassazione giudice delle leggi giuridiche ma anche delle leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo (LSOFM).*

1. – La valutazione delle prove è un momento centrale dell'esperienza giudiziale. Se le prove non sono valutate adeguatamente, il giudice ricostruisce il fatto in termini diversi rispetto al reale svolgimento della vicenda storica, e a questo fatto mal ricostruito applica una norma diversa da quella prevista dalla legge per quella vicenda, con conseguente ingiustizia della decisione giudiziale e fallimento dell'intero processo [1]. Di qui l'importanza di un accurato discorso sul giudizio di fatto e sul suo controllo nelle fasi d'impugnazione [2].

In estrema sintesi, la valutazione delle prove consiste nell'attribuzione di significato informativo agli elementi di prova. Essa procede per stadi cognitivi: dalla percezione alla interpretazione, fino alla valutazione in senso stretto dell'elemento di prova ed alla conseguente determinazione del risultato di prova. In base all'esperienza passata sul modo di essere e sul funzionamento del mondo, secondo la quale in presenza di A è normalmente presente anche B, il giudice dalla esistenza agli atti di causa dell'elemento di prova A è in grado di formarsi un convincimento sulla esistenza del fatto ignoto e controverso B. Si tratta di un'inferenza di natura ermeneutica, perché il giudice deve comprendere l'esatta portata della legge di esperienza che intende applicare e verificare la riconducibilità nella stessa del particolare caso concreto.

---

* Testo della relazione tenuta dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "*Le prove*" svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 29 settembre 2022, per iniziativa del prof. Carlo Granelli, in occasione della presentazione del volume di Salvatore Patti, *Le prove*, II ed., Giuffrè, Milano, 2021.

[1] Cfr. M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, *passim*; S. PATTI, *Le prove*, in *Trattato di Diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2021, 299 ss.

[2] Per il presente lavoro mi sono avvalso di idee e di considerazioni che ho espresso in miei precedenti studi sull'argomento: R. POLI, *La valutazione delle prove: tra cognitivismo ed ermeneutica*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 881 ss.; ID., *La ricostruzione dei fatti nel ragionamento giudiziale*, in *Studi in memoria di Giuseppe Terranova*, in corso di pubblicazione.



Secondo un noto insegnamento della Suprema Corte, la valutazione delle prove costituisce un'attività riservata in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, e non è sindacabile in sede di legittimità, se non per vizio di motivazione (ma non più per motivazione insufficiente) o per omesso esame circa un fatto decisivo, *ex* art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. [3].

È davvero così? Fortunatamente no, ma prima di andare a vedere in dettaglio l'ambito e le forme di tale sindacabilità, per come ammesse dalla stessa Suprema Corte in molte pronunce che si pongono in contrasto con il proprio orientamento appena richiamato, cerchiamo di capire con maggiore approfondimento in cosa consiste la valutazione delle prove.

2. – I momenti strutturali logico-cognitivi del giudizio di fatto ed in particolare della valutazione delle prove, considerati da un punto di vista statico – e previa l'attività di valutazione della attendibilità astratta e della rilevanza dei mezzi di prova richiesti ai fini della loro ammissibilità – possono così essere sintetizzati:

[3] Tra le più recenti ed eloquenti in proposito, v. Cass., 2 febbraio 2022, n. 3119, ove i seguenti cinque principi di diritto affermati dalla Corte che definiscono nel dettaglio la disciplina nella materia in esame: *a*) La valutazione delle prove raccolte, anche se si tratta di presunzioni, costituisce un'attività riservata in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, le cui conclusioni in ordine alla ricostruzione della vicenda fattuale non sono sindacabili in cassazione se non per il vizio, nel caso in esame neppure invocato come tale, consistito, come stabilito dall'art. 360 cod. proc. civ., n. 5, nell'avere del tutto omesso, in sede di accertamento della fattispecie concreta, l'esame di uno o più fatti storici, principali o secondari, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbiano costituito oggetto di discussione tra le parti e abbiano carattere decisivo, vale a dire che, se esaminati, avrebbero determinato un esito diverso della controversia. *b*) La valutazione delle risultanze delle prove e il giudizio sull'attendibilità dei testi, come la scelta, tra le varie risultanze probatorie, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati al giudice di merito, il quale è libero di attingere il proprio convincimento da quelle prove che ritenga più attendibili, senza essere tenuto ad un'esplicita confutazione degli altri elementi probatori non accolti, anche se allegati dalle parti. *c*) Il compito della Corte non è quello di condividere o non condividere la ricostruzione dei fatti contenuta nella decisione impugnata né quello di procedere ad una rilettura degli elementi di fatto posti fondamento della decisione, al fine di sovrapporre la propria valutazione delle prove a quella compiuta dal giudici di merito, anche se il ricorrente prospetta un migliore e più appagante (ma pur sempre soggettivo) coordinamento dei dati fattuali acquisiti in giudizio, dovendo, invece, solo controllare, a norma dell'art. 132 cod. proc. civ., n. 4, e dell'art. 360 cod. proc. civ., n. 4, se costoro abbiano dato effettivamente conto delle ragioni in fatto della loro decisione e se la motivazione al riguardo fornita sia solo apparente ovvero perplessa o contraddittoria (ma non più se sia sufficiente), e cioè, in definitiva, se il loro ragionamento probatorio, qual è reso manifesto nella motivazione del provvedimento impugnato, si sia mantenuto, com'è in effetti accaduto nel caso in esame, nei limiti del ragionevole e del plausibile. *d*) La violazione del precetto di cui all'art. 2697 cod. civ., del resto, si configura solo nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne era gravata in applicazione di detta norma: non anche quando, come invece pretende il ricorrente, la censura abbia avuto ad oggetto la valutazione che il giudice abbia svolto delle prove proposte dalle parti, lì dove ha ritenuto (in ipotesi erroneamente) assolto (o non assolto) tale onere ad opera della parte che ne era gravata in forza della predetta norma, che è sindacabile, in sede di legittimità, entro i ristretti limiti previsti dall'art. 360 cod. proc. civ., n. 5. *e*) L'apprezzamento delle prove svolta dalla corte d'appello si sottrae alle censure svolte dal ricorrente anche sotto il profilo della violazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ., deducibile in cassazione, a norma dell'art. 360 cod. proc. civ., n. 4, solo se ed in quanto si alleghi, rispettivamente, che il giudice non abbia posto a fondamento della decisione le prove dedotte dalle parti, cioè abbia giudicato in contraddizione con la prescrizione della norma, o contraddicendola espressamente, e cioè dichiarando di non doverla osservare, o contraddicendola implicitamente, e cioè giudicando sulla base di prove non introdotte dalle parti e disposte invece di sua iniziativa al di fuori dei casi in cui gli sia riconosciuto un potere officioso di disposizione del mezzo probatorio, ovvero che il giudice, nel valutare una prova ovvero una risultanza probatoria, o non abbia operato, pur in assenza di una diversa indicazione normativa, secondo il suo "prudente apprezzamento", pretendendo di attribuirle un altro e diverso valore, oppure il valore che il legislatore attribuisce ad una differente risultanza probatoria (come, ad esempio, valore di prova legale), o che abbia dichiarato di valutare la stessa secondo il suo prudente apprezzamento laddove la prova era soggetta ad una specifica regola di valutazione: resta, dunque, fermo che tali violazioni non possono essere ravvisate, come invece il ricorrente pretende, nella mera circostanza che il giudice abbia valutato le prove proposte dalle parti attribuendo maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre. V. altresì, sostanzialmente negli stessi termini, Cass., 25 marzo 2022, n. 9786; Cass., 2 marzo 2022, n. 6799; Cass., 24 febbraio 2022, n. 6103; Cass., 14 febbraio 2022, n. 4727.



a) anzitutto il giudice è chiamato all'attività, essenzialmente di carattere soggettivo, per le ragioni che vedremo, di *percezione* dei dati grezzi, bruti del mondo esterno;

b) di seguito il giudice *interpreta* soggettivamente i dati stessi, con funzione potenzialmente probatoria, e assegna ai medesimi il loro *significato*, convertendoli in *informazioni probatorie*, vale a dire in premesse, enunciati, proposizioni probatorie [4];

c) successivamente il giudice apprezza e *valuta* in senso stretto tali dati (espressi in enunciati probatori) e di conseguenza assegna, sempre in una prospettiva ineludibilmente soggettiva, il *valore probatorio* che ritiene spettare ai medesimi, ai fini della formazione del proprio convincimento sui fatti rilevanti del giudizio, anche tenuto conto della attendibilità concreta delle fonti di prova;

d) individua, sempre in una prospettiva necessariamente soggettiva, la *regola di connessione* tra premesse (i dati con funzione probatoria) e conclusione probatoria;

e) determina, ancora in base al proprio soggettivo punto di vista, la *forza del nesso di consequenzialità* e quindi il grado finale e complessivo di plausibilità degli argomenti;

f) infine, "prende" e poi definisce e fissa nella motivazione la *decisione* finale sopra la esistenza o inesistenza del fatto controverso, nel rispetto delle regole sull'onere della prova e sullo standard di prova previste dalla legge.

È appena il caso di avvertire che in concreto queste fasi non si presentano così nettamente distinguibili fra loro e non si susseguono nei rigidi termini che appaiono in questa elencazione statica. Nella dinamica del giudizio, infatti, i processi logico-cognitivi presentano piuttosto un complesso movimento circolare, di riempimento e chiarificazione continui, come avremo modo di constatare.

Ora dobbiamo però esaminare singolarmente ciascuna di queste fasi con maggior dettaglio, ed ancor prima, per chiarezza del discorso che seguirà, ricordare quali sono gli elementi strutturali oggettivi e soggettivi che entrano in gioco nei vari momenti del ragionamento probatorio.

Gli elementi in grado di condizionare il ragionamento probatorio dal punto di vista oggettivo sono: *a*) l'oggetto dell'indagine conoscitiva; *b*) gli elementi di prova; *c*) i modelli di inferenza; *d*) la struttura logica e la razionalità del ragionamento inferenziale probatorio; *e*) le leggi del mondo poste a fondamento delle inferenze (le leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo, per brevità LSOFM); *f*) i criteri di formazione e lo standard, la soglia del convincimento; *g*) lo "spirito del tempo", il paradigma culturale in senso oggettivo; *h*) le attività difensive delle parti; *i*) le regole processuali; *l*) le diverse fasi processuali del ragionamento probatorio.

Gli elementi soggettivi del ragionamento probatorio, in quanto propri del giudicante, sono: *a*) le capacità percettive e cognitive, nonché i suoi stati emotivi; *b*) le conoscenze di sfondo; *c*) il sistema etico-valoriale, i desideri, le aspettative e la sensibilità giuridica; *d*) lo "spirito del tempo" soggettivo [5].

[4] Sulla differenza tra enunciato e proposizione, nel testo utilizzati come sinonimi, v. P. GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova*, Milano, 2014, 20 ss.

[5] Sugli elementi oggettivi e soggettivi del ragionamento probatorio rinvio a R. POLI, *Gli elementi strutturali del ragionamento presuntivo*, in *Il ragionamento presuntivo*, a cura di S. PATTI, R. POLI, Torino, 2022, p. 26 ss. Per un ampio quadro d'insieme del ragionamento probatorio, di recente, F. SCHAUER, *The Proof. Uses of Evidence in Law, Politics, and Everything Else*, London, 2022; J. FERRER BELTRAN, *Prueba sin convicción*, Madrid, 2021. In generale sul ragionamento umano, v. ora D. KAHNEMAN, O, SIBONY, C. R. SUNSTEIN, *Rumore*, Milano, 2021.



3. – Il tipo più importante di percezione, per l'uomo comune ma anche per il giudice, è la percezione visiva, fermo restando che, pure ai fini della ricostruzione dei fatti nel processo, possono venire in gioco anche altri tipi di percezione (uditiva, tattile, ecc.) [6].

In prima approssimazione possiamo distinguere tre tipi di percezione: *a*) la *percezione semplice*, in base alla quale semplicemente *percepisco un* qualche oggetto; percepisco *di* o *qualcosa* (ad es., genericamente qualcosa con le sembianze di un muro); *b*) la *percezione oggettuale*, attraverso la quale *percepisco essere*, cioè vedo qualcosa essere in un certo modo: non vedo semplicemente un muro, ma vedo un muro con determinate caratteristiche, determinate proprietà (forme e colori), vale a dire, ad esempio, con un punto scuro nella parte alta in cui incontra un altro muro; *c*) la *percezione proposizionale*, mediante la quale *percepisco che*, vale a dire, nell'esempio in discorso, percepisco che quella parete e quel soffitto presentano una macchia all'altezza del loro punto d'intersezione; macchia causata con ogni probabilità da una infiltrazione proveniente dal piano superiore.

Occorre ora collegare percezione, credenza, giustificazione e conoscenza, dopo aver ricordato che la conoscenza è data dalla credenza *vera* e *giustificata* [7]. Gli ultimi due casi di percezione sono diversi dal primo, su cui si fondano, per il fatto che *implicano dei modi corrispondenti della credenza*: vedere una parte di muro più scura implica di credere che vi sia (*credenza oggettuale*), e vedere una macchia da infiltrazione implica di credere che tale macchia vi sia (*credenza proposizionale*). In questi due casi la percezione visiva (il vedere) produce credenze che sono fondate nel vedere e possono dunque costituire conoscenza visiva, come sapere che nel punto di intersezione tra parte e soffitto vi è una macchia dovuta ad una infiltrazione [8].

Nella credenza *oggettuale* la relazione con l'oggetto è tale che non implica alcuna proposizione specifica che debba essere creduta riguardo a quell'oggetto. È una relazione che riguarda un oggetto, ad esempio il muro, senza che vi sia bisogno di *pensare* ciò che si vede *come* un muro: anche se vi è qualche proprietà che devo considerare essere propria del muro – larghezza, altezza, presenza di un punto più scuro, in modo corrispondente a ciò che lo credo *essere* – non è necessario alcun altro modo specifico in cui devo pensarlo. Si è rimarcato in proposito che la "percezione ci lascia grande libertà riguardo a ciò che apprendiamo da essa. Le persone differiscono infatti anche significativamente nelle credenze che formano intorno alle medesime cose che sono offerte alla loro vista [9]". Proprio in ragione del loro significativo grado di indefinitezza, può essere fuorviante definirle semplicemente vere o false: esse sono piuttosto accurate o inaccurate, a seconda se quanto si crede dell'oggetto sia o non sia *vero riguardo ad* esso. La credenza oggettuale è una guida attraverso la quale possiamo arrivare a credenze proposizionali e a conoscenze proposizionali [10].

La credenza *proposizionale* è così chiamata perché è generalmente considerata un caso particolare del credere una proposizione: ad es., che tra la parte e il soffitto vi è una macchia da infiltrazione. La credenza è dunque vera o falsa a seconda del fatto che la proposizione in questione sia vera o falsa. Nel possedere tale credenza, inoltre, in qualche modo *penso* ciò che vedo come una macchia da infiltrazione: nel credere che la macchia sia da infiltrazione io *concepisco* ciò che considero essere con quelle specifiche caratteristiche di forma e colori *come* una macchia da infiltrazione.

Ai nostri fini è importante sottolineare come la credenza proposizionale dipenda dalle nostre risorse concettuali in un modo che non si riscontra nel caso della percezione: la credenza proposizionale rappre-

---

[6] Cfr. R. Audi, *Epistemologia. Un'introduzione alla teoria della conoscenza*, Macerata, 2016, 39 ss.
[7] Cfr. R. Audi, *op. cit.*, 27-28.
[8] Cfr. R. Audi, *op. cit.*, 41-42.
[9] R. Audi, *op. cit.*, 42-43.
[10] R. Audi, *op. cit.*, 42-44.



senta ciò che vedo *come* una macchia da infiltrazione secondo una modalità che presuppone io disponga del relativo *concetto*. Se non dispongo del concetto di "macchia da infiltrazione" allora nell'esprimere il mio pensiero non saprei di che cosa sto parlando [11]. Si può anzi aggiungere che, in tal caso, non sarei in grado di percepire correttamente (a livello *proposizionale*) e quindi di sapere che si tratta di una macchia da infiltrazione (si pensi al diverso esempio in cui l'oggetto della percezione fosse l'immagine risultante da una risonanza magnetica od un comportamento interpretabile solo sulla base di conoscenze di natura psichiatrica) [12].

Le credenze percettive proposizionali possono essere chiamate percezioni *cognitive*, dal momento che la credenza è un'attitudine cognitiva: quel tipo di credenza che ha una proposizione (qualcosa di vero o falso) come proprio oggetto.

Ciò chiarito, occorre ora sottolineare che, secondo le più recenti ed accreditate teorie epistemologiche, "vedere o osservare o percepire è una reazione, non solo a stimoli visivi, ma anche a certe situazioni complesse, nelle quali ricoprono un ruolo non soltanto complessi e sequenze di stimoli, ma anche i nostri problemi, i nostri timori e le nostre speranze, i nostri bisogni e le nostre soddisfazioni, le nostre simpatie e antipatie" [13]. Questo vuol dire, come "ha insegnato l'intera psicologia della forma (*Gestaltpsychologie*) che anche le percezioni sono *costrutti*, costrutti di una mente attiva e spontanea" [14].

Ai nostri fini è importante rimarcare che il fenomeno in esame – vale a dire il fatto che l'interpretazione di ciò che vediamo con i nostri occhi dipende già da processi creativi del cervello – opera allo stesso modo indipendentemente dalla complessità dell'oggetto percepito e dalla complessità del tipo di approccio osservativo: cervello, linguaggio e osservazione cooperano sempre nella costruzione dell'esperienza percettiva, di quella scientifica come di quella quotidiana [15].

Per tirare le somme di questo discorso, si può concludere osservando che, secondo l'opinione ancora oggi prevalente, la percezione non è per nulla *neutra*, e che anzi l'esperienza percettiva è significativamente condizionata – se non sul piano del *percetto*, sicuramente su quello del *giudizio percettivo* [16] – dai sistemi di riferimento culturale, dalla conoscenza di sfondo e dalle strutture psicologiche, incluse la memoria, le aspettative, i valori, i bisogni, gli stati emotivi e le motivazioni, vale a dire da componenti decisamente *relative* (al contesto culturale e spazio-temporale) e *soggettive* di colui che percepisce un determinato oggetto. Scrive Gregory Bateson: "Ogni esperienza è soggettiva. […] è il nostro cervello a costruire le immagini che noi crediamo di 'percepire'. È significativo che ogni percezione – ogni percezione conscia – abbia le caratteristiche di un'immagine. […] L'esperienza del mondo esterno è sempre mediata da specifici organi di senso e da

---

[11] V., al riguardo, R. AUDI, *op. cit.*, 42 ss.

[12] R. AUDI, *op. cit.*, 42-44, ove l'Autore ricorda la "lezione generale" che emerge dalle precedenti considerazioni, secondo cui un "modo di base per imparare delle cose riguardo a degli oggetti è quello di scovare delle verità su di essi procedendo in questo modo elementare: riceviamo una prima impressione su di essi discriminandone percettivamente alcune proprietà; formiamo delle credenze oggettuali (e di altro tipo) riguardo ad essi da prospettive diverse e (spesso) formuliamo infine un concetto adeguato di ciò che sono. Dalle proprietà che credo abbia quella luce in lontananza arrivo infine a realizzare che si tratta di una luce di segnalazione che possiede proprio quella proprietà. Questo ci suggerisce, fra l'altro, che vi è almeno un senso in cui la nostra conoscenza delle *proprietà* (percepibili) è una conoscenza più di base rispetto a quella delle sostanze che le possiedono".

[13] Così K.R. POPPER, *Poscritto alla logica della scoperta scientifica*, vol. I: *Il realismo e lo scopo della scienza*, Milano, 1984, 72.

[14] D. ANTISERI, *Introduzione alla metodologia della ricerca*, Soveria Mannelli, 2005, 29.

[15] G. BONIOLO, P. VIDALI, *Introduzione alla filosofia della scienza*, Milano, 2003, 40. Sul punto v., anche per l'accostamento tra osservazione scientifica e percezione quotidiana, P.F. PIERI, *La visione e le cose*, in "*Atque"*, n. 4/1991, 11 ss.

[16] Per questa distinzione, riconducibile a C.S. Peirce, v. G. TUZET, *La pratica dei valori. Nodi fra conoscenza e azione*, Macerata, 2012, 41 ss.



specifici canali neurali. In questa misura, gli oggetti sono mie creazioni e l'esperienza che ho di essi è soggettiva, non oggettiva" [17].

Le considerazioni che precedono ci consentono anche di distinguere adeguatamente tra percezione (in senso stretto) ed interpretazione dei segni con funzione probatoria. Dobbiamo richiamare al riguardo quanto abbiamo osservato poc'anzi a proposito dei tre tipi di percezione: *semplice*, *oggettuale* e *proposizionale*.

Immaginiamo che gli elementi di prova a disposizione siano degli articoli di giornale, con cui si intende provare, in un primo caso, la consapevolezza della nocività del fumo in Italia in un determinato periodo di tempo (ad es., negli anni settanta) nell'ambito di una causa risarcitoria per danni da fumo [18]; in un secondo caso, la conoscenza dello stato d'insolvenza da parte di una banca nell'ambito di un giudizio di revocatoria fallimentare [19].

In base alla percezione semplice, il giudice percepisce qualcosa con le sembianze di un articolo di giornale; con la percezione oggettuale percepisce chiaramente che si tratta di un articolo di giornale con determinate caratteristiche grafiche (titolo, sottotitolo, eventuali fotografie, rilevanza nel contesto della pagina e nel contesto dell'intero giornale, ecc.); con la percezione proposizionale comprende ciò che l'articolo denota ed eventualmente anche ciò che l'articolo connota.

La c.d. percezione proposizionale rappresenta quindi, a ben vedere, *l'interpretazione* del segno probatorio. Ed è attraverso questa attività di interpretazione che il giudice può individuare, esaminando il *percetto*, *l'informazione percettiva* – che, nel nostro caso, sarà *l'informazione probatoria* – il *contenuto proposizionale doxastico* e, infine, il *contenuto proposizionale complessivo*, vale a dire l'informazione probatoria complessiva [20].

Naturalmente, giusta quanto abbiamo testé osservato, vale anche qui il discorso secondo cui l'interpretazione di ciò che il giudice vede con i suoi occhi dipende già da processi creativi del cervello, e che il contenuto proposizionale complessivo, il significato attribuito all'articolo di giornale passa dai sistemi di riferimento culturale, dalla conoscenza di sfondo, dai valori e dalle strutture psicologiche della percezione del singolo giudice.

Si tratta, come del pari poc'anzi osservato, di credenze percettive proposizionali che possono essere chiamate percezioni *cognitive*, dal momento che la credenza è un'attitudine cognitiva. Ed abbiamo visto come la credenza proposizionale dipenda dalle nostre risorse concettuali: la credenza proposizionale rappresenta ciò che vedo e per come lo interpreto secondo una modalità che presuppone io disponga del relativo *concetto* [21].

4. – È necessario a questo punto soffermarsi con maggior dettaglio sulle conseguenze, dal punto di vista cognitivo, della percezione di uno stimolo: le rappresentazioni mentali.

In generale, gli stimoli possono essere di diversa natura: visivi, tattili, olfattivi, del gusto, uditivi diversi dalle parole di una lingua (un miagolio, una sirena dell'ambulanza, ecc.), uditivi dei suoni di una lingua (parole, o comunque termini e proposizioni linguistiche).

---

[17] G. BATESON, *Mente e natura*, Milano, 1984, 48-49.
[18] V. Cass., 10 maggio 2018, n. 11272.
[19] V. Cass., 31 agosto 2021, n. 23650.
[20] Per questi concetti v. R. AUDI, *op. cit.*, 39 ss.
[21] V. *retro*, in questo stesso paragrafo, nel testo all'altezza delle note 10 e 11.



Secondo la *teoria della doppia codifica* esistono due sistemi simbolici ma interconnessi, specializzati per codificare, organizzare, trasformare, immagazzinare e recuperare l'informazione veicolata dallo stimolo.

I due sistemi di codifica usano due differenti rappresentazioni mentali. Il primo tipo di rappresentazioni, dette *imagens*, costituisce la modalità elettiva di elaborazione delle informazioni non verbali e viene attivato nell'esplorazione di scene o nella generazione delle immagini mentali. Gli *imagens* operano in maniera sincrona o in parallelo, perciò tutti i costituenti di un'immagine sono disponibili nello stesso momento.

Il secondo tipo di rappresentazioni, dette *logogens*, costituisce, invece, la modalità privilegiata per l'elaborazione delle informazioni di tipo linguistico. I *logogens* operano in maniera sequenziale, poiché in una frase sintatticamente appropriata le parole si presentano una alla volta [22].

Possiamo quindi anche distinguere tra *rappresentazioni analogiche* e *rappresentazioni proposizionali*. Le prime consentono di riprodurre e di mantenere nella mente le relazioni strutturali e le caratteristiche distintive di ciò che viene rappresentato, alla stregua di una riproduzione fisica: così come l'ambiente che ci circonda o le scene di cui siamo protagonisti o spettatori possono essere riprodotti in rappresentazioni esterne come fotografie, dipinti o diagrammi, gli stessi oggetti possono trovare una qualche forma di rappresentazione a livello mentale [23].

Gli stimoli possono avere un differente *valore di «immaginabilità»*, ovvero la diversa capacità di evocare un'immagine, come ad esempio le parole «mela» o «gatto» da una parte ed «evento» o «valore» dall'altra. Alcune parole, quindi, possono essere in grado di attivare una qualche esperienza sensoriale, come un suono o un'immagine, più o meno rapidamente o facilmente rispetto ad altre parole che provocano tali esperienze più difficilmente o non le provocano affatto. Vi sono quindi stimoli esperibili e stimoli non esperibili dai sensi.

Inoltre, gli stimoli possono presentare un differente grado di concretezza e questo valore si riflette sulla capacità di generare una rappresentazione basata sull'immagine. Le ricerche al riguardo hanno mostrato che quelle parole che avevano un certo grado di capacità di evocare immagini erano anche quelle che presentavano un corrispondente grado di concretezza. Ciò sembra far pensare che capacità di evocare immagini e concretezza misurino la medesima dimensione sottostante [24].

Diversamente, il mondo esterno e le diverse situazioni in cui possiamo svolgere un qualche ruolo possono essere rappresentati anche in *forme simboliche* mediante *segni arbitrari* e *descrizioni*: questa modalità di rappresentazione esterna può trovare una forma mentale come *rappresentazione proposizionale* (che chiamerei *semplice*, per distinguerla da quella qui subito appresso indicata) [25].

Le proposizioni sono rappresentazioni astratte, descrizioni degli oggetti ed eventi che rappresentano e perciò non catturano né contengono le caratteristiche fisiche di ciò che rappresentano: la descrizione del Colosseo, per quanto minuziosa, non potrà mai «contenere» le caratteristiche fisiche di questa bellezza monumentale. Analogamente, la rappresentazione mentale di quegli oggetti ed eventi su base proposizionale presenta gli stessi caratteri della descrizione [26].

In questa tipologia deve essere ricondotta la rappresentazione mentale dei significati, anche nella forma più complessa di concetti astratti, che ne costituiscono le unità di base (e qui parlerei di *rappresentazione proposizionale complessa*).

---

[22] Così R. NICOLETTI, R. RUMIATI, *I processi cognitivi*, Bologna, 2011, 131 ss., spec. 143.
[23] R. NICOLETTI, R. RUMIATI, *op. cit.*, 143.
[24] R. NICOLETTI, R. RUMIATI, *op. cit.*, 145.
[25] R. NICOLETTI, R. RUMIATI, *op. cit.*, 131.
[26] R. NICOLETTI, R. RUMIATI, *op. cit.*, 132.



I concetti costituiscono la conoscenza che permette agli individui di trattare differenti entità come appartenenti alla medesima categoria, vale a dire di trattare queste entità nello stesso modo: tutti i cani o tutte le automobili che un individuo incontra sono trattati nello stesso modo perché pur essendo differenti tra loro possediamo il concetto di cane e di automobile [27].

La conoscenza contenuta nei concetti ha degli effetti sull'attività percettiva e sulla rappresentazione mentale del mondo che ci circonda: come abbiamo già in precedenza osservato, infatti, se guardando la documentazione ecografica non dispongo del concetto di lesione tumorale, non sono in grado di percepire correttamente (a livello *proposizionale*) e quindi di sapere che si tratta di tale tipo di lesione.

I concetti sono rappresentati mentalmente in base a due meccanismi: il *nucleo concettuale* e la *funzione di identificazione*. Il primo è costituito dall'insieme dei principi necessari e sufficienti per la definizione del concetto. Il secondo meccanismo, invece, permette di classificare gli elementi sulla base degli attributi percettivi e funzionali condivisi con grado diverso dai differenti esemplari della categoria [28].

La teoria della doppia codifica, da cui abbiamo preso le mosse, prevede che tra i due sistemi di codifica e organizzazione delle informazioni vi siano delle connessioni referenziali che ci consentono di visualizzare gli oggetti nominati e di nominare gli oggetti che vediamo. Questa teoria è stata confermata da studi sulla memoria che mostrano come la rievocazione libera di parole concrete sia migliore di quella di parole astratte. Infatti, mentre parole come «cane», «automobile» ecc. possono essere codificate sia nel sistema verbale sia in quello analogico, parole come «desiderio», «idea» ecc. possono essere rappresentate soltanto mediante il codice verbale [29].

Ovviamente, quanto più è artificiale, astratto e complesso il contenuto del concetto, tanto più complesse saranno la sua rappresentazione mentale e la sua memorizzazione. E ciò, con riferimento alla determinazione sia del nucleo concettuale, sia dei suoi contorni [30]. Si pensi, ad es., al concetto «consapevolezza», dianzi evocato a proposito dell'esempio che abbiamo preso in considerazione e sul quale tra poco torneremo.

In una scala ideale di crescente complessità abbiamo quindi dapprima la rappresentazione analogica o per immagine, poi la rappresentazione proposizionale semplice (che ricomprende categorie e concetti naturali e concreti) e, infine, la rappresentazione proposizionale complessa (che ha ad oggetto categorie e concetti artificiali ed astratti).

Un'ultima notazione: a volte possono venire in considerazione scopi specifici e particolari, diversi rispetto a quelli per i quali un determinato oggetto viene normalmente apprezzato: la prima cosa che viene in mente, ad es., di fronte ad un particolare mobile è che si tratti di una sedia; ma potrebbe venire in mente che si tratti di legna da ardere se un individuo si trovasse nella sua casa di montagna, non vi fosse legna a disposizione per riscaldarsi al camino e la sedia non fosse più utile per la sua funzione primaria [31].

Tornando al nostro esempio, così come la sedia, anche l'articolo di giornale può essere apprezzato e classificato in modi diversi – in una categoria di base o in una categoria *ad hoc* – a seconda delle circostanze: nel nostro esempio si tratta di classificarlo in via del tutto occasionale e specifica come idoneo o meno a determinare la consapevolezza dei danni da fumo nella collettività: si può parlare a questo proposito di *rappresentazione proposizionale* [ma in generale potrebbe anche essere analogica] *funzionale specifica e concreta*, o *ad hoc* (in contrapposizione alle rappresentazioni – analogiche o proposizionali – funzionali di base, o naturali o primarie).

---

[27] Così R. Nicoletti, R. Rumiati, *op. cit.*, 146.
[28] R. Nicoletti, R. Rumiati, *op. cit.*, 151.
[29] R. Nicoletti, R. Rumiati, *op. cit.*, 143.
[30] Sui concetti v. E. Lalumera, *Cosa sono i concetti?*, Roma-Bari, 2009.
[31] Per questo esempio, v. R. Nicoletti, R. Rumiati, *op. cit.*, 152.



L'elenco delle conseguenze mentali degli stimoli non è però completo. Occorre aggiungervi il piano delle *emozioni* ed il piano che possiamo chiamare della *rappresentatività* degli stimoli: quest'ultimo piano costituisce anche la *credenza* con riguardo al suo oggetto.

Con il primo mi riferisco al *piano emozionale* che viene attivato a seguito dello stimolo, e quindi alla *rappresentazione emozionale*; e ciò tenendo sempre ben presente che, a monte, sono proprio le emozioni ad innescare ed orientare la mente e il corpo nel momento in cui si debba percepire ed apprezzare un oggetto ed operare una scelta: si è osservato che qualunque decisione nella sua fase embrionale è emotivamente condizionata dal vissuto del soggetto decisore, che confronterà le sue esperienze personali pregresse simili per giungere ad una decisione apparentemente razionale [32].

Con il secondo mi riferisco al piano che misura il grado di certezza soggettiva delle rappresentazioni mentali fino a qui considerate: posso infatti essere più o meno convinto che quello che ho visto è effettivamente un gatto, o un'automobile, ecc. In altre parole, viene in considerazione il grado di consapevolezza, di intima convinzione, di (libero) convincimento in ordine alle rappresentazioni mentali determinate dallo stimolo: una specie di rappresentazione mentale della forza delle altre rappresentazioni. Si tratta del *piano della rappresentatività*, la cui unità di misura è il *valore di rappresentatività*, che può essere espresso nel linguaggio qualitativo con locuzioni tipo *inesistente*, *molto basso*, *basso*, *insufficiente*, *sufficiente*, *medio*, *alto*, *molto alto*, ecc. E possiamo parlare al riguardo di *rappresentazione credenziale*.

Si può in effetti continuare a parlare di rappresentazioni mentali, poiché anche le emozioni e le sensazioni dei gradi di certezza soggettiva si presentano alla mente, purché si tengano presenti le differenze tra i vari piani.

5. – Un tema estremamente complesso ed assai importante ai nostri fini è quello della comunicabilità delle rappresentazioni mentali. E si comprende agevolmente il perché: il giudice deve giustificare attraverso la motivazione il suo convincimento sopra i fatti della causa, deve quindi tradurre in termini proposizionali le sue rappresentazioni mentali, ed in particolare deve giustificare e motivare la sua rappresentazione di credenza. E questa motivazione deve poter essere controllata dal giudice dell'impugnazione, il quale deve verificare se la motivazione sia esente da vizi, secondo le regole proprie di ciascun mezzo di controllo.

Un punto che deve essere subito rimarcato è che, quando si cerca di tradurre in termini proposizionali una rappresentazione mentale dovuta ad uno stimolo diretto esperibile dai sensi, il «contenuto» della rappresen-

[32] In questi termini U. MANZO, *Le decisioni giuridiche: dalla ragione all'emozione*, in AA.VV., *Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale*, a cura di M. MANZIN, F. PUPPO, S. TOMASI, in *Studies on Argumentation & Legal Philosophy/4*, *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento*, Trento, 2021, 261 ss., spec. 262-263. Sui rapporti tra pensiero e decisione, ed in particolare sul ruolo delle emozioni, v. in particolare A. FORZA, *La psicologia nel processo penale*, Milano, 2018, 301 ss., ove si osserva, con dovizia di dati, come "le decisioni dei giudici sono spesso influenzate da fattori indipendenti dall'esercizio della razionalità", giacché "operano di fatto processi automatici, innescati dall'ambiente, dalle situazioni personali e sociali nelle quali siamo immersi" (si parla, al riguardo, di *disrazionalità*); nonché 331 ss., per il rilievo secondo cui sono le emozioni stesse a svolgere il compito primario di vera e propria guida cognitiva. Gli studi di *psicologia evoluzionistica* hanno fatto comprendere che le emozioni operano come da innesco quando si tratta di qualificare le situazioni nuove che ci si presentano di volta in volta; ed in particolare ci consentono di classificare le cose, gli individui, gli esseri animati e gli eventi nei quali ci imbattiamo ed attribuiamo agli stessi un significato – anche positivo o negativo, buono o cattivo –, sulla base di precedenti esperienze (A. FORZA, *op. cit.*, 338). A questo proposito viene in evidenza la c.d. *euristica affettiva*, giusta la quale i giudizi e le decisioni sono condizionati dalla cifra affettiva che viene associata al presentarsi dello stimolo (cfr. A. FORZA, *op. cit.*, 361 ss.). V. altresì A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017, 21 ss. e *passim*.



tazione risulta non quantitativamente, ma qualitativamente diverso: la differenza è la stessa che corre tra sperimentare direttamente una cosa (vedere in diretta la famosa semifinale Italia-Germania 4-3; ascoltare il Concerto per piano n. 2 di Rachmaninov; provare un attacco di panico, ecc.) ed ascoltare qualcuno che racconta la medesima esperienza (o leggere un racconto descrittivo di quella esperienza) [33].

I termini linguistici proposizionali solo molto genericamente determinano i concetti cui si riferiscono, ragion per cui il destinatario del discorso descrittivo si formerà una rappresentazione mentale del concetto oggetto del discorso per nulla coincidente con la rappresentazione mentale originaria che si cerca di comunicare [34].

Per le ragioni già viste, più la rappresentazione mentale proposizionale sarà astratta e quindi complessa, più i contorni del concetto che si cerca di comunicare saranno sbiaditi ed indeterminati. E non c'è bisogno di spendere soverchie parole per comprendere come non sia nemmeno pensabile di comunicare le rappresentazioni mentali concettuali in termini quantitativi, numerici: che senso avrebbe – in termini di comunicazione effettiva, concreta e specifica della portata della relativa credenza – dire: "la mia rappresentazione mentale del concetto di «consapevolezza» era forte, chiara e convincente al 100%"? Per non parlare della rappresentazione emozionale.

L'unità di misura della traducibilità nel linguaggio delle rappresentazioni mentali è il valore di immaginabilità/rappresentatività/comunicabilità, dove per l'immaginabilità non rileva solo la rappresentazione analogica, ma l'insieme delle percezioni, emozioni e sensazioni conseguenti allo stimolo: un concetto semplice, naturale, concreto, facilmente e ben conosciuto da tutti («mela» «bicicletta» ecc.) sarà traducibile in termini linguistici e quindi comunicabile in termini molto più precisi e determinati rispetto ai concetti via via più complessi, artificiali, astratti, non agevolmente e ben conosciuti da tutti (dalla stessa «consapevolezza», alla «lesione tumorale», allo «stato d'insolvenza», fino ai concetti che coinvolgono attribuzioni di valori: «una evidente, gravissima lesione»).

La misura della traducibilità e comunicabilità della rappresentazione mentale dipende quindi dal suo oggetto – concreto o astratto, naturale od artificiale, semplice o complesso, esperibile o non dai sensi – e dal tipo di rappresentazione mentale, che dal basso verso l'alto è via via più difficilmente comunicabile: analogica e proposizionale, semplice o complessa, emozionale e credenziale.

In questa situazione ci dobbiamo chiedere che cosa di una credenza è comunicabile, ed in particolare che cosa possiamo ragionevolmente chiedere al giudice di fare per motivare, per giustificare la sua decisione.

---

[33] A questo proposito occorre ricordare che i termini "prova" e "provare" presentano diverse accezioni. Per quanto qui interessa, "provare" vuol dire sia (*i*) sperimentare, fare esperienza di qualcosa, sia (*ii*) presentare [nel duplice senso, distinto, di "avere, possedere, disporre di" e di "offrire, mostrare alla vista, alla conoscenza d'altri"] elementi di convincimento in ordine alla esistenza di qualcosa, come: *a*) alla verità delle allegazioni delle parti sui fatti controversi; *b*) alla realtà, alla esistenza dei fatti passati e controversi. Pertanto, mentre i fatti passati non possono essere oggetto di prova nel primo senso, possono esserlo nel secondo, nel quale le "prove" rappresentano le fonti da cui trarre elementi di convincimento. In proposito, cfr. A. INCAMPO, *Metafisica del processo*, Bari, 2016, 176 ss., secondo il quale "a rigore non si provano i *fatti*, bensì i *giudizi* sui fatti". Al riguardo preferisco dire che si *motivano* i giudizi sulla base delle *prove* (nel secondo senso indicato) dei *fatti*.

[34] Quando si verifica un passaggio categoriale – dalla rappresentazione mentale determinata da uno stimolo visivo diretto alla comunicazione proposizionale ad altri di quella rappresentazione mentale: si pensi, ad es., ad una foto, prima vista e poi descritta ad altri – si perde l'essenza dell'informazione probatoria. Nel passaggio dalla visione diretta di un'immagine al piano proposizionale, colui che percepisce solo quest'ultimo non accede al valore intrinseco della fonte di prova (anche nella prova testimoniale si passa dalla percezione diretta di un fatto alla sua descrizione/comunicazione in termini proposizionali). Se invece si passa da un piano proposizionale ad un altro piano proposizionale (il comunicante percepisce una descrizione, che a sua volta descrive, comunica ad altri), il trasferimento dell'informazione è probabilmente meno difettoso, anche se ciascuna descrizione, nella misura in cui aumenti di complessità, rischia una maggiore perdita di contenuti specifici rispetto alla rappresentazione mentale originaria.



È possibile rispondere a questa domanda analizzando la struttura della credenza, la quale è scomponibile nei seguenti tre aspetti: *a*) cosa credo; *b*) perché credo; *c*) quanto credo.

Il «cosa credo» si riferisce all'oggetto della credenza: un gatto, una moto, un articolo di giornale, il contenuto di un concetto, ecc. Il «cosa credo» può naturalmente essere comunicato o attraverso una immagine più o meno corrispondente, ove si tratti di un oggetto riproducibile per immagini, oppure in termini linguistici qualitativi, non in termini quantitativi, numerici: posso dire "si trattava di un gatto", oppure "di un gatto molto molto grande", e non "di un gatto grande 100", o "grande 8 su 10", salvo voler intendere convenzionalmente, con queste ultime due locuzioni, lo stesso concetto espresso in termini qualitativi, e quindi tenuto presente che l'uso di simboli numerici *non* consente una comunicazione più fedele della corrispondente rappresentazione mentale (e salvo il caso in cui io sia a conoscenza delle caratteristiche del gatto misurabili con unità di misura precise ed intenda comunicarle: ad es., "si trattava di un gatto del peso accertato di 3 chili"). Il «cosa credo» rinviene il suo contenuto dall'attività di percezione e di interpretazione del segno, e quindi di individuazione del suo significato, il quale può apparire più o meno nitido, nella corrispondente rappresentazione mentale, a seconda delle caratteristiche espressive del segno stesso.

Il «perché credo» si riferisce alle ragioni ed alle giustificazioni della credenza in senso stretto, ed in particolare alle caratteristiche delle fonti della credenza, alla loro *attitudine rappresentativa* (o *rappresentatività*) ed alle modalità di percezione di tali fonti, come ad es. attraverso il senso della vista, che è un'ottima ragione di giustificazione della credenza (altra modalità, di certo meno sicura, potrebbe essere la testimonianza). Il «perché credo» è comunicabile o per mezzo della medesima fonte (o di una sua riproduzione fedele), da sottoporre alla visione (o comunque all'attenzione di uno dei cinque sensi, a seconda dei casi) del destinatario della comunicazione, oppure in termini linguistici qualitativi, non in termini quantitativi, numerici. Ad es., potrò giustificare perché credo che l'oggetto in discorso sia un gatto motivando in base al fatto che ho visto con i miei occhi un'immagine chiarissima che presentava in modo inequivocabile le caratteristiche del *prototipo* del gatto e potrò elencare tali caratteristiche descrivendole dettagliatamente (sempre in termini qualitativi).

Il «quanto credo» si riferisce alla intensità, alla forza della credenza: a quanto io sono convinto che l'oggetto in discorso sia, ad es., un gatto. A questo proposito, la mia giustificazione/motivazione consiste nella argomentazione mirante a mostrare, da un lato, la fedeltà al prototipo di tutti gli elementi percepibili (visibili, nel nostro esempio); dall'altro, la mancanza di elementi che potrebbero contraddire la riconducibilità dell'immagine percepita (vista) alla categoria «gatto» (si pensi, ad es., al classico disegno tigrato arancione che contraddistingue la tigre). Anche il «quanto credo» può essere comunicato in termini linguistici qualitativi e non quantitativi.

Sono sempre fatti salvi i casi i cui, al fine di favorire la comunicazione della rappresentazione mentale, proprio lo stesso oggetto sia sottoponibile alla percezione diretta del destinatario della comunicazione. Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, in virtù dei fattori strettamente soggettivi che entrano in gioco nella percezione, la rappresentazione mentale del destinatario della comunicazione sarà ben diversa rispetto a quella originaria del comunicante (in misura direttamente proporzionale alla complessità della rappresentazione mentale comunicata). Di certo in ogni caso non può essere comunicato il grado di certezza soggettiva della propria credenza.

Stando così le cose, possiamo riassuntivamente concludere su questo importante punto osservando che:

1) il contenuto della credenza non è traducibile e comunicabile in termini quantitativi, numerici;
2) il contenuto della credenza è relativamente traducibile e comunicabile in termini linguistici qualitativi



e, ove l'oggetto della percezione sia riproducibile (per foto, video o altra forma di fedele riproduzione), anche attraverso tale riproduzione, nonché, sempre ove possibile, pure sottoponendo l'oggetto stesso alla percezione diretta del destinatario della comunicazione;

3) in ogni caso sussiste uno scarto tra percepito e comunicato, scarto che emerge nella motivazione/giustificazione: sottodeterminazione dei concetti comunicati per un verso (la proposizione comunicativa non «contiene», non riproduce molti dei contenuti della credenza); generica e relativa determinazione dei concetti comunicati per l'altro verso (la proposizione comunicativa solo genericamente traduce e comunica il concetto cui si riferisce, il quale viene poi riempito e specificato grazie ai codici di codificazione soggettivi del destinatario della proposizione).

4) La motivazione/giustificazione consiste di "buone ragioni" su base argomentativa, e non già dimostrativa, strutturata essenzialmente in termini qualitativi e non quantitativi.

6. – Rimarcato che percezione, interpretazione, valutazione e (perfezionamento della) conclusione probatoria sono attività strettamente correlate, la valutazione in senso stretto consiste nell'attribuzione di valore probativo all'elemento di prova, con il quale si determina l'idoneità dello stesso ad offrire elementi di conoscenza in ordine alla risposta circa l'esistenza del fatto ignoto e controverso: si individua il rapporto di probatività tra l'elemento di prova A ed il fatto ignoto B.

In altre parole, con la valutazione delle prove il giudice prende in esame il segno con funzione probatoria interpretato e gli assegna il valore probatorio, il quale esprime la misura di quanto l'esistenza dell'elemento di prova A dice in ordine alla esistenza del fatto da provare B; esprime la forza della correlabilità di A con B. Detto in termini di probabilità, il valore probatorio esprime la probabilità di B dato A. Questa probabilità può essere minima, bassa, media, medio-alta, alta, altissima, ecc.

La valutazione dell'elemento di prova ha una unità di misura – il valore probatorio, o di probatività – che non è traducibile a livello proposizionale, se non attraverso una descrizione in termini qualitativi. Questa descrizione, per le ragioni illustrate nel paragrafo precedente, non può tuttavia «contenere», riprodurre la relativa rappresentazione mentale, analogica e proposizionale, anche concettuale (provocata dallo stimolo sia da immagine, sia da aspetti proposizionali, derivante, nel nostro esempio, dalla vista dell'articolo), cioè proprio il valore che si è attribuito.

In altre parole, il valore di probatività attribuito all'elemento di prova, non è mai pienamente comunicabile attraverso la motivazione, la quale, per le ragioni già viste, non potrà rappresentare altro che una sottodeterminazione ed una generica determinazione del concetto o dei concetti oggetto della rappresentazione mentale originaria. In particolare, non sono comunicabili gli aspetti soggettivi delle qualità probative percepite, in termini di contenuti probativi e di intensità della forza probativa.

In generale, nel passaggio da una fase all'altra dell'apprezzamento delle prove – percezione, interpretazione e valutazione in senso stretto – specialmente quando la funzione probatoria indagata non è quella propria e tipica del segno in esame, ma una particolare e specifica funzione ricollegata al caso di specie, ci si allontana dal dato oggettivo e sempre più si accresce quello soggettivo.

Ad ogni modo, anche la credenza sul valore probativo di un elemento di prova può essere scomposta logicamente secondo la triade: *a*) cosa credo; *b*) perché credo; *c*) quanto credo.



7. – La valutazione della prova (A) in ordine alla esistenza di un determinato fatto (B) avviene fondamentalmente per mezzo di una inferenza. Nella prospettiva probatoria che qui interessa, l'inferenza è un'argomentazione con la quale il soggetto del ragionamento attribuisce ai dati di partenza l'attitudine a fornire elementi di conoscenza sugli aspetti da lui ignorati dell'oggetto sul quale intende formarsi un convincimento. Questa argomentazione è intrisa di "modi di vedere il mondo", secondo i quali quei dati di partenza *significano* le conseguenze in termini di conoscenza che sono state ritratte, quale conclusione del ragionamento, sopra gli aspetti ignorati dell'oggetto indagato, o sopra l'esistenza *tout court* dell'oggetto ignorato. La relazione d'inferenza, tra i dati di partenza e la conclusione, è pertanto, normalmente, di natura gnoseologica, epistemica [35].

Esistono vari tipi d'inferenza, in ragione della loro complessità: si va da inferenze di tipo automatico, o semiautomatico, ad inferenze di tipo interpretativo o, per meglio dire, ermeneutico: se devo compiere una mera operazione di calcolo matematico, la mia inferenza sarà di carattere automatico, ma normalmente la realtà è assai più complessa.

Torniamo all'esempio delle notizie di stampa. Ora – e, per il momento, sempre da una prospettiva statica della decisione – per stabilire se un articolo di giornale sia in grado di offrire elementi di conoscenza sufficienti per ritenere provata la consapevolezza dei danni da fumo in Italia, il giudice deve compiere un'attività ermeneutica particolarmente complessa, mirante a "comprendere" il caso concreto i tutti i suoi aspetti problematici [36].

Il giudice infatti deve considerare e porre nella sua "pagina mentale", come tante tessere di un mosaico: *a*) cosa egli intende per: *aa*) consapevolezza; *bb*) consapevolezza dei danni da fumo; *cc*) raggiungimento della consapevolezza dei danni da fumo; *b*) cosa per lui è in grado di determinare la consapevolezza dei danni da fumo (e quindi quali regole d'esperienza devono essere applicate); *c*) tutte le caratteristiche grafiche e semantiche dell'articolo di giornale considerato e la loro idoneità a determinare la consapevolezza dei danni da fumo; *d*) il contesto sociale e culturale del periodo storico in merito al quale occorre indagare la presenza della consapevolezza oggetto dell'indagine, ecc. Occorre sottolineare in proposito che, al momento in cui inizia la sua inferenza, il giudice non dispone del contenuto degli elementi ora indicati in modo preciso e netto. Anzi, tali elementi gli appariranno nella mente in termini sbiaditi, sfocati, indeterminati, bisognosi di una messa a punto; in breve, vaghi e «fluidi»: il giudice piuttosto intuisce il contenuto delle varie tessere nella fase iniziale del suo ragionamento, anziché disporre con esattezza del loro nucleo e dei loro contorni semantici.

A questo punto, "avendo in mente", sia pure in modo assai fluido, sia la regola generale (la quale ci dice cosa determina la consapevolezza dei danni da fumo, secondo l'esperienza), sia le caratteristiche del caso

---

[35] Scrive G. Carlizzi, *Morfologia della prova giudiziaria nell'ordinamento italiano*, in *Intorno al ragionamento giuridico*, a cura di A. Carratta, M. De Caro, G. Pino, Roma, 2022, 72-73, che "le prove *empiriche* si basano sull'idea, maturata riflettendo sull'esperienza, che tra fatti di un certo tipo e fatti di un altro tipo esiste una correlazione non *casuale*, bensì *causale*, con la conseguenza che, quando si ignora se i primi siano accaduti e si sa che i secondi sono accaduti, tale conoscenza può consentire di confermare che anche i primi lo sono. […] poggiano tutte su *criteri probatori*, ossia su proposizioni affermanti che, quando accadono certi fatti, necessariamente o probabilmente altri ne sono accaduti prima o ne accadranno dopo. Più in particolare, essi sono stabiliti riflettendo sulle esperienze comuni, cioè rilevando che, poiché in passato certi fatti si sono accompagnati sempre o con una certa frequenza ad altri fatti e vi sono ragioni per ritenere che tale correlazione costituisca una regolarità, essa deve valere anche in futuri casi simili".

[36] L'esempio in discorso è intenzionalmente semplificato, nel senso che è evidente che ai fini della prova della consapevolezza della dannosità del fumo in Italia in un determinato periodo storico sarà necessario produrre un gran numero di notizie di stampa, e non già un solo articolo di giornale: v. App. Milano, 13 aprile 2016, n. 1432, inedita. Tuttavia, anche in questa forma semplificata, l'esempio riportato nel testo consente di comprendere l'attività ermeneutica svolta dal giudice in sede di valutazione degli elementi di prova.



concreto (le caratteristiche fisiche essenziali, il significato, l'uso e la funzione dell'articolo di giornale), il giudice dovrà iniziare quel delicato, complesso circolo ermeneutico tra caso concreto e regola generale per verificare se ed in che misura quelle specifiche qualità dell'articolo di giornale in esame possano essere incluse nella regola generale e se, per l'effetto, questa possa essere applicata a quello.

L'attività di interpretazione e comprensione del caso svela così al suo fondo un carattere e un procedere non lineari ma circolari, articolati in una pluralità di livelli successivi, al modo di una spirale: infatti non comporta mai da parte dell'interprete un tautologico e puro e semplice ritorno al punto di partenza, ma l'innalzare su piani nuovi e maggiormente chiarificanti, anche alla luce di nuove circostanze, la comprensione della regola generale [37].

In questa delicata e complessa attività, il giudice darà maggiore o minore peso – secondo il suo modo di vedere le cose inevitabilmente soggettivo –, ad es., all'autorevolezza dell'autore, all'importanza dell'articolo sia nel contesto del giornale (prima o altra più o meno importante pagina), sia nel contesto della pagina; al titolo; ad eventuali fotografie; all'accuratezza del testo; all'attendibilità delle fonti richiamate; alla chiarezza e perentorietà del discorso ecc. E ciò, tenuto conto della sensibilità del lettore, dell'insieme delle conoscenze sulla dannosità del fumo altrimenti acquisibili nel momento storico oggetto d'indagine, dell'esistenza di fattori che possano contrastare l'efficacia informativa dell'articolo in analisi, ecc. (ad es., media nei quali i fumatori vengono presentati come personaggi vincenti e di successo). Per tale via potrà ritenere all'esito del suo ragionamento tali caratteristiche idonee o meno ad integrare la regola generale, che a sua volta sarà stata riconsiderata anche alla luce dell'articolo in esame e del contesto di riferimento [38].

E poiché non esiste una massima d'esperienza vera e propria bella e pronta per la soluzione specifica dell'ipotesi che stiamo considerando, il giudice perverrà alla sua decisione finale avvicinando fino a far congiungere e confondere caso particolare e legge generale (in realtà, si tratta di un fascio di leggi generali), con una serie di apprezzamenti e soluzioni specifiche di buon senso comune, fondate sull'esperienza e adattate all'unico, irripetibile caso concreto. Così facendo, il giudice avrà anche contribuito all'interpretazione, arricchendone il contenuto, dell'insieme di LSOM che ha applicato al caso concreto. Infatti, nello stesso momento in cui ha ritenuto che quello specifico caso concreto potesse essere sussunto nella regola generale, quella regola, applicata a tale caso, ha acquisito una portata più ampia rispetto a quella che aveva precedentemente a questa sua ultima applicazione [39].

---

[37] Cfr. in tali termini, sia pure con riguardo all'attività ermeneutica che caratterizza il ragionamento giuridico in generale, B. Pastore, F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2017, 235-236, ove si aggiunge che l'attività interpretativa costruisce infatti congiuntamente, per tentativi successivi, la reciproca corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie concreta (tra legge generale sulla determinazione della consapevolezza ed articolo di giornale, nel mio esempio). La scelta, tramite riflessione e argomentazione, tra le diverse possibilità interpretative non dipende soltanto da una pre-valutazione relativa all'adeguatezza del metodo a fornire una soluzione appropriata; essa non può dirsi libera da vincoli contestuali, poiché sono all'opera vincoli di natura culturale, linguistica, situazionale, ordinamentale, tutti concorrenti, nell'attività con cui i testi (i segni, nel caso del ragionamento probatorio) sono interpellati, a ridurne ma non ad eliminarne la polisemia. Con riguardo al giudizio di fatto, v. S. Patti, *Le prove*, cit., 323 ss. In tema, ed in particolare sulla unicità del metodo della indagine e della ricostruzione che caratterizzano ogni tipo di ricerca, scientifica o storica, o l'analisi di una norma giuridica, v. D. Antiseri, *Epistemologia ed ermeneutica. Il metodo della scienza dopo Popper e Gadamer*, Brescia, 2017. Per i rapporti tra ermeneutica giuridica e ermeneutica filosofica v. D. Canale, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, in *Ars interpretandi*, 2006, 11, 327 ss.

[38] L'«andare di qua e di là» con lo sguardo dal fatto alla norma e viceversa richiede molteplici occhiate, sicché a ogni nuova occhiata si presenta una fattispecie meglio compresa (attraverso il fatto), ma anche un fatto meglio compreso (attraverso la norma) (così B. Pastore, *Costruzioni e ricostruzioni. I fatti nel ragionamento giuridico*, in *Ars interpretandi*, II/2013, 1, 78, con riguardo al ragionamento giuridico).

[39] Anche a questo proposito si può dire quanto si dice a proposito dell'ermeneutica nel ragionamento giuridico in generale. In proposito cfr. B. Pastore, F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, cit., 259 ss., ove si afferma che "La ragione pratica è radi-



Come ha scritto Guido Calogero quasi cento anni fa – a proposito dell'essenza del giudizio, "cioè dell'effettivo e concreto sforzo mentale del giudice", avente ad oggetto il "rapporto di probatività, che possa o meno stabilirsi tra il fatto A, di cui si assume, o si contesta, la capacità a servir di prova del fatto B, e questo stesso fatto B – […] quando il giudice vi è giunto (cioè è giunto alla convinzione che, di certi fatti presentati alla sua consapevolezza, egli può, o meno, considerarne alcuni come prova di altri), il suo reale ragionamento probatorio è compiuto, tutto il resto potendo essere, nel migliore dei casi, una sua postuma e capovolta raffigurazione verbale" [40].

A quest'ultimo proposito occorre però aggiungere un'importante precisazione: come abbiamo ricordato all'inizio di questo studio, gli elementi strutturali del ragionamento probatorio sono molteplici, in parte oggettivi ed in parte soggettivi. Nell'attività valutativa e decisoria il simultaneo operare di questa fitta rete di componenti oggettive e soggettive, che s'influenzano reciprocamente e continuamente, determina una successione ed una progressione di flussi e stadi cognitivi, fino alla vera e propria "presa di decisione".

L'inafferrabilità dell'essenza del giudizio e la sua natura fondamentalmente *intuitiva-ricostruttiva-costitutiva* [41] – più che *inventiva-creativa* [42] – dipendono dal fatto che non è possibile isolare e identificare con precisione l'ambito di operatività di ciascuno dei plurimi elementi oggettivi e soggettivi che simultaneamente e continuativamente, su più piani, concorrono alla sua formazione [43].

---

calmente ermeneutica e si sviluppa entro un flusso continuo di interpretazioni. In questo esercizio di ragionevolezza pesano non solo le presupposizioni esistenziali, ma anche le circostanze storiche e le «evidenze culturali» in cui l'interprete si trova implicato. Occorre infatti riconoscere che dietro all'interpretazione c'è sempre un fondo inesauribile e non del tutto penetrabile di elementi culturali e di motivazioni personali […]. L'appartenenza dell'interprete alla *tradizione* e al linguaggio, che non sono elementi immobili del passato, ma fattori che vivono, crescono e si trasformano all'interno di comunità vitali in continuo atto di farsi, fa sì che nel comprendere un testo, un enunciato linguistico, un fatto concreto che emergono dalla tradizione e in essa si iscrivono, comprendiamo al tempo stesso noi stessi e gli altri. Così ci inseriamo nel vivo di un processo di trasmissione storica, contribuendo a nostra volta a costruire e a arricchire di significati il mondo della vita in quanto mondo comune. Il comprendere altro non è che un progettarsi in vista di un poter essere, di una possibilità della propria esistenza".

[40] G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1964, 101-102 (la prima edizione, come è noto, risale al 1937). Di recente, in analoga prospettiva, v. M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, 63 ss.

[41] Il giudizio ha: (*a*) natura intuitiva, perché l'intuizione è alla base di qualunque attività valutativa e decisoria; (*b*) natura ricostruttiva, perché all'intuizione deve seguire l'attenta, razionale interpretazione, comprensione e ponderazione di tutte le tracce di passatità, di tutti gli argomenti *pro* e *contra* l'ipotesi di partenza, sì da consentire al giudice di apporre via via, col maturare delle relative credenze, le singole voci del cruciverba, le varie tessere del mosaico, il quale alla fine mostrerà il disegno della *storia*, dell'*esperienza* che fu, della vicenda passata, unitariamente e complessivamente considerata (cfr. B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milano, 1996, 153: "L'argomentazione probatoria riempie la rappresentazione, rendendo possibile la produzione di discorsi dotati di asseribilità garantita. In tal modo si ri-costruisce la «realtà»"); (*c*) natura costitutiva, e non dichiarativa, perché *costituisce* attraverso una complessa attività ermeneutica il 'fatto' accertato nel processo e secondo le regole e le procedure processuali: questo 'fatto', ricostruito nel processo, è altro rispetto al fatto del mondo reale esterno ed è qualcosa che non esiste prima della decisione del giudice, ove si rinvengono solo le contrapposte (totalmente o parzialmente) allegazioni delle parti e le relative istanze istruttorie (B. Pastore, *op. ult. cit.*, 221: le parti, "propriamente, non presentano fatti, ma enunciano ipotesi tra le quali il giudice dovrà scegliere").

[42] Il giudice non inventa né tantomeno crea il fatto, ma, valutando tracce ed ipotesi del passato ricostruisce, ritaglia ed infine *sceglie* una rappresentazione dell'esperienza di vita, fra le tante possibili, ed esattamente quella che ritiene possa spiegare meglio e che appare più pertinente con l'insieme dei dati probatori a sua disposizione, alla luce delle conoscenze di sfondo della comunità di riferimento (Cfr. B. PASTORE, *op. ult. cit.*, 146, ove si osserva che l'indagine processuale "vede come momenti costitutivi la posizione di un problema, la formulazione di ipotesi di soluzione, l'attività esperita per il loro controllo, la decisione che risolve il problema, eliminando l'incertezza, e che richiede la scelta dell'ipotesi che risulta giustificata in base alla sua congruenza con le prove assunte"; nonché ivi, pp. 221 e 253 ss.; v. anche M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, 83 ss., spec. 98, nota 58: "Il giudizio finisce allora col consistere nella scelta della ipotesi che risulta corredata da un grado comparativamente maggiore di probabilità, e che appare dunque più attendibile").

[43] Sui plurimi elementi soggettivi ed oggettivi che operano simultaneamente nel giudizio di fatto rinvio di nuovo a R. POLI, *Gli elementi strutturali*, cit., 26 ss. Peraltro, richiamando il pensiero di Quine e la sua concezione olistica della conoscenza, occorre ri-



Ad ogni modo, il simultaneo operare di questa fitta rete di componenti oggettive e soggettive, che s'influenzano reciprocamente e continuamente, determina una successione ed una progressione di flussi e stadi cognitivi [44] fino al punto in cui produce, in ordine alla sussistenza o insussistenza di un determinato fatto, il convincimento che, nella prospettiva del giudicante, soddisfa lo standard di prova richiesto dalla legge [45].

La «presa di decisione» è dunque, anzitutto, uno stadio cognitivo soggettivo. Il decidente avverte, secondo i propri personalissimi parametri soggettivi, che il ragionamento probatorio ha raggiunto il suo scopo: le evidenze disponibili (A) lo hanno convinto (oppure non lo hanno convinto) dell'esistenza del fatto incerto e controverso B. Egli in questo caso percepisce una propria rappresentazione mentale: la credenza che B effettivamente sia (o non sia) esistito, alla luce dell'elemento di prova A.

Con maggior dettaglio tecnico si può dire che, secondo il convincimento soggettivo del decidente, all'esito del ragionamento probatorio l'evidenza disponibile A è idonea (o non è idonea) a far ritenere probabile il fatto incerto B nei termini che raggiungono lo standard di prova richiesto dalla legge per ritenere quel fatto provato nel processo. L'inferenza ermeneutica ha quindi determinato nel giudice la credenza secondo cui l'evidenza A è idonea (o non è idonea) a far ritenere probabile il fatto B al punto richiesto dalla legge per poterlo ritenere provato e portarlo legittimamente a fondamento della sua sentenza.

Ora, ciò che qui preme rimarcare è che la stesura della motivazione nella sentenza rappresenta anch'essa una fase, l'ultima, quella *perfezionativa*, dell'attività decisoria: infatti, prima della stesura della motivazione, le credenze del giudice su tutti gli elementi costitutivi della decisione finale sono ancora avvertiti in modo fluido, opaco, non pienamente determinato. È solo con la stesura della motivazione che il giudice fissa e specifica definitivamente, per sé e per i destinatari del suo provvedimento, ogni aspetto costitutivo della sua elaborata decisione [46].

---

cordare che l'unità minima di significanza empirica è sempre l'intera rete delle nostre credenze nella sua globalità (cfr. E. CASTELLANI, M. MORGANTI, *La filosofia della scienza*, Bologna, 2019, 114), per cui la modifica di anche una sola delle credenze che entrano in gioco nell'accertamento di un determinato fatto potrebbe ripercuotersi istantaneamente sulle altre, in un moto circolare o a rete continua ove diventa praticamente impossibile separare e distinguere tra loro per influenza i vari profili (di capacità cognitive, culturali, assiologici ed emotivi) coinvolti in quella specifica attività cognitiva.

[44] Cfr. R. NICOLETTI, R. RUMIATI, *I processi cognitivi*, cit., 131 ss., 231 ss.

[45] Scrive B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., 193, richiamando M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 418, che il "ragionamento probatorio si realizza in una «dinamica combinata» di scoperta e di controllo". In realtà a me pare che nell'attività del giudice non vi sia spazio per «scoperte», salvo un uso del termine affatto generico: si tratta piuttosto di sistemare adeguatamente e mettere a fuoco progressivamente, attraverso una ripetuta, circolare analisi di raffronto tra ipotetiche leggi generali applicabili ed evidenza disponibile, le varie tessere del mosaico, o del *puzzle* se si preferisce; vale a dire, fuor di metafora, i vari fatti che unitariamente considerati compongono la ri-costruzione del passato che consente di spiegare meglio l'andamento degli eventi sulla base di quella stessa evidenza. Il giudice non scopre il passato come lo scienziato scopre un nuovo farmaco, oppure una nuova legge fisica o biologica, l'archeologo un sito, lo storico un documento (a meno che per scoprire non intendiamo, metaforicamente, togliere il velo di oscurità posatosi sul passato con il trascorrere del tempo), ma ricostruisce il passato interpretando le sue tracce alla luce della conoscenza di sfondo della comunità di riferimento. V. ancora B. PASTORE, *op. ult. cit.*, 253, ove si osserva che il procedimento probatorio consente una ricostruzione che è il risultato di *illazioni* a partire da quegli elementi raccolti attraverso l'utilizzo e la valutazione dei mezzi di prova. Tali illazioni prendono la forma di inferenze, di varia natura, la cui conclusione costituisce una ipotesi esplicativa, volta a ricostruire la vicenda da giudicare riguardante comportamenti umani individuali puntuali ed irripetibili. Tale ipotesi va confermata sulla base del rapporto di compatibilità che essa intrattiene con il complesso dei materiali probatori raccolti e della sua accettabilità giustificata entro il contesto di vincoli operazionali e teorici rappresentato dai criteri di rilevanza giuridica, dalle garanzie processuali (in primo luogo, il contraddittorio e la pubblicità delle prove), da giudizi di valore implicati nell'interpretazione, dalla valutazione degli esiti della decisione.

[46] Per qualche cenno in tal senso v. ora G. CARLIZZI, *Morfologia della prova giudiziaria nell'ordinamento italiano*, cit., 78-79.



8. – Anche con riferimento alla inferenza ermeneutica di cui abbiamo appena detto possiamo individuare una credenza, un convincimento avente ad oggetto la correlabilità, il rapporto di probatività A-B che ha gli stessi contenuti che abbiamo già considerato: *a*) cosa credo; *b*) perché credo; *c*) quanto credo.

Dobbiamo ora convertire i contenuti strutturali della credenza, del convincimento del giudice, in termini giuridici:

a) il «cosa credo» indica, nel caso della credenza, del convincimento del giudice, l'intensità con cui possiamo ritenere A prova di B. In termini maggiormente tecnici, quanto B sia associabile ad A, ovvero, ancora diversamente, la probabilità di B dato A. Qui il giudice è chiamato ad argomentare e giustificare la scelta della massima d'esperienza che ha ritenuto di applicare, di senso comune o tecnico-scientifica, e la determinazione della forza del nesso di conseguenzialità che ha riconosciuto al rapporto tra le premesse del suo ragionamento (elementi di prova, da un lato, massima d'esperienza, dall'altro) e la conclusione raggiunta in ordine alla affermata probabilità di B dato A.

E siccome per l'accoglimento della domanda il fatto B deve potersi ritenere pienamente provato, secondo le regole sull'onere della prova, nell'indicare il «cosa credo» il giudice deve anche mostrare di aver osservato lo *standard di prova* richiesto affinché un fatto possa ritenersi (pienamente) provato e, di conseguenza, legittimamente portato a fondamento della decisione assunta. In particolare, come ho già osservato in altre occasioni, gli elementi di prova, considerati nel loro complesso, devono rappresentare un quadro probatorio che *significa*, *normalmente*, vale a dire secondo l'*id quod plerumque accidit* – misurato sulla base delle regole di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo – verità/esistenza del fatto ignoto da provare [47].

Il livello di probabilità di B dato A può essere, a seconda dei casi, altissimo, alto, medio, sufficiente, basso, quasi inesistente ecc. Lo standard di prova ora indicato è soddisfatto ogni volta che, dato A, è più probabile B che non B.

Il *livello minimo* di probabilità di B dato A, comunque idoneo a soddisfare l'indicato standard di prova, si ha quando, dato A, è ancora più probabile B che non B, ovvero quando il livello di probabilità, in una scala ideale che, *rappresentata solo convenzionalmente a fini meramente descrittivi in termini numerici*, si attesta sul 50 + 1% di probabilità. È solo in questi termini che può e deve essere applicato lo standard del "più probabile che non" ("more probable than not") in Italia [48].

b) Il «perché credo» qui indica le ragioni in senso stretto della credenza, vale a dire principalmente le caratteristiche morfologiche e semantiche dei *segni con funzione probatoria*, ma anche le modalità della loro percezione e quindi del loro apprezzamento (diretto o indiretto).

Qui il giudice argomenta in ordine alla *rappresentatività* degli elementi di prova, e quindi a proposito della loro idoneità strutturale a generare il convincimento che si è formato in ordine ai fatti ignoti. Il giudice descrive le caratteristiche strutturali e semantiche degli elementi di prova, evidenziandone gli aspetti con attitu-

---

[47] In base ad un ragionamento del tipo: quell'impronta digitale significa il passaggio di N, che ha la stessa impronta (cfr. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I. *Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 50). Per un più approfondito discorso al riguardo, rinvio a R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, 2524 e ss.; Id., *Logica del giudizio di fatto, standard di prova e controllo in Cassazione*, in AA. VV., *Lo statuto del giudice e l'accertamento dei fatti*, Atti del XXXII Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, Bologna, 2020, 373 ss., spec. 415 ss. V. anche S. PATTI, *Le prove*, cit., 827: "le presunzioni semplici suppongono un ragionamento, alla stregua del quale è possibile affermare che il fatto probabilmente è accaduto. In altri termini, chi si serve della presunzione si riferisce alla probabilità per prendere la sua decisione in modo conforme al corso «normale» degli avvenimenti".

[48] V., in proposito, B. TASSONE, *Lo standard probatorio del "più probabile che non" e il ragionamento presuntivo*, in *Il ragionamento presuntivo*, cit., 323 ss.



dine probativa, al fine di motivare e giustificare le scelte operate in punto di grado di correlabilità dell'elemento di prova A rispetto al fatto da provare B.

Naturalmente anche a questo proposito il discorso può essere espresso solo in termini qualitativi, sicché il giudice, dopo aver descritto eventualmente la configurazione degli elementi di prova, potrà esprimersi in termini quali, ad es., chiaro (o chiarissimo), forte, attendibile, convincente (o molto convincente), serio, nitido, dai contorni netti, inequivoco, espresso con grande evidenza grafica (con riferimento all'articolo di giornale), ecc.

È certo infatti che il giudice non dispone di una unità di misura certa ed obbiettiva per tradurre con precisione nella sua motivazione la rappresentazione mentale (della consistenza, qualità e densità) del *valore probatorio* che ha ritenuto di riconoscere agli elementi di prova direttamente o indirettamente percepiti ed apprezzati [49].

A ben vedere, è a questo riguardo che può acquistare pieno senso il criterio, utilizzato per determinate cause civili nei sistemi di *common law*, del *clear and convincing evidence*, il quale in effetti può essere più appropriatamente riferito alle caratteristiche degli elementi di prova rispetto al grado di probabilità di B dato A, cui invece normalmente è riferito [50].

c) Il «quanto credo» indica la soglia, il grado di certezza soggettiva raggiunta in ordine al grado di probabilità di B dato A che si è ritenuto di riconoscere. Qui gli elementi fondanti della persuasione soggettiva, della intima convinzione, che naturalmente è graduabile, maggiore o minore, sono la coerenza, coesione ed univocità degli elementi di prova, nel senso il giudice sarà tanto più convinto di una certa correlazione tra A e B quanto più i segni con funzione probatoria deporranno verso un unico ed univoco senso ricostruttivo. Il giudice può essere più o meno convinto di una certa correlazione tra A e B a seconda del numero e della tipologia di prove, della maggiore o minore univocità della loro portata semantica, e della presenza o meno di elementi di prova in grado di affievolire, contrastare o annientare il significato probatorio ritraibile dagli elementi di prova a favore di tale correlazione.

Lo standard del «quanto credo», per così dire, necessario e sufficiente per portare legittimamente un fatto a fondamento della decisione lo stabiliscono per ciascun ordinamento le regole sull'onere della prova. Ad es., nel sistema civilistico, una volta raggiunta la prova e quindi il convincimento sugli elementi costitutivi della domanda, il dubbio circa l'esistenza di un fatto estintivo non esclude l'accoglimento della domanda. Nel sistema penalistico, diversamente, il dubbio su un fattore causale alternativo esclude la condanna, in applicazione del criterio *Bard – beyond any reasonable doubt*, oggi codificato nell'art. 533 c.p.p. [51].

Anche a questo proposito è certo che il giudice non dispone di una unità di misura certa ed obbiettiva per tradurre nella sua motivazione la rappresentazione mentale (della consistenza, della qualità e della densità) del suo convincimento, né del momento in cui tale convincimento ha superato la soglia (della certezza morale?) che gli ha consentito di ritenersi a tutti gli effetti e definitivamente «convinto».

Pertanto, qui il giudice argomenta in termini linguistici qualitativi per descrivere la quantità e le caratteri-

---

[49] Nel senso che nel contesto giudiziario "non è possibile trasformare la forza del pensiero in dati numerici", L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 507.

[50] Su tale criterio, v. R.J. ALLEN, A. STEIN, *Evidence, Probability, and Burden of Proof*, Arizona Law Review 55, 2013, 558-559.

[51] Con riguardo al processo penale, per il rilievo che il canone *Bard* va inteso nel senso che è consentita la condanna solo quando sia certa l'esclusione di ipotesi fattuali alternative (rilevando a tal fine il dubbio su ipotesi fattuali alternative a quella accolta nella sentenza, mentre nel processo civile il dubbio sui fatti estintivi, modificativi ed impeditivi non esclude l'accoglimento della domanda), v. R. POLI, *Gli* standard *di prova in Italia*, cit., 2536 ss.; in termini analoghi v. già C. ZAZA, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Milano, 2008, 146-147.



stiche semantiche degli elementi di prova (nella prospettiva della coerenza, coesione e univocità) a sostegno del convincimento che lo pervade e la mancanza o la irrilevanza di elementi di prova contrari.

9. – Vi è traccia di questi tre elementi strutturali della credenza – *id est*, del libero convincimento del giudice – nell'ordinamento processuale italiano? E quando tale convincimento può dirsi legittimo? E, da ultimo, in cosa consiste la motivazione idonea a dar adeguatamente conto delle ragioni della decisione sui fatti controversi?

Il problema è complicato dal fatto che le rappresentazioni mentali del giudice, come abbiamo visto, non sono fedelmente traducibili nel linguaggio. Quando il giudice attribuisce un valore probatorio in base ad una sua considerazione inevitabilmente soggettiva, in ipotesi un valore di prova molto alto – ad esempio ritiene che, per le sue caratteristiche, un certo articolo, ove letto, determini con molta probabilità la consapevolezza dei danni da fumo – non è in grado di tradurre la sua corrispondente rappresentazione mentale in termini linguistici tali da suscitare nel suo interlocutore la medesima rappresentazione mentale. Egli potrà usare un gran numero di elementi linguistici qualitativi – e definire l'articolo chiarissimo, dal significato univoco, eloquente ed esaustivo, esemplare, ecc. –, anche con grande proprietà e precisione di linguaggio, e tuttavia non potrà mai far acquisire al destinatario, al ricevente la sua comunicazione verbale, la stessa rappresentazione mentale. E tutto ciò *a fortiori* ove si tratti della rappresentazione mentale relativa al raggiungimento della soglia, dello standard di prova previsto dalla legge: ad esempio, per richiamare il criterio penalistico, se il giudice è convinto "al di là di ogni ragionevole dubbio" della esistenza/verità del fatto ignoto, questa rappresentazione mentale non può essere esattamente veicolata attraverso il linguaggio.

In effetti, a questo riguardo, viene in rilievo il "fattore sottodeterminante" incrociato tra fatti e loro valutazione: in breve, gli specifici elementi strutturali della valutazione e della decisione – anche e specialmente con riguardo al raggiungimento dello standard di prova richiesto dalla legge – non sono mai perfettamente traducibili in termini linguistici di cui sia possibile apprezzarne pienamente il significato e, per l'effetto, controllarne compiutamente la validità (o, meglio, la credibilità razionale), dal punto di vista epistemologico o comunque oggettivo. In effetti, il dato linguistico sottodefinisce e sottodetermina – o, per meglio dire, solo *genericamente* determina – il (campo semantico del) dato empirico cui si riferisce. Nello stesso tempo, e di riflesso, per dirla con Quine, il dato empirico a disposizione (le prove e gli elementi di prova) sottodeterminano e solo genericamente determinano il dato linguistico che li descrive e che, sulla loro base, esprime la conclusione dell'inferenza probatoria, ricostruendo il fatto storico passato [52].

Il punto da risolvere consiste pertanto, come accennato poc'anzi, nello stabilire cosa può essere richiesto ragionevolmente al giudice in sede di redazione della motivazione, tenuto conto del fatto che, se da un lato certamente non possiamo lasciare ad una incontrollata discrezionalità del giudice stesso la decisione sui fatti, e nemmeno rimetterci interamente ed esclusivamente alla sua *intime conviction*, o alla sua «certezza morale», dall'altro lato non è pensabile pretendere un discorso a carattere rigorosamente oggettivo o *dimostrativo*, perché non è nelle possibilità dell'uomo ragionare in questi termini sopra i fatti giudiziali controversi.

A mio modo di vedere, come ho già in altra occasione segnalato, il nostro ordinamento ha piena e chiara contezza degli elementi strutturali del convincimento del giudice e li contempla quali presupposti di legittimità del ragionamento probatorio e della relativa motivazione.

---

[52] Cfr. M. Cruciani, *Il ruolo della conoscenza fattuale nella determinazione del significato*, Roma, 2017, 15 ss.; G. Giorgio, *La via del comprendere*, Torino, 2015, pp. 169 ss.; L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., 90 ss.



In questa prospettiva, il «cosa credo» esprime il "grado di probabilità della sussistenza del fatto ignoto che, sulla base della regola d'esperienza adottata, è possibile desumere dal fatto noto" [53]; la «forza» dell'inferenza, ossia il grado di conferma che essa attribuisce alla conclusione relativa a questo enunciato; e si ritiene raggiunto un grado di conferma sufficiente quando l'inferenza si fonda su generalizzazioni non spurie e dotate di adeguato fondamento conoscitivo, ossia su una massima d'esperienza che corrisponde davvero all'*id quod plerumque accidit* nella realtà [54].

Non è pertanto necessario, con riguardo al «cosa credo», ritenere che la dimostrata (o comunque certa) sussistenza del fatto noto "comporti ed implichi, con il *massimo grado di probabilità*, anche la sussistenza" del fatto ignorato [55]. Si può infatti convenire con chi ha affermato che l'inferenza è legittima anche se attribuisce alla conclusione sul *factum probandum* una probabilità prevalente (o del *più probabile che non*), "ossia un grado di attendibilità maggiore di quello che risulta attribuibile all'ipotesi contraria" [56].

Il «perché credo» va riferito al fatto noto che "costituisce il punto di partenza dell'inferenza e postula che esso non sia vago ma ben determinato nella sua realtà storica" [57]. Il requisito della precisione va riferito all'elemento di prova assunto a premessa minore del sillogismo, all'indizio, e attiene al suo grado di attendibilità [58]; più precisamente, come abbiamo visto, al suo grado di *rappresentatività*, vale a dire di idoneità strutturale morfologica e semantica a generare il convincimento che il giudice si è formato in ordine ai fatti ignoti.

Il «quanto credo» indica che il fatto ignoto sia di regola desunto da una pluralità di elementi di prova, "univocamente convergenti nella dimostrazione della sua sussistenza, anche se il requisito della concordanza deve ritenersi menzionato dalla legge solo per il caso di un eventuale ma non necessario concorso di più elementi presuntivi" [59]; gli elementi di prova devono essere «convergenti» (*id est*, «coerenti»), "a supporto della medesima ipotesi sul fatto" [60].

Dal punto di vista dell'inferenza, anziché dell'elemento di prova – in presenza della possibilità di formulare una pluralità di inferenze non tutte convergenti, tenuto conto degli eterogenei elementi di prova a disposizione, dal significato divergente o addirittura contrapposto – per assicurare la fondatezza (e la legittimità) dell'accertamento fondato su più inferenze, è "sufficiente che *alcune* di esse convergano verso la medesima conclusione, purché le altre inferenze possibili non siano tali da attribuire un grado di conferma uguale o superiore ad una diversa conclusione sul fatto da provare" [61].

Ebbene, quelle appena richiamate, che si attagliano perfettamente al nostro discorso, sono le definizioni che, rispettivamente, giurisprudenza e dottrina propongono per i requisiti della gravità, precisione e concordanza dell'elemento indiziario di cui all'art. 2729 cod. civ., quali requisiti di legittimità del ragionamento presuntivo [62].

---

[53] Cass., 28 ottobre 2020, n. 23737.

[54] Così M. TARUFFO, *Le prove per induzione*, in *La prova nel processo civile,* a cura di M. TARUFFO, Milano 2012, 1107 ss. In giurisprudenza, v., tra le molte, Cass., 28 ottobre 2020, n. 23737; Cass., 21 gennaio 2020, n. 1163; Cass., 15 marzo 2018, n. 6387.

[55] Così L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Milano, 2010, 670 ss.

[56] M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 1107.

[57] Cass., 28 ottobre 2020, n. 23737; Cass., 3 ottobre 2019, n. 24744; Cass., 6 dicembre 2018, n. 31233.

[58] Così L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, cit., 512.

[59] Cass., 28 ottobre 2020, n. 23737.

[60] L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, cit., 512-513.

[61] M. TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, cit., 449. In giurisprudenza, v. Cass., 29 gennaio 2019, n. 2482, ove si osserva che, in presenza di una serie di fatti che si palesavano obbiettivamente connotati dai requisiti della gravità e della precisione, i quali non erano minimamente contrastati da elementi di segno contrario, si rendeva superflua la necessità di fare anche menzione del requisito della concordanza, la quale emergeva in maniera obbiettiva.

[62] Cfr. C. PAGLIARI, *Gravità, precisione e concordanza nella prova per presunzioni ex art. 2729 c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 756 ss.



In più precise parole, si può dire che le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza fondano, rispettivamente, gli aspetti logico-cognitivi della credenza, del libero convincimento del giudice: cosa credo in termini di probabilità di B dato A, perché lo credo e quanto lo credo.

E siccome il ragionamento presuntivo presenta la stessa identica struttura del ragionamento probatorio in generale, mi pare pienamente confermata l'ipotesi ricostruttiva che avevo abbozzato qualche anno fa, sostenendo che, a bene vedere, è la stessa legge che indica lo *standard di prova* necessario affinché possa ritenersi osservata la regola dell'onere della prova ed il giudice possa porre a fondamento della sua decisione un determinato fatto. Invero, se il giudice può fondare la presunzione – e quindi ritenere provato un fatto – sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, può tranquillamente affermarsi che la parte ha provato il fatto oggetto di prova quando ha offerto elementi di prova gravi, precisi e concordanti in merito alla verità di quel fatto [63].

In breve: il giudice, per portare legittimamente un fatto a fondamento della decisione assunta, deve argomentare nella motivazione, attraverso «buone ragioni» [64], che gli elementi di prova presenti agli atti sono gravi, precisi e concordanti, nei termini sul piano dogmatico qui chiariti, e che sul piano applicativo la giurisprudenza della Suprema Corte ha individuato, con le necessarie evoluzioni, nell'arco di più di sessant'anni [65].

10. – Che affidabilità, che sicurezza danno queste «buone ragioni»? Certo è che queste «buone ragioni» possono essere messe in discussione solo attraverso altre «buone ragioni», senza che vi possa mai essere la garanzia, ad un certo punto, di raggiungere le «oggettivamente valide ragioni». Ed infatti la prevalenza delle «ragioni» della Suprema Corte, quale organo posto al vertice del sistema giurisdizionale, è di carattere formale-normativo, non già sostanziale-epistemico.

Ma vediamo con ordine. Mentre nel giudizio di appello la possibilità di revisionare il giudizio di fatto è generalmente ammessa – purché la parte appellante individui con precisione la parte di sentenza, da intendersi come "decisione di questione" [66], che intende censurare e formuli al riguardo specifici motivi di impugnazione –, diversamente secondo l'insegnamento della Suprema Corte richiamato all'inizio di questo lavoro, la valutazione delle prove costituisce un'attività riservata in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, e non è sindacabile in sede di legittimità, se non per vizio di motivazione (ma non più per motivazione insufficiente, dopo la riforma del 2012) o per omesso esame circa un fatto decisivo, *ex* art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. [67].

Come abbiamo accennato [68], in realtà le cose stanno diversamente, ma prima di verificare in particolare l'ambito e le forme di sindacabilità del giudizio di fatto, per come in concreto ammesse dalla stessa Suprema Corte in molte pronunce che smentiscono il proprio orientamento appena richiamato, dobbiamo porci le seguenti domande: può essere riconosciuto alla Suprema Corte un effettivo e quindi penetrante controllo sulle «buone ragioni» del giudizio di fatto? E quanto questo controllo finisce per sconfinare nel giudizio di merito? E tale eventuale sconfinamento deve essere difeso o evitato?

---

[63] R. Poli, *Gli standard di prova in Italia*, cit., 2533.

[64] Cfr. B. Pastore, F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, cit., 237, nonché 261-266.

[65] In proposito, per una recente sintesi, v. C. Pagliari, *Gravità*, cit., 756 ss.

[66] Cfr. R. Poli, *"Parte di sentenza" e formazione del giudicato interno*, in *Judicium*, n. 2/2021, 115 ss.

[67] V. *retro*, § 1.

[68] V. *retro*, § 1.



Nonostante il contrario orientamento ora ricordato, a ben vedere, secondo la giurisprudenza della stessa Corte tutti i momenti strutturali della valutazione delle prove sono sindacabili, e la parte decisamente prevalente anche nel giudizio di cassazione. In particolare:

a) gli errori nell'attività di *percezione* dei segni e dei fatti con funzione probatoria, che integrano il *travisamento del fatto*, si fanno valere, ove il fatto è "non controverso", con la revocazione di cui all'art. 395, comma 1, n. 4 [69];

b) l'*omesso esame* di un fatto con funzione probatoria, ove decisivo e controverso, è denunciabile a norma dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. [70];

c) gli errori di *interpretazione* di detti segni, quale attività volta alla identificazione dell'*informazione probatoria* che precede la valutazione in senso stretto, possono integrare il *travisamento della prova* (errore di percezione della informazione probatoria), ed in tal caso, ove incidano su un fatto decisivo e controverso, sono censurabili a norma dell'art. 360, comma 1, n. 4, cod. proc. civ. [71];

d) per gli errori che riguardano la *valutazione* in senso stretto, le Sezioni Unite hanno precisato che è possibile il sindacato per violazione di legge anche quando il giudice "abbia fondato la presunzione su indizi privi di gravità, precisione e concordanza, sussumendo, cioè, sotto la previsione dell'art. 2729 cod. civ., fatti privi dei caratteri legali, e incorrendo, quindi, in una falsa applicazione della norma, esattamente assunta nella enunciazione della «fattispecie astratta», ma erroneamente applicata alla «fattispecie concreta» [72]". Ed è chiaro, per ineludibili ragioni di coerenza dell'intero sistema, che lo stesso tipo di controllo non può essere diverso quando si tratti della gravità, precisione e concordanza di una prova vera e propria (anziché di un elemento indiziario), nel qual caso la norma di legge violata sarà quella che disciplina lo specifico mezzo di prova considerato, unitamente all'art. 116 cod. proc. civ., benché è proprio a questo riguardo che la Corte afferma continuamente – ma contraddittoriamente, per le ragioni appena viste – la non censurabilità in Cassazione dell'apprezzamento del giudice di merito [73];

e) a quest'ultimo riguardo, peraltro e per quanto concerne, in particolare, la posizione delle premesse, la scelta e l'applicazione delle massime d'esperienza, la Corte ha affermato che il controllo deve sussistere: "quanto alla verifica della correttezza del percorso logico tra premessa-massima di esperienza-conseguenza, cioè di esattezza della massima di esperienza poi applicata, come pure alla verifica della congruità – o accettabilità o plausibilità o, in senso lato, verità – della premessa in sé considerata; in mancanza di tale congruenza o plausibilità, la motivazione sul punto resterà soltanto apparente" [74].

---

[69] Tra le molte, v. Cass., 15 giugno 2022, n. 19329; Cass., 7 giugno 2022, n. 18254; Cass., 15 febbraio 2022, n. 4808; Cass., 3 febbraio 2022, n. 3295; Cass., 27 gennaio 2022, n. 2474; Cass., 4 dicembre 2020, n. 27821.

[70] Cass., 3 maggio 2022, n. 13918; Cass., 15 febbraio 2022, n. 4808; Cass., 20 maggio 2021, n. 13862.

[71] Al riguardo v. l'importante Cass., 3 maggio 2022, n. 13918, in consapevole contrasto con la restrittiva Cass., 3 novembre 2020, n. 24395; v. altresì Cass., 7 giugno 2022, n. 18326; Cass., 19 maggio 2022, n. 16190; Cass., 24 marzo 2022, n. 9673; Cass., 6 dicembre 2021, n. 38499; Cass., 18 agosto 2021, n. 23079; Cass., 10 giugno 2021, n. 16382.

[72] Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053-8054.

[73] V. le pronunce richiamate *retro*, all'interno della nota 31.

[74] Cass., 5 luglio 2017, n. 16502, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 889 ss., con nota di L. Ruggiero, *La Cassazione riapre al sindacato sul vizio logico di motivazione*, i cui principi sono poi stati ripresi, sia pure talvolta *a contario*, nelle motivazioni di Cass., 6 luglio 2020, n. 13872; Cass., 11 febbraio 2020, n. 3298; Cass., 24 gennaio 2020, n. 1688; Cass., 17 dicembre 2019, n. 33444; Cass., 18 luglio 2019, n. 19449; Cass., 19 giugno 2019, n. 16443; Cass., sez. un., 28 marzo 2019, n. 8675; Cass., 7 dicembre 2018, n. 31765; Cass., 8 ottobre 2018, n. 24743; Cass., 27 luglio 2018, n. 20010; Cass., 20 aprile 2018, n. 9906; Cass., 25 gennaio 2018, n. 1854. V. anche Cass., 9 febbraio 2021, n. 3128.



11. – Alla luce delle considerazioni svolte in questo studio, l'ora descritto stato di cose comporta le seguenti conseguenze:

α) all'interno della motivazione si dovrebbe distinguere tra elementi di prova oggettivi e controllabili direttamente da chiunque (si pensi ad una fotografia, allegata al fascicolo, che può essere percepita direttamente anche dal giudice dell'impugnazione) e fonti di prova controllabili *non* direttamente, ma solo attraverso la loro descrizione (si pensi al verbale della ispezione di un luogo compiuta dal giudice di primo grado; o di una dichiarazione testimoniale assunta in primo grado), per le quali non dovrebbe mai mancare una dettagliata indicazione delle caratteristiche morfologiche apprezzabili, altrimenti il giudizio resterebbe eccessivamente soggettivo e non adeguatamente controllabile (a causa della relativa traducibilità delle rappresentazioni mentali, di cui abbiamo detto) [75]. Come già aveva osservato Guido Calogero, il giudice dell'impugnazione, ed in particolare la Suprema Corte, conosce sempre del fatto non dal punto di vista del giudice che lo ricostruì, ma da quello di un lettore che ne esamini l'esposizione e documentazione storiografica; e ciò vale anche se questo punto di vista potrà coincidere per qualche aspetto con la situazione visuale originaria, in quanto anch'essa sia stata determinata in certa misura da documenti che abbia poi presenti anche il giudice dell'impugnazione [76].

β) A parte la portata «costruttiva» della stessa attività percettiva (*semplice* ma soprattutto *proposizionale*), di cui abbiamo detto, nel passaggio dalla percezione diretta dei segni con funzione probatoria alla percezione indiretta, attraverso la loro descrizione, è inevitabile uno scarto semantico tra portata oggettiva e possibilità di comprensione del significato probatorio dello stesso segno; ed in disparte pure il discorso, ineccepibile ma del tutto diverso, che per qualcuno quel segno potrà apparire «grave» e per altri no [77].

γ) Pur con le indicate conseguenze di scarto semantico tra la percezione diretta e la percezione solo indiretta degli elementi di prova, e quindi in presenza di un controllo di regola su base essenzialmente proposizionale – *ex actis* avrebbe detto ancora Guido Calogero [78] – il sindacato sulla valutazione delle prove, dal punto di vista della congruenza e plausibilità della ricostruzione del fatto, può essere effettivamente svolto solo ed esclusivamente attraverso un pieno riesame nel merito delle «buone ragioni» poste dal giudice a fondamento delle sue decisioni sopra i fatti della causa [79]. In breve: o ci si accontenta di un sindacato che si arresti alla constatazione della mera presenza grafica della motivazione, pure ove questa contenga affermazioni in pieno contrasto con le LSOFM generalmente condivise; oppure si consente al giudice dell'impugnazione, anche ove si tratti della Suprema Corte, di controllare, con pienezza di sindacato, che il giudice della sentenza impugnata ha rispettato ciò che la comunità di riferimento pensa sul modo di essere del mondo e sull'*id quod plerumque accidit* [80]. Si tratta di conclusioni che, per quanto apparentemente paradossali ed in contrasto

---

[75] Si può dire che nel primo caso – elementi di prova oggettivi e controllabili direttamente – la premessa minore del c.d. sillogismo probatorio è percepita direttamente, perché l'elemento di prova si presenta come ostensione, nel secondo caso – elementi di prova non controllabili direttamente – la stessa premessa minore è percepita attraverso la sua rappresentazione linguistica, perché l'elemento di prova si presenta come oggetto di un enunciato descrittivo (sulla prova come oggetto di ostensione v. G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, III ed., Torino, 2022, 143-144).

[76] G. CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 290, 292, nonché 295, ove si aggiunge: "L'incongruenza della ricostruzione probatoria del fatto può invero manifestarsi già nell'esame del primo documento [la sentenza, *n.d.r.*], o risultare solo da quello di documenti ulteriori, o addirittura restare incerta anche dopo l'esame di tutti i documenti processuali, in quanto ultimamente fondata sulla diretta esperienza soggettiva del giudice di merito".

[77] Cfr. F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, Milano, 2013, 63.

[78] G. CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 290.

[79] Cfr. R. POLI, *Logica del giudizio di fatto*, cit., 441 ss.

[80] E così in effetti opera la nostra Suprema Corte, anche penale: cfr. F.M. IACOVIELLO, *op. cit.*, 64 ss., e, in particolare, l'im-



con quello che normalmente si ritiene il compito della Suprema Corte, debbono essere assolutamente difese, poiché diversamente si finirebbe per lasciare interamente il giudizio di fatto, anche ove implausibile ed inverosimile, privo di qualsiasi possibilità di controllo [81]. Ciò che dovrebbe essere ritenuto insindacabile nel giudizio d'impugnazione, ed in particolare nel giudizio di cassazione, è solo ciò che non è *oggettivamente* sindacabile, vale a dire le valutazioni, e le conseguenti rappresentazioni mentali, che scaturiscono e dipendono dalla percezione diretta degli elementi di prova, ove in sede di controllo dell'operato del giudice della sentenza impugnata non sia possibile compiere nuovamente e direttamente quella percezione diretta; quindi in tutti i casi in cui il controllo stesso avviene *non*: ipotesi *a*), potendo riesaminare direttamente l'elemento di prova; *bensì*: ipotesi *b*), solo attraverso la descrizione che di tale elemento ha riportato nella motivazione il giudice il cui operato è sottoposto a censura. Ed in questi ultimi casi, come detto, il sindacato, anche ad opera della Suprema Corte, deve essere pieno nel merito delle ragioni poste dal giudice a fondamento delle sue decisioni sopra i fatti della causa.

δ) La verità processuale è una verità normativa e costitutiva, perché regolata nella formazione (e quindi risultante), oltre che dall'attività di conoscenza ricostruttiva del giudice, da molteplici norme e perché definita e fissata da schemi normativi (in particolare il giudicato, anche interno), e finisce per identificarsi con la legittimità (della formazione) della decisione sopra il fatto. La verità processuale, oltre a scontare i limiti gnoseologici che incontra la scienza, ed in genere l'attività percettiva e cognitiva dell'uomo [82], è fortemente condizionata dalle norme che regolano il processo [83]. Verità nel e del processo, quindi, non come

---

portante contributo contenuto nei capitoli 7 e 8, che a mio avviso rappresentano il più onesto e trasparente discorso sul funzionamento della Corte di cassazione, espresso peraltro da chi, oltre ad avere una profonda conoscenza teorica degli istituti qui coinvolti, la Suprema Corte la conosce davvero bene dal suo interno (ad es., *ivi*, 423: "per vedere se una motivazione è logica, occorre valutare il *peso* e la *fondatezza* degli argomenti usati"; *ivi*, 446: "il giudizio di *logicità dell'ipotesi* combacia perfettamente col giudizio sul *merito della ipotesi*. Possiamo aggirare le parole per paura di incontrarle. Ma alla fine le incontriamo. *Logicità* e *merito* coincidono"; *ivi*, 442: "Cosa sia fatto e cosa sia diritto lo decide la Cassazione"; *ivi*, 451: "La Cassazione – come al solito – schiva le definizioni precise, risolve i contrasti con formule ambigue. Così non mette ipoteche sul futuro e si lascia le mani libere. La '*plausibile opinabilità di apprezzamento*' autorizza una valutazione *caso per caso*. Se la Cassazione trova plausibile l'argomento della sentenza, quell'argomento è *merito*. Se lo trova implausibile, quell'argomento è *legittimità*". V. altresì E. AMODIO, *Persuasività dell'argomentazione giudiziale e limiti del controllo di legittimità*, in AA.VV., *L'argomentazione giudiziale e il suo controllo in Cassazione*, Roma, 2012, 21 ss., spec. 30, ove il rilievo per cui l'"illogicità del giudizio di fatto censurabile ed effettivamente censurata dalla cassazione non ha un carattere formale, ma si incentra sulla persuasività del discorso del giudice"; ancora più chiaramente P. FERRUA, *L'argomentazione nel processo penale: paralogismi e fallacie*, *ivi*, 60, ove si afferma che la Corte verifica la correttezza del tragitto dalle premesse probatorie alla proposizione da provare e, attraverso tale verifica "che implica un sindacato sulle massime d'esperienza e leggi scientifiche utilizzate dal giudice, entra a vele spiegate nel merito della ricostruzione dei fatti. Il tentativo di negare che attraverso il controllo sulla motivazione la Cassazione sia anche giudice di *come è stato ricostruito il fatto* si risolve in una sfida impossibile, votata all'insuccesso".

[81] Al riguardo non pare risolutivo riconoscere il vizio sindacabile in Cassazione solo nei casi di "*manifesta* illogicità del ragionamento" o di "*manifesta* incoerenza o illogicità o implausibilità del giudizio di fatto" (così, rispettivamente, L. LOMBARDO, *Il metodo del "prudente apprezzamento" nella valutazione degli indizi*, in *Il ragionamento presuntivo*, cit., 102 ss., spec. 115-116; F. DE STEFANO, *Coerenza e plausibilità del ragionamento presuntivo*, *ivi*, p. 369 ss., spec. 393), sia perché non appare accettabile ritenere legittimo un ragionamento e/o una motivazione illogiche e/o implausibili e/o incoerenti (sia pure non manifestamente), sia, soprattutto, perché il criterio qui criticato, se da un lato autorizza una valutazione caso per caso (v. *supra*, all'interno della nota 45) – e ciò basterebbe a sconsigliarne l'adozione – dall'altro si presta ad evidenti disparità di trattamento, perché ciò che per un giudice è manifestamente illogico per un altro può essere semplicemente illogico, visto che non si dispone di alcun criterio per stabilire quando la implausibilità/incoerenza/illogicità possono essere definite «manifeste».

[82] Di recente v. M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, cit., 63 ss.

[83] Cfr. J.A. GARCÍA AMADO, *Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en derecho*, in ID., *La prueba judicial: sus reglas y argumentos*, Sucre, 2019, 98 ss., nonché 108, ove di parla del carattere normativo e costitutivo della dichiarazione "Está probado H".



corrispondenza, non come coerenza, non come verità pragmatica, bensì come legittimità della decisione [84].

ε) Poiché è la Corte di cassazione a dire l'ultima parola sulla credibilità razionale del discorso sui fatti, sulla plausibilità delle leggi di esperienza utilizzate dal giudice del merito, attraverso il richiamato controllo di logicità della motivazione, a ben vedere è la stessa Corte a rappresentare il più potente e pervasivo «giudice del fatto»: è lei, in concreto, che fissa giuridicamente cosa è razionale (o ragionevole, se si preferisce) e cosa non lo è, determinando, per tale via, le leggi di fatto, ed in particolare le leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo (LSOFM) *giuridicamente viventi* [85]. Peraltro, poiché anche la individuazione di ciò che può essere considerato l'*id quod plerumque accidit* è soggettiva, non sussistendo parametri oggettivi in proposito, la Suprema Corte è giudice ultimo anche della "regolarità" dei fatti del mondo [86]. È questo un importante e sorprendente collegamento tra ragionamento probatorio ed ermeneutica giuridica in senso stretto: la Suprema Corte è giudice ultimo tanto delle leggi giuridiche quanto delle leggi di strutturazione, organizzazione e funzionamento del mondo (LSOFM); e svolge un sindacato di *legittimità* pieno e penetrante tanto sulle prime quanto sulle seconde.

In conclusione sembra pertanto, come ho già avuto modo di rimarcare in altra occasione, che si possa contare ancora oggi su di un sistema complessivamente coerente e garantista, che ben armonizza il diritto dei litiganti ad un effettivo controllo del giudizio di fatto, anche in sede di legittimità, con i compiti della "nuova" Corte di cassazione [87], la quale non solo può, ma deve riesaminare la plausibilità delle LSOFM selezionate dal giudice di merito, come la correttezza della loro interpretazione e applicazione al caso concreto; anche perché, come abbiamo appena visto, spetta alla stessa Corte dire l'ultima parola, in quanto organo di vertice della giurisdizione esercitata in nome del popolo italiano, circa l'attendibilità di una determinata LSOFM all'interno della comunità di cui facciamo parte.

[84] Sul punto rinvio a R. Poli, *Gli elementi strutturali del ragionamento presuntivo*, cit., 61 ss.
[85] V. ora, ad es., a proposito della sindrome da alienazione parentale (PAS), Cass., 24 marzo 2022, n. 9691.
[86] V. *retro*, nel testo, all'altezza della nota 47 e nella nota stessa.
[87] V. con grande chiarezza F.M. Iacoviello, *op. cit.*, 46 ss., 457 ss.

JUS CIVILE



BRUNO CAVALLONE

Professore emerito di Diritto processuale civile – Università Statale di Milano

IL TRAMONTO DEL DIRITTO DELLE PROVE*

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. L'orizzonte cognitivo del giudice. – 3. Il sovraccarico informativo. – 4. L'impoverimento del diritto delle prove. – 5. Prova scientifica e consulenza tecnica.*

1. – Secondo Guglielmo Durante (*Speculum Judiciale, Proemium*, § 24), il processo ha avuto origine nel Paradiso Terrestre: «*iudiciorum ordo et placitandi usus in paradiso videtur exordium habuisse*», con lo sfratto dei Progenitori, previo loro interrogatorio formale, con chiamata di correo del Serpente. Ma forse non ci possiamo più permettere di conservare a tempo indefinito questo bizzarro e costoso apparato ludico. E la sua scomparsa, della quale abbondano già oggi i segni premonitori, implicherebbe ovviamente anche quella del «diritto delle prove», che della sua disciplina costituisce parte integrante.

A questo riguardo, si possono configurare almeno due paesaggi, utopici o distopici. Nel primo, i contrasti di interessi e gli attentati alla pacifica convivenza sociale – posto che non siano stati preventivamente eliminati dall'avvento del Pensiero Unico – saranno risolti o sanzionati da una macchina, cioè dalle Intelligenze Artificiali, prescindendo dalla concreta ricostruzione storica dei fatti rilevanti o sostituendola con dati statistici e formule matematiche. Nel secondo, in nome della «giustizia consensuale», ogni conflitto potrà essere composto pacificamente grazie all'intervento di un saggio mediatore – psicoanalista o parroco più che giurista – come tale attento alla persona e all'anima delle parti più che alle loro contrapposte ragioni di fatto e di diritto.

Ciò malinconicamente premesso, mi limiterò qui a considerare alcuni fenomeni involutivi, relativi alla formazione del giudizio di fatto, già in atto nella prassi del nostro processo civile.

2. – Ho definito il processo come un apparato ludico. E in effetti, come forse qualcuno di voi sa, l'accostamento del processo al gioco è una mia antica mania, coltivata da più di quarant'anni. Ora, una tra le caratteristiche proprie del gioco che possono essere attribuite con certezza anche al processo è quella della «separatezza». Il processo, come da sempre lo abbiamo conosciuto, è un «mondo altro», entrando nel quale si lasciano da parte le regole e i comportamenti della vita reale per adottare regole e comportamenti artificia-

* Testo della relazione tenuta dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "*Le prove*", svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 29 settembre 2022, per iniziativa del prof. Carlo Granelli, in occasione della presentazione del volume di Salvatore Patti, *Le prove*, II ed., Giuffrè, Milano, 2021.



li. Si cambia identità, assumendo i ruoli formali delle *personae* del giudizio; si procede assistiti da guide professionali, che – come i giudici – indossano divise o costumi di scena e parlano un astruso dialetto locale; ci si muove in uno spazio delimitato (il «cerchio sacro» raffigurato sullo scudo di Achille, il recinto di legno di nocciolo dell'iconografia medioevale, le aule dei palazzi di giustizia che talvolta riproducono o simulano assetti concavi «avvolgenti»); si computa diversamente il tempo, facendo retroagire al momento della domanda gli effetti del giudicato e dunque neutralizzando lo *Zwischenzeit*, peraltro rigorosamente scandito dal calendario dei termini.

A tutto ciò fa (o ha fatto, tradizionalmente) riscontro, per quanto attiene all'accertamento dei fatti controversi, la chiusura, o finitezza, dell'universo cognitivo del giudice, che non è circoscritto solo dai limiti della *res in iudicium deducta*, ma anche dalla qualità e quantità delle informazioni che possono essere utilizzate per la decisione, che sono soltanto quelle raccolte nei tempi e nei modi previsti, o almeno consentiti, dal regolamento del processo. A differenza dello storico e dello scienziato, il giudice non può andare liberamente per il mondo alla ricerca di tutto quanto possa interessare le sue indagini, ma deve necessariamente contentarsi di «quello che c'è». Come dicevano i maestri medioevali, nella cui produzione – contrariamente a quanto vorrebbero certi tralatizi preconcetti – si trovano i fondamenti insuperati della elaborazione teorica e pratica del diritto delle prove: *quod non est in actis non est de hoc mundo*. Di «questo» mondo, beninteso, lo *small world* del processo, che è l'unico in cui il giudice, come tale, possa legittimamente muoversi.

In sintonia con questo antico insegnamento, un quasi dimenticato maestro americano di *Evidence*, John M. Maguire, definiva giustamente la propria disciplina come un sistema di «*principles which impede freedom of proof*», e il relativo studio come «*a study of calculated and supposedly helpful obstructionism*». Ed infatti, se è innegabile – in termini generici, o empirici – che ogni decisione giudiziaria dovrebbe fondarsi su fatti «veri», è altrettanto evidente che qualunque regola normativa, inerente alla formazione del giudizio di fatto, non può che limitare o pregiudicare i risultati di «verità» (quali che ne siano i parametri) perseguibili con una libera indagine storiografica o scientifica.

Né il problema potrebbe risolversi, semplicisticamente, sostituendo quelle regole con l'attribuzione – esplicita o implicita – alle parti e al giudice del potere di fare tutto ciò che ritengono opportuno ai fini del suddetto accertamento (come in sostanza avrebbe voluto Jeremy Bentham con il suo famoso *dictum* secondo cui «*all relevant evidence is admissible*»).

Anche in quel caso, la formazione del giudizio di fatto, nel processo, rimarrebbe condizionata, non solo dai principii, etici o economici o politici, che non possono essere sacrificati alla «ricerca della verità» (le c.d. *rules of extrinsic policy*, come il ripudio della tortura, o la constatazione che l'amministrazione della giustizia non può avere tempi e costi illimitati), ma anche dal regolamento di ogni altro aspetto della disciplina di ciascun processo.

La forma e il contenuto degli atti introduttivi; la partecipazione necessaria o facoltativa degli avvocati; la costituzione dell'organo giudicante (monocratico o collegiale, professionale o laico o misto); l'attribuzione a un medesimo giudice, o a soggetti diversi, del giudizio di fatto e del giudizio di diritto; la forma scritta o orale della trattazione; la scansione del procedimento in fasi consecutive, separate da meccanismi e termini preclusivi; la previsione che la sentenza debba essere pronunciata immediatamente dopo la conclusione dell'attività istruttoria, oppure a distanza di tempo, sulla base di un fascicolo progressivamente riempito di atti e documenti; la presenza o l'assenza di un obbligo di motivare la decisione sul fatto; la disciplina delle impugnazioni della sentenza, anche per motivi di fatto o solo per motivi di diritto e/o di rito: sono tutte regole che condizionano la cognizione giudiziale del fatto, e la rendono specifica rispetto alle indagini dello storico o dello scienziato, non meno di quelle che compongono il «diritto delle prove» in senso stretto.



Ecco: questo principio della limitatezza dell'orizzonte cognitivo del giudice sembra essere ai nostri giorni minacciato da fenomeni di diversa natura, tra loro inevitabilmente connessi. Ne parlo, per ragioni di competenza, relativamente al processo civile, anche se alcune almeno delle medesime considerazioni potrebbero rivolgersi anche al processo penale.

3. – Il primo fenomeno, in ordine logico, si può individuare nel «sovraccarico informativo» che sta avvolgendo il pianeta con modalità non meno invasive di quelle del riscaldamento globale.

L'informatica moltiplica esponenzialmente la circolazione di una smisurata quantità di informazioni facilmente accessibili, anche casualmente, per chiunque. Pensiamo alle informazioni, anche di carattere privato, reperibili nei «siti» di persone fisiche, enti e aziende; alle caratteristiche tecniche e al valore di mercato di prodotti e servizi; alle risultanze di registri pubblici (anagrafici, immobiliari, delle imprese, etc.), un tempo solo laboriosamente reperibili, ed oggi alla portata di una rapida visura telematica; alla collocazione topografica e all'aspetto di strade e fabbricati; a fatti di cronaca remoti e recenti; a dati storici, culturali, scientifici, statistici, economici di ogni genere, ciascuno dei quali virtualmente idoneo a fungere da *factum probans* rilevante per la decisione di una controversia.

Si potrà discutere, e si discute, se e come tutto ciò – salva la verifica, talvolta problematica, dell'attendibilità delle fonti – possa rientrare nell'ambito di quel notorio, o di quelle regole di esperienza, dei quali il giudice può tenere conto senza bisogno di prove; o più in generale di quella *evidentia rei* con la quale la decisione sul fatto non può porsi in contrasto senza perdere credibilità (o addirittura, secondo i dottori medioevali, l'attitudine stessa al giudicato). Ma, in ogni caso, ci si potrà chiedere se abbia ancora senso costringere il giudice a muoversi esclusivamente nello *small world* dei suoi fascicoli, ignorando – poiché non sono, o finché non siano, *in actis* – quelle fonti di conoscenza virtualmente illimitata, con le quali si trova inevitabilmente in contatto. Potrebbe trattarsi, d'altra parte, di un aspetto particolare o collaterale di quella che è stata definita la «despazializzazione della giustizia». Come lo «spazio giudiziario» in senso fisico (e simbolico) si dissolve nella digitalizzazione del processo e nelle c.d. udienze «da remoto», e i nostri palazzi di giustizia rischiano di trasformarsi in «siti» dei quali sarà impossibile e inutile cercare (come lo sciagurato protagonista del romanzo di Kafka) la localizzazione in questo o quel quartiere della città, così potranno svanire anche i confini dell'orizzonte cognitivo del giudice.

4. – Un secondo fenomeno potrebbe definirsi come il progressivo *impoverimento* del diritto delle prove. A questo riguardo, si potrebbero ricordare prima di tutto i grandi trattati *De probationibus* o *De praesumptionibus* del cd. Medioevo del diritto (pensiamo per esempio alle monumentali *summae* tardocinquecentesche di Mascardo e di Menochio), dove la elaborazione ampiamente creativa, da parte dei «dottori» più autorevoli, di sparsi frammenti della compilazione giustinianea, del *Corpus iuris canonici* e delle Sacre Scritture costituiva allo stesso tempo la fonte normativa e la dottrina della formazione del giudizio di fatto, dando vita non a quel *monstrum* che è l'immaginario «sistema della prova legale» di cui parlano solitamente, con disarmante superficialità, gli studiosi del processo civile; bensì a repertori inesauribili di sapienza analitica e casistica.

Al confronto, le sezioni dei moderni codici di procedura dedicati all'istruzione probatoria sono ben povera e rustica cosa, e lo sono diventate sempre più nel corso del tempo. Mi è accaduto per esempio di ricordare,



in altra sede, che gli articoli dedicati alla prova testimoniale, cumulativamente, dal codice civile e dal codice di procedura civile oggi vigenti sono in tutto diciannove, mentre erano trentuno in quelli del 1865 e cinquantuno in quelli napoleonici.

Mentre la dottrina, dal canto suo, non solo non si oppone a questo *trend* discendente, ma lo approva e lo asseconda. Basti dire che un grande e rinomato studioso della materia come il compianto Michele Taruffo non esitava, in uno dei suoi ultimi libri, a deprecare che malgrado il «chiaro fondamento epistemico» del ricordato principio benthamiano secondo il quale *all relevant evidence is admissible*, molti ordinamenti processuali «non ne hanno fatto un'applicazione rigorosa ed hanno invece introdotto discipline giuridiche delle prove spesso assai complesse ed articolate in numerose previsioni normative». In sostanza, dunque, il voler conservare una disciplina, quale che essa sia, dell'istruzione probatoria costituisce, per il legislatore del processo, una grave colpa (!), e identica censura meritano gli studiosi che condividono questo retrivo programma.

5. – Un terzo fenomeno consiste nella inarrestabile proliferazione della c.d. *prova scientifica*: espressione che, come si sa, non designa un certo tipo di *thema probandum*, né una certa fonte o un certo mezzo di prova (eventualmente «atipico»), bensì si riferisce, empiricamente, al sempre più diffuso impiego, sia nella raccolta che nella valutazione del materiale istruttorio, di nozioni e metodi cognitivi estranei, oltre che al sapere professionale del giudice, anche alla comune esperienza e alla cultura media della collettività alla quale il giudice appartiene, e nel cui nome dovrà pronunciare la sua decisione.

Beninteso: che il giudice, per comprendere nei suoi aspetti rilevanti il contenuto della controversia o del «caso» che gli sono affidati, e per pronunciarvisi razionalmente, possa avere bisogno dell'aiuto di un esperto di scienze, tecniche o arti diverse dal diritto, è sempre accaduto da che esiste il processo, e le leggi processuali ne hanno sempre allestito una disciplina, coerente con i principii regolatori dell'istruzione probatoria in ciascun ordinamento storico.

Ai nostri giorni si assiste però a un rovesciamento di prospettiva: nel senso che l'apporto scientifico o tecnologico dell'esperto – che da noi ha abitualmente la veste del consulente tecnico d'ufficio – ha una funzione che non è più *integrativa*, bensì largamente *sostitutiva* dei poteri istruttorii e decisionali del giudice.

Si potrebbe dire, metaforicamente, che un tempo l'esperto entrava nel «recinto» del processo per illustrare al giudice le nozioni e le regole della propria scienza, tecnica o arte, pertinenti al caso in esame, o ne usciva con lui per assisterlo e coadiuvarlo nell'esame di elementi della realtà extra-processuale (o tutt'al più lo sostituiva in quell'esame per poi sottoporgliene l'esito in forma documentale). Oggi, ricevuti i quesiti, il consulente «si porta via» il processo, o una sua componente essenziale, per gestirli autonomamente. Con il che la consulenza tecnica si trasforma, da singolo mezzo istruttorio, in un intero «procedimento di istruzione probatoria» (secondo la felice intitolazione di una monografia di Ferruccio Auletta) capace di contenere – in forma semplificata – anche gli altri mezzi di prova, che appaiano di volta in volta utili: l'esame di luoghi e cose, la raccolta di informazioni dalle parti, o da terzi che però non hanno lo *status* processuale di testimoni, l'acquisizione di documentazione anche diversa da quella già prodotta o esibita in giudizio.

D'altra parte, il consulente, non essendo un giurista e non avendo pertanto, nei confronti dei limiti e degli «ostruzionismi» proprii del contesto processuale dell'indagine, la stessa istintiva attenzione dei giudici e degli avvocati, ritiene – ragionevolmente, dal suo punto di vista – di poter acquisire da qualsiasi fonte tutte le informazioni utili per rispondere ai quesiti assegnatigli.



Il rapporto che così si istituisce tra il giudice e l'esperto, insomma, non è più di collaborazione ma, potremmo dire, di *outsourcing*, con la correlativa «de-localizzazione» (un'altra forma di «despazializzazione della giustizia») dell'accertamento dei fatti: dal separato «mondo altro» del processo al mondo «reale», o a qualche sua provincia scientificamente più «progredita», dove non vigono le medesime regole restrittive.

Ma la stessa metamorfosi investe anche la *decisione* della *quaestio facti* se – come spesso avviene – il giudice si limita a ricalcarne il contenuto sulle conclusioni della relazione peritale.

Si realizzano dunque in questo modo, la coesistenza, nel nostro ordinamento processuale, di due modelli di istruzione probatoria e la sovrapposizione di due modelli di «verità». Da un lato, quella che deve essere «detta» interamente, e non «nascosta», dal testimone ai sensi dell'art. 251 c.p.c., o ricavata dalla lettura e dall'interpretazione dei documenti prodotti dalle parti, che è una verità probabile, o pratica, inevitabilmente approssimativa, soggetta al filtro del «prudente apprezzamento» del giudice; dall'altro, quella oggettiva e necessaria, «esatta» o quanto meno sperimentale, che il consulente tecnico si impegna, con il giuramento previsto dall'art. 193 c.p.c., a far conoscere al giudice: il quale – benché tradizionalmente definito *peritus peritorum* – non deve, di fatto, apprezzarla, bensì prenderla «così com'è».

Un esito di questa involuzione è dunque il rischio, ben presente agli operatori pratici del processo, che la prova scientifica, acquisita mediante la consulenza tecnica, un tempo e talvolta ancora oggi acclamata come la più nitida e coerente manifestazione del trionfo dei metodi empirici e razionali di «accertamento della verità», si risolva in realtà in una sorta di *esperimento ordalico* nel quale il responso dello scienziato prende il posto dell'intervento divino che un tempo avviava alla salvezza o alla perdizione l'accusato sottoposto alla prova dell'acqua o del fuoco: condividendone, peraltro, solo la imperscrutabilità, non anche l'infallibilità.

Ora, anche un impenitente «verifobico» e *laudator temporis acti* non può spingersi fino a sperare che qualcuna delle prossime riforme del processo *proibisca* la prova scientifica, come fu sostanzialmente proibita l'ordalia nel 1215 dal Concilio Laterano IV. Può dire però che il processo – quanto all'accertamento dei fatti – non è e non può essere l'applicazione pedissequa di regole e prassi gnoseologiche provenienti «dalla scienza», né un giudizio universale dinanzi a un Giudice onnisciente, ma è una costruzione artificiale, affidata alla responsabilità di un giudice terreno (chiamato a giudicare «in nome del popolo»), che ha per oggetto la ricostruzione di una *tranche* della realtà, delimitata e selezionata da una determinata fattispecie legale, nonché ben circoscritta nel tempo e nello spazio, con un armamentario limitato di strumenti inevitabilmente imperfetti. Pensare che, per andare in cerca della «verità», si possa e si debba cancellare il confine tra questo «mondo altro» e il «mondo reale» è una pericolosa illusione razionalistica o illuministica o scientistica, che non merita di essere incoraggiata.



CARMELITA CAMARDI

Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università Ca' Foscari Venezia

PLURALISMO E STATUTI GIURIDICI DELLE PERSONE*

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2.* Normare *(i diritti del) le persone. – 3. Il percorso dal soggetto alle persone. Il pluralismo relazionale ed economico nella dimensione costituzionale. – 4.* Segue*. Il pluralismo esistenziale e lo sviluppo delle identità (nella dimensione familiare). – 5. La dignità e la liberazione delle persone dai ruoli familiari. – 6. Dignità e scelte sul corpo fisico. – 7. Corpo elettronico e dati personali. – 8. Qualche riflessione finale e qualche prospettiva in punto di effettività.*

1. – Nel contesto di un incontro che si interroga sulle sorti dello strumento "codice" nella prospettiva di un ordinamento sovranazionale, un discorso sulle "persone" può acquistare coerenza con questa prospettiva, oltre che interesse scientifico, laddove si articoli non tanto sul piano contenutistico, quanto su quello teorico. L'interesse cioè è quello di enucleare gli strumenti tecnici mediante i quali si costruisce –o si può costruire– la fenomenologia giuridica della persona, il punto di vista a partire dal quale la stessa è inquadrata nel sistema dei soggetti di diritto, i presupposti ai quali è legata l'attribuzione dei relativi diritti, poteri e limiti, la possibilità o meno di considerare tali diritti come fattispecie tipiche piuttosto che come declinazioni non tassative dei principi che nel moderno costituzionalismo sono rivolti alla persona.

Questo approccio è dovuto, con ogni evidenza, al fatto che la fenomenologia giuridica della persona si presenta complessa in modo unico, non paragonabile ad altre, per essere la persona espressione con la quale si evoca quel *quid* di inesplicabile che è l'essere umano, e che di per sé non si lascia ridurre ad una categoria conoscitiva unitaria. Ed infatti, per quanto il diritto delle persone possa condividere con gli altri settori dell'ordinamento talune caratteristiche di fondo, ad esempio quelle che vincolano il legislatore ad una normazione tendenzialmente egalitaria e a vocazione generale, tuttavia non c'è dubbio che l'evoluzione degli ordinamenti contemporanei verso una cifra marcatamente personalistica è avvenuta attraverso l'introduzione di principi che rimangono esclusivi del diritto delle persone, e che registrano un grado di inderogabilità assai elevato, ed a volte nemmeno bilanciabile con altri principi, e che possono esitare nell'applicazione di statuti differenziati.

La scelta storica operata dalle Carte dei diritti del secondo dopoguerra va indubbiamente in questa direzione e conferisce perciò al diritto costituzionale delle persone una primazia anche dinamica, capace di condizionare l'applicazione di tutte le norme e di attualizzarle in funzione personalistica con modalità fortemente espansive. Quando la Carta di Nizza esordisce proclamando l'inviolabilità della dignità umana, essa offre

* Il presente saggio rielabora la Relazione tenuta al Convegno "L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?", organizzato dall'Unione privatisti italiani e dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei, presso L'Università di Pavia, il 18-19 novembre 2022.



all'interprete – ma prima ancora al legislatore – un parametro fondamentale e ineludibile, che permea di sé tutti gli ambiti nei quali la persona si trova ad operare, e tutti i processi (tecnologici, economici, culturali, comunicativi) che il sistema sociale mette in opera per assicurare la sua riproduzione.

Ciò che – come subito cercheremo di argomentare – complica in maniera permanente l'attività del legislatore che deve costruire le norme sulla persona e l'attività dell'interprete che le deve applicare.

Ciò premesso, il lettore comprenderà come, in ragione di un tale approccio, le pagine che seguono non si attarderanno nel riferire i contenuti delle singole normative che verranno evocate; per soffermarsi di più invece su quegli aspetti tecnici ma anche teorici che contraddistinguono la strumentazione giuridica con la quale si governa la fenomenologia esistenziale e comportamentale della persona-essere umano.

2. – Una rapida osservazione dello stile che caratterizza – ad oggi – gli interventi normativi o i relativi progetti riformatori restituisce nella materia delle persone fisiche uno scenario controverso e altamente differenziato.

Per un verso, i progetti nazionali di riforma dei codici si concentrano sugli aspetti patrimoniali in senso stretto dei rapporti civili (obbligazioni e contratti, successioni), e non prendono nemmeno in considerazione il tema delle persone fisiche, il cui principale articolo di riferimento peraltro si ritiene da tempo superato [1]; oppure lo fanno indirettamente, per ciò che concerne i rapporti personali o patrimoniali tra coniugi, o parti di una unione civile, anche in previsione di una eventuale crisi e comunque in riferimento all'educazione dei figli, e in ogni caso nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana [2].

Più in generale, comunque, questi progetti non si presentano come vere e proprie "ricodificazioni", come riscrittura del volto o del corpo della sovranità di un paese [3], bensì come mera *legislazione*, adeguamento, che non è in grado di incidere significativamente sulla costruzione della società civile di un paese. In questo scenario, i diritti delle persone sono anch'essi certamente toccati e ritoccati (parlerò più avanti della riforma della parità di genere in Francia come di un modello normativo interessante del diritto delle persone), ma in assenza di una visione strategica e di ricostruzione di un preciso progetto di mondo.

Per altro verso, a fronte della rilevanza che la cultura giuridica riconosce alle Carte dei diritti, e ai profili di "persone" che esse costruiscono con riferimento talvolta indiretto ad elementi differenziali tendenzialmente oggettivi [4]; la legislazione ordinaria non manca di prospettare una serie di altre figure di persone ritenute

---

[1] Come giustamente osserva F. GIARDINA, nel *Commento all'art. 1 del Codice civile*, nel *Commentario al codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Delle Persone*, a cura di A. BARBA, S. PAGLIANTINI, Torino, 2012, 1 ss., ove si legge che "Inopportuno appare ormai costruire qualunque generale riflessione dedicata all'uomo sull'istituto della capacità giuridica. Insoddisfacente appare il riferimento al momento della nascita come evento iniziale della vita umana per il diritto. Del tutto riduttivo, infine, appare il dettato del secondo comma che subordina i diritti del concepito all'evento della nascita". Su questi punti si tornerà nel prosieguo del lavoro.

[2] Il riferimento è al disegno di legge n. 1151, contenente Delega al Governo per la revisione del codice civile, ma non più sviluppato. Significativi, comunque, sia il recepimento delle unioni civili (la cui disciplina rimane in ogni caso fuori dal Codice); sia la posizione dei diritti fondamentali come vincolo –suppongo di validità– degli accordi menzionati nella norma di delega. Su questo progetto si vedano i contributi raccolti nel volume *Materiali per una revisione del codice civile*, a cura di V. CUFFARO e A. GENTILI, Milano 2021, vol. I.

[3] Nel senso in cui ne parla P.G. MONATERI, *Codice e corpo sovrano. Ripensando la storia delle codificazioni europee*, in *Codex*, 2019, vol. 25, n. 1, 1 ss., secondo il quale il Codice civile degli Stati moderni rappresenterebbe una "liturgia della visibilità della presenza sovrana (7), una "vicenda ontologica della sovranità", motore centrale del diritto civile, pur nella diversità delle varie esperienze europee (20). A fronte del qual fenomeno, "Rifare un codice per apportarne alcune differenze tecniche, sia pure concernenti aspetti centrali come la causa dell'obbligazione, significa fare solo opera di legislazione ma non di codificazione in senso proprio" (21).

[4] Dall'età, al sesso, alla razza, alle preferenze per una certa "famiglia". Tutti elementi costruiti come base rilevante per un diritto



meritevoli di attenzione normativa in quanto tali o più spesso per talune preferenze o orientamenti soggettivi, o ancora in quanto alle prese con talune circostanze della vita decisive. Mi riferisco, ad esempio, al disegno di legge Zan (contro la discriminazione e la violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, ovvero sull'identità di genere e sulla disabilità) [5]; e alla legislazione sull'interruzione volontaria della gravidanza [6], la cui tecnica normativa non intende creare "figure" di persone in assoluto (come potrebbe essere quella dell'immigrato o dell'anziano), ma vuole normare comportamenti o scelte specifiche, e però rilevanti dal punto di vista dello status di certe persone (nei casi esemplificati: chi ha un'identità di genere non corrispondente al sesso ufficiale, indipendentemente dall'aver concluso un percorso di transizione; ovvero le donne) [7].

Contestualmente, altre normative, e questa volta penso al Regolamento europeo sui dati personali (esito attuale di un processo che ha visto emanato anche un Codice di settore), manifestano una postura maggiormente universalistica nel disegnare lo statuto generale della persona (di tutte le persone) di fronte all'impatto generalizzato e invasivo della tecnologia del trattamento e della circolazione dei dati personali. Una postura che si alimenta anche della rilevanza transnazionale della disciplina.

Per non dire del profluvio della normativa consumeristica, la quale esibisce la medesima vocazione sul mercato unico degli scambi commerciali, attraverso la crescente valorizzazione della persona del consumatore (persona fisica), esplicitamente concentrando l'attenzione normativa *sull'atto di consumo*, che come tale richiama sotto l'ombrello protettivo tutte le persone che lo compiono, quale che sia il loro statuto personale da altro punto di vista, o la loro condizione sociale o economica. Insomma, queste due normative ambiscono ad una dimensione universalistica della persona individuando un paradigma comportamentale idoneo ad essere generalizzato, per essere sia l'atto di consumo, che la diffusione di dati personali, comportamenti e circostanze sociali pervasivi e per così dire irrinunciabili nel mondo contemporaneo [8].

---

di tutela e di rispetto da parte di tutti, che si riverberano però nella definizione dell'identità della persona, e della sua dimensione esistenziale. Anche su questi punti si tornerà nel prosieguo del lavoro.

[5] Disegno di legge n. 2005/2020, contenente *Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere e sulla disabilità*, il quale introduce le controverse definizioni di "sesso", "genere", "orientamento sessuale" e "identità di genere", con riferimento alle intersezioni – per dir così – tra il sesso biologico o anagrafico di una persona e le sue manifestazioni esteriori, o affettive, e/o le percezioni di sé eventualmente non corrispondenti al sesso o contrastanti con le aspettative sociali legate ad un certo sesso. Sul punto, M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Diritto Penale e Processo,* 2020, 1017; R. BILOTTA, *La discriminazione come fenomeno sistemico: una sfida per il diritto civile,* in *Nuove leggi civili commentate,* 2020, 1304.

[6] Attualmente regolamentata dalla legge 194 del 1978, rispetto alla quale è ad oggi (ri)presentato il disegno di legge n. 165 del 2022, indirizzato alla Modifica dell'articolo 1 del codice civile in materia di riconoscimento della capacità giuridica del concepito, la cui attuazione – si legge nell'Atto parlamentare comunicato al Senato della Repubblica – "condurrebbe ad una applicazione della intera legge n. 194/1978 più coerente con l'intento di prevenire l'aborto volontario, in qualsiasi forma, legale o clandestino che sia". È utile ricordate che il diritto all'aborto è stato negato dalla Corte suprema degli Stati Uniti in Dobbs c. Jackson Women's Health Organization, 24 giugno 2022, al link *https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf*, con un clamoroso *overrulling* della sentenza Roe c. Wade del 1973. In argomento, vedi la sintesi a cura del Servizio studi della Corte costituzionale, al link *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1656319139349.pdf*, ed il commento di S. DE VIDO, *Blessed the fruit. Un'analisi di genere della sentenza Dobbs della Corte suprema statunitense alla luce del diritto internazionale dei diritti umani*, in *SIDIblog*, 25 luglio 2022.

[7] Un riferimento andrebbe fatto anche alla proposta di legge depositata il 13 ottobre 2022 alla Camera dei deputati, intesa alla reintroduzione della reclusione per i comportamenti – già depenalizzati – di cui all'art. 527 del codice penale sugli atti osceni in luogo pubblico; proposta sulla quale ovviamente il dibattito rimane aperto, salvo valutare l'esplicito riferimento – quale motivazione della reintroduzione del carcere – alla circostanza per la quale tali azioni oscene sarebbero talora "commesse da immigrati presenti a vario titolo sul territorio nazionale".

[8] Può essere utile notare che il più recente orientamento dell'UE nella materia, rappresentato dalla direttiva (UE) 2019/2161 del



Di qui una prima riflessione di ordine sistematico, seppur forse non di esito sistematico. Il panorama normativo attuale riflette tecniche e stili normativi differenziati, talvolta costruiti sul presupposto non solo semantico che della persona possa parlarsi "in quanto tale", cioè in via ancora generale ed astratta e senza attenzione al suo status o al suo "fare qualcosa" [9]; altre volte costruiti sul presupposto opposto, e cioè sulla rilevanza di un atto (che sia quello del consumare, piuttosto che quello dell'interrompere la gravidanza), a sua volta riferibile ad una platea più o meno vasta di persone e dunque con una carica universalistica differente [10]. Senza dire della differente carica ideologica o (bio)politica che tale modo di normare rivela: pressocché nulla nel primo caso; estremamente sensibile nel secondo, e ciò indipendentemente dal fatto che sul piano tecnico il paradigma del consumatore includa uomini, donne, anziani, bambini, etc.; e quello della donna alle prese con la gravidanza escluda le persone degli uomini e dei padri.

Sulla elaborazione giuridica della persona in quanto tale, al singolare in quanto in astratto, si sono incardinate le opzioni critiche che hanno descritto l'evoluzione dei sistemi normativi occidentali dalla fase prettamente codicistica a quella costituzionale, tracciando gli *steps* evolutivi di questo percorso sulla originaria irrilevanza e poi sulla rilevanza della concreta sostanza socio-individuale di ciascuno, occultata nella prima fase, esaltata nella seconda. Voglio dire che quando si ripropone lo schema analitico – divenuto un classico – del *passaggio dal soggetto alla persona* (sempre al singolare) [11], il messaggio che si veicola viene articolato su un presunto irriducibile contrasto: quello tra la figura del soggetto *astratto* titolare di diritti e di obblighi per il semplice fatto di esistere; e quello della persona *concreta* proiettata nello sviluppo della sua personalità in una dimensione relazionale, attrezzata a tal fine di strumenti appropriati, quali la libertà di pensiero, di associazione, di religione etc.

La prima figura sarebbe l'individuo come "scheletro" della persona, anonimo e generale, elemento materiale necessario e sufficiente della fattispecie del soggetto di diritto; i cui diritti – attribuiti attraverso la sua capacità – costituiscono *assets* individuali esclusivi destinati a circoscrivere le sue azioni in un ambito egoistico e mercantile, che lo protegge da ingerenze esterne non autorizzate dal suo esplico consenso. Il soggetto così istituito sarebbe oltretutto testimonianza di quella neutralità del diritto necessaria a sua volta a garantire l'uguaglianza davanti alla legge [12]. Che poi questa scelta sia davvero espressione di una vocazione egalitaria

---

Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, cosiddetta di "modernizzazione" delle norme di protezione di consumatori, all'art. 11 bis introduce rimedi individuali (dal risarcimento del danno alla riduzione del prezzo, etc.) a favore del singolo consumatore leso da pratiche commerciali scorrette. La novità sta nella sterzata prodotta rispetto alla logica di tutela di cui alla direttiva 2005/29/CE, la quale affidava la repressione delle pratiche scorrette all'Autorità antitrust, così mostrando di preferire una logica regolatoria e attenta alla dimensione massiva dei comportamenti dei professionisti, piuttosto che una logica individualistica alimentata da diritti di reazione ad iniziativa dei singoli. La legge delega italiana (art. 4 legge 4 agosto 2022, n. 127), e il relativo disegno di attuazione (art. 1, comma 7, lett. d, dello schema di decreto legislativo del dicembre 2022) presentano una riforma del Codice del consumo – art. 27, comma 15-*bis* – che poco o nulla innova rispetto alla norma comunitaria.

[9] Ciò che invero può dirsi di tutti i "diritti" che non presuppongono una caratteristica o uno status particolari, che le Carte dei diritti fondamentali legano dunque alla persona nella sua dimensione esistenziale e al diritto di esprimere la sua personalità e di non essere discriminata per alcuna ragione (il "diritto di avere diritti", si direbbe con S. Rodotà, Bari, 2012).

[10] Non va dimenticato che, per quanto vasta e trasversale possa essere la platea dei consumatori, tuttavia la figura del consumatore nasce in una prospettiva conflittuale e antagonista rispetto a quella del professionista, il quale può essere considerato senz'altro consumatore se "consuma", ma quando non lo fa, è destinatario dello statuto di obblighi imposti a protezione dei "diritti del consumatore". Una doppiezza che non può offuscare la matrice concettuale della figura del consumatore, ritagliata nel contesto delle contraddizioni e asimmetrie del mercato e sempre con riferimento ai bisogni "personali" di chi consuma. Sulla figura del consumatore, e sulla sua evoluzione normativa, vedi adesso il contributo dal titolo evocante, di S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato*", Pisa, 2021.

[11] È questo il titolo del volumetto di S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, in parte confluito nella summa del suo pensiero personalistico*, Il diritto di avere diritti*, cit., 140.

[12] In tal senso andrebbe letto lo stesso art. 1 del codice civile italiano, che esprime questa concezione della persona fisica attraver-



e neutrale del diritto, piuttosto che di una opzione ideologica, è tutto da dimostrare, se ha davvero ragione chi scrive che "Nonostante l'apparente veste di 'purezza' concettuale, l'istituto della capacità giuridica rappresenta un raffinato strumento di possibile selezione dei soggetti di diritto", se non addirittura "un forte strumento di discriminazione" [13]; e se è vero che, separata dalla soggettività, la capacità si presta ad escludere dal traffico giuridico una serie di soggetti (o di persone), ai quali la legge decide di impedire il compimento di certi atti giuridici: dai "bambini", ai "matti", ai "prodighi", agli "ubriachi", alle "donne maritate" (almeno fino ad un certo momento storico), esemplari umani non ritenuti capaci di un utilizzo ottimale (nel senso di razionale, consapevole, efficiente) della loro capacità [14].

La seconda figura per contro vestirebbe lo scheletro dei suoi muscoli, della carne e della pelle, per un verso facendo emergere le differenze delle condizioni di esistenza e di vita dei singoli; per altro verso mitigando la dimensione egoistica individuale del soggetto astratto attraverso l'apertura alla dimensione socio-relazionale della vita e della esperienza, per mezzo della quale il soggetto diventa *persona* che realizza la sua libertà esplicando la sua *personalità* in tutti i contesti sociali e relazionali che gli si offrono. Con ciò realizzandosi altresì il percorso della progressiva prevalenza dell'*essere* sull'*avere* [15]. Un processo che è ancora in corso di svolgimento e che cercheremo nel prosieguo di decifrare in tutte le sue componenti.

Questa narrazione, invero, pur del tutto appropriata quando si propone di spiegare il processo istitutivo della soggettività astratta, finisce a sua volta per celarne la complessità, laddove dispone i vari passaggi normativi in una chiave meramente antagonista, sottovalutando gli aspetti di continuità a favore di quelli di discontinuità.

La costruzione del soggetto astratto, infatti, pur nel suo realistico porre la persona nel tipico significato di "maschera", o artefatto semantico, e nel suo disporsi quale suggestivo supporto concettuale delle letture del soggetto di diritto in chiave di disumanizzazione e di separazione tra diritto e vita, non può essere intesa esclusivamente in questa prospettiva [16]. In tal modo ingiustamente si occulta il valore emancipatorio che il concetto di soggetto di diritto e la sua astrattezza hanno avuto nel processo di superamento del modello feu-

---

so un attributo che ne è la duplicazione: la qualità della capacità giuridica, e poi della capacità di agire, ad indicare il meccanismo necessario dell'attribuzione/imputazione dei diritti e delle posizioni individuali ai singoli. Si direbbe dunque che il codice voglia rappresentare un *fenomeno di teoria generale*, costruendo la figura del soggetto di diritto legata alla titolarità e poi all'esercizio di diritti e obblighi.

[13] F. BUSNELLI, *Il diritto delle persone*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993, e ora in *Persona e famiglia*, Pisa, 2017, 20; già ripreso da F. GIARDINA, *Commento all'art. 1*, cit., 14.

[14] In tal senso si veda il bel saggio di M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 71, 80 ss., secondo la quale si svela in tal modo il carattere ideologico del presunto universalismo del soggetto di diritto, e con esso l'archetipo che vi sta dietro: quello dell'uomo bianco, adulto, sano di mente, proprietario, e possibilmente coniugato. Analogamente, R.M. NUNEZ, *Il soggetto di diritto: premesse per un dibattito*, in *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, a cura di F. BILOTTA, F. RAIMONDI, Napoli, 2020, 14.

[15] G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 829 ss.; e soprattutto G. MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 359, 369 ss., sul presupposto, difficilmente non condivisibile, che la prospettiva prevalente della soggettività astratta fosse quella patrimoniale, proprietaria, prettamente mercantile, come tale realmente unificante nel contesto del codice civile, ancorché foriera – come si diceva – di meccanismi di esclusione dei soggetti che in questa dimensione non si riteneva potessero contribuire al benessere sociale.

[16] Rinviamo al proposito a G. CIANFEROTTI, *Considerazioni sulla sineddoche della persona nella filosofia italiana e sul dualismo tra soggetto e persona nella civilistica del secondo Novecento*, in *Riv. tri, dir. proc. civ.*, 2015, 749 ss., che usa tale figura retorica per rappresentare e contestare la narrazione proposta da Roberto Esposito (*Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2007) intesa ad ascrivere proprio al concetto di "persona" lo scarto tra uomo e cittadino, diritto e vita, anima e corpo, che connota dalle origini la nostra tradizione. Il saggio ripercorre gli aspetti filologici del termine, ma soprattutto quelli riconducibili alla storiografia giuridica, e alla capacità della scienza giuridica civilistica di introiettare proprio attraverso il concetto di persona i valori della dignità e la cultura dei diritti fondamentali.



dale classista e della costituzione dello stato di diritto, per essere allora come ora punto di caduta dell'attribuzione di diritti soggettivi omogenei e uguali per tutti. Dunque presidio della *legge uguale per tutti* e atto di nascita del diritto privato moderno, ineliminabile canale unico di accesso alla titolarità di tutti i diritti. Solo a partire dal giusto riconoscimento in capo alla figura del soggetto astratto del compito storico di aver eliminato la subordinazione personale dai dispositivi premoderni del legame sociale, può poi mettersi in atto l'altrettanto giusto e necessario punto di vista critico dei processi di giuridificazione della persona. Tale critica avrà il compito di disvelare le nuove forme di subordinazione, di disuguaglianza o di esclusione messe in atto dalla tecnica del soggetto astratto e della uguaglianza davanti alla legge. Nella consapevolezza della ineliminabile doppiezza del diritto moderno, in ragione della quale esso per un verso è strumento di libertà ed emancipazione, in grado di assecondare le esigenze di cambiamento che muovono la società in un certo momento storico; ma per altro verso così facendo mette in atto operazioni conformative e distributive del potere e della ricchezza, costruisce figure, status e forse anche gabbie, in quanto –come efficacemente scrive Giovanni Marini– "è invischiato nel potere" [17].

Di qui il percorso incessante, mai lineare e sempre contraddittorio del diritto e dei diritti delle PERSONE, nel quale ogni tappa è superamento ma non negazione della precedente; è additiva cioè di strumenti nuovi che si stratificano sui precedenti, che risolvono contraddizioni divenute insostenibili, seppur contemporaneamente si candidino ad aprirne altre [18].

Sta tutta qui, e non è poco, la difficoltà di costruire la giuridificazione della persona secondo un indirizzo sistematico, e cioè la difficoltà di codificare la persona assumendo un modello unitario: ciò che avrebbe in primo luogo un inaccettabile effetto di semplificazione della realtà dei rapporti nei quali l'umanità si trova immersa o invischiata; ma soprattutto un altrettanto inaccettabile effetto di riduzione della tutela che il diritto privato è chiamato ad offrire in base ai valori di civiltà che ha scelto di veicolare e alle differenze che ha scelto di valorizzare [19]. Sta tutta qui, in altre parole, la carica euristica della pluralizzazione della persona, e della frantumazione dell'originaria vocazione universalistica del soggetto astratto in una molteplicità di modelli personali trasversali. Cogliere questi processi nel loro intersecarsi e sovrapporsi reciproco è essenziale per comprendere la dialettica tra generale e particolare, e cioè il periodico soprapporsi e alternarsi ora di mo-

[17] G. MARINI, *La giuridificazione della persona*, cit., 364. Pur con questa consapevolezza, l'A. non rinunzia alla fiducia nel diritto privato, e nelle categorie giuridiche, quali dispositivi capaci di proiettare ideali democratici nella sfera privata, e porre argini al tempo stesso all'invadenza dei poteri – del mercato, come della tecnica – che minacciano di colonizzare l'esistenza umana.

[18] In tal senso, non sembra possibile immaginare la fine del soggetto di diritto come dispositivo di accesso alla titolarità dei diritti. Se ne può e se ne deve predicare la fine quale *unica* possibile rappresentazione dell'uomo nella scena del diritto contemporaneo, ma non si può pensare di far emergere le persone su questa scena in assenza di un dispositivo generale di accesso al mondo del diritto, il quale soltanto permette poi di attribuire giuridica rilevanza alle forme della loro esistenza, in chiave di libertà e dignità. Ed è forse in tal senso che può intendersi la provocatoria espressione riferita da F.D. BUSNELLI, *Ai confini della soggettività*, in *Persona e famiglia*, cit. 53, allorché propone di ripensare "il soggetto come fattispecie della persona". È fin troppo chiara l'evocazione del celebre volume di A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridic*i, Milano, 1939, ed in questa prospettiva l'espressione sembra in grado di restituire il processo di emersione della persona *dal* soggetto come processo che lascia connessi e inseparabili i due termini. Mentre sembra radicale l'incipit di M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto*, cit., 72 ss., secondo la quale la vicenda del soggetto di diritto sia giunta al termine, almeno – precisa subito l'A. – quanto al significato e alla funzione che ne hanno contrassegnato la vigenza nel diritto moderno. La stessa A. peraltro si affretta poi ad aggiungere che ancora oggi diversi fenomeni sollecitano di avvalersi proprio della soggettività giuridica, quale dispositivo giuridico idoneo a dare voce ai più disparati interessi emergenti da fenomeni sociali di particolare impatto sulla società e sulle condizioni di vita (dalla rivoluzione digitale, piuttosto che dai cambiamenti climatici).

[19] Come vedremo, attraverso la Costituzione e le Carte dei diritti.



delli normativi che partono dalle differenze per costruire figure di identità plurali; ora di altri modelli che esprimono –contestualmente e a dispetto della frantumazione – variegate aspirazioni universalistiche [20].

Ed è questo, alla fine, il modo nel quale la complessità dei ruoli trasversali della società moderna si esprime storicamente sul piano della regolazione normativa dell'esistenza umana [21].

3. – Il cosiddetto passaggio *dal soggetto alla persona*, incarnato in primis nei diversi modelli del Codice civile e della Costituzione, non dà luogo dunque al superamento della soggettività come tecnica di attribuzione dei diritti individuali, piuttosto veicola un diverso modello antropologico, che si affianca al primo. Deastrattizza il soggetto come fattispecie e fa esplodere il dato "umano" occultato dal mero attributo della capacità, in tutta la sua complessità.

Si fronteggiano così il modello individualistico dell'uomo borghese proprietario, mercante e produttore, capofamiglia, padre/marito padrone, messo in forma dal soggetto astratto "capace di agire"; ed insieme il modello dell'uomo sociale che costruisce la sua personalità nella dimensione partecipativa e relazionale: nelle società intermedie e nella società politica in generale. I primi 4 articoli della Costituzione, già nel proclamare la Repubblica *fondata sul lavoro*, spostano l'attenzione su una figura che "svolge la sua personalità" nel contesto sociale del suo "lavoro", e sotto l'egida non più dell'egoismo proprietario ma della solidarietà politica economica e sociale, alla stregua della quale sono peraltro riconosciuti i diritti inviolabili (art.2) [22].

E così, come il diritto liberale aveva liberato l'individuo dalla soggezione personale e dagli status feudali, per proiettarlo nei dispositivi di connessione tipici della società borghese, sostanzialmente il mercato (sul piano economico-sociale) e la famiglia fondata sul matrimonio (sul piano esistenziale); alla stessa maniera il nuovo diritto "sociale" apre un lento processo di correzione se non di scardinamento di tali dispositivi, dando avvio ad una nuova stagione di diritti intesi a liberare l'identità delle persone dalle "gabbie" e dai condizionamenti in tal modo istituite [23].

---

[20] Ricostruisce storicamente questo processo, anche per bocca della dottrina tedesca dell'800, G. ALPA, *Alle origini dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2021, 671.

[21] Coglie profondamente la problematica qui rappresentata il recente volume di A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, Napoli 2022, della cui indagine giova richiamare in questa sede l'impostazione, alla stregua della quale l'identità della persona è prospettata come struttura complessa e al tempo stesso come processo, o narrazione, atteso che la stessa trae gli elementi della propria definizione dal complesso delle relazioni e dei comportamenti che la persona tiene nel contesto sociale. In tal senso l'identità si articola in frammenti che svolgono una duplice funzione, identificativa e identitaria, e in tal senso ancora si articola la protezione giuridica. Ciò che appunto si tenterà di comprendere nel presente lavoro.

[22] Sul principio lavoristico nella Costituzione e sulla sua rilevanza come diritto fondamentale della persona, e tramite imprescindibile per l'affermazione della sua personalità, supremo criterio valutativo, vedi adesso G. CAZZETTA, *Il lavoro nella Costituzione: pluralismo sociale e unità dell'ordinamento in Costantino Mortati,* in *Quaderni fiorentini*, n. 22, 2022, 237, 240, 252 ss.

[23] Ciò che nel testo si vuol rappresentare, sotto la specola del diritto delle persone, è la connessione sussistente tra il diritto del mercato e il diritto di famiglia (e delle successioni), pur se questi due settori dell'ordinamento sono spesso descritti come agli antipodi l'uno dell'altro. Il primo in quanto mondo degli affari tipicamente patrimoniale, e il secondo in quanto mondo degli affetti tipicamente non patrimoniale. Questa sistemazione occulta quei nessi che invece qui si vogliono portare alla luce. Perché se è vero che nella famiglia si concentrano anche le componenti affettive personali dei rapporti sociali, non è vero che tutto questo non abbia un valore patrimoniale e non sia direttamente legato alla permanenza di un certo modello mercantile. Per sostenere il contrario occorrerebbe negare la rilevanza patrimoniale del lavoro femminile e di tutti i componenti della famiglia che non sono "impiegati" sul mercato, ma le cui prestazioni contribuiscono senza contropartita al bilancio familiare; e occorrerebbe negare che l'evoluzione della famiglia sia passata attraverso la liberazione di questi "soggetti" dal giogo familiare ed il loro ingresso nel mercato del lavoro; così come bisognerebbe negare la conseguente "mercatizzazione" delle funzioni di cura domestica e di accudimento dei soggetti fragili della famiglia, dai figli minori, agli anziani, ai malati, prima svolte gratuitamente all'interno della famiglia stessa, e poi decisamente contrattualizza-



Sono due i canali lungo i quali il processo si articola. In primis, l'attribuzione aggiuntiva di quei diritti sociali che colmano l'incapacità dei diritti individuali classici di rimuovere le disuguaglianze di fatto che si frappongono alla partecipazione di tutti i lavoratori alla vita politica sociale ed economica del paese. E contestualmente la ridefinizione dei ruoli familiari, nella direzione sinteticamente definita della "privatizzazione" della famiglia [24], e della valorizzazione delle identità attraverso il riconoscimento della pluralità dei modelli familiari [25].

Nel gioco semantico dell'uguaglianza, quella sostanziale si realizza solo attraverso l'introduzione di disuguaglianze formali. Il diritto delle persone è diritto diseguale, e il principio che guida la disuguaglianza formale è adesso il principio di solidarietà [26].

Occupiamoci prioritariamente della prima prospettiva, rispetto alla quale è forse utile proporre un distinguo.

La valorizzazione costituzionale del modello antropologico del lavoratore rispetto a quello del borghese proprietario esige che si attribuisca rilevanza alla concretezza della condizione umana occultata dal soggetto astratto di diritto; ma non fa ancora emergere del tutto le persone nella loro dimensione propriamente esistenziale, perché privilegia la cifra dell'eguaglianza sostanziale sì, ma economica e sociale. Questa cifra viene in luce, dunque, come motore delle nuove *persone economiche*, facendo avanzare quelle più deboli in quanto economicamente sottoordinate. A parte i lavoratori subordinati, che occupano la scena principale, avanzano le varie figure disegnate in quella che si chiamava una volta legislazione speciale. Gli affittuari di fondi rustici, i coltivatori diretti, i piccoli imprenditori o gli imprenditori agrari, i locatari di immobili urbani, i non proprietari di fondi o di case, e tutte le altre figure di lavoratori, sono ora muniti di una nuova ed esclusiva *tools box*, una cassetta di diritti, idonea ad amministrare il conflitto nel quale si trovano coinvolti. Essi non sono solo contraenti o parti di un rapporto giuridico, sono in primo luogo persone concretamente connotate da una condizione economica o sociale, e solo *dopo*, e in relazione a ciò, indossano la maschera del debitore, del creditore, del titolare del diritto di godimento e così via [27].

---

te. Ciò che la letteratura definisce con un altro slogan suggestivo, quello del passaggio dallo *status* al contratto, ovvero della cosiddetta privatizzazione della famiglia. Per questi aspetti, resta importante la ricostruzione di D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ*., 2005, I, 137; ma si veda anche A.M. BENEDETTI, *Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020, 403, 411; M. PARADISO, *I rapporti personali nelle relazioni di coppia dopo la stagione delle riforme*, in U. SALANITRO (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, 201, 207 ss.

[24] Alcuni aspetti del processo sono sintetizzati da C. CARICATO, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, Pisa, 2020; più ampiamente A. SPADAFORA, *Diritto della famiglia ed effettività*, Milano, 2022; cui adde E. BIVONA, *Gli accordi personali tra coniugi nella famiglia del ventunesimo secolo*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia*, cit., 181; E. BARGELLI, *Divorzio "privato" e prospettive dell'autonomia negoziale*, *ivi*, 363.

[25] F.D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ*., 2013, 767; ma già ID., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, *ivi*, 2002, 509; e da ultimo, ID., *Per un'ermeneutica della famiglia moderna: l'idea del "rammendo"*, in U. SALANITRO (a cura di*), Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit., 155.

[26] Ricostruisce lucidamente questo processo M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto*, cit., 78 ss., articolando le riflessioni sullo schema proposto da Duncan Kennedy in uno studio sulle diverse fasi di globalizzazione del diritto. Ma rinviamo di nuovo a S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., *passim*; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 47; C. MAZZÙ, *Riflessioni sullo status tra passato e futuro*, in *Riv. notariato*, 2009, 1135. Sul principio di solidarietà vedi sempre S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, 2014, e ora G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna 2022.

[27] Ciò che si vuol descrivere, invero, è il nuovo scenario dei diritti attribuiti a tali categorie di contraenti in quanto concrete persone ritenute meritevoli di una tutela intesa a colmare un gap economico, e senza la quale il bisogno all'acquisizione del quale la tutela è rivolta, resterebbe insoddisfatto. È questa la prospettiva che contraddistingue la ricerca civilistica negli anni nei quali la legislazione di tutela che abbiamo richiamato è emersa in tutta la sua portata eversiva del diritto civile classico. Una compiuta rappresentazione di questa cultura si trova nel volume a cura di N. LIPARI, *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974, in particolare



Contestualmente, inoltre, l'irruzione della persona nella scena astratta disegnata dal soggetto di diritto emerge nella Costituzione anche sul piano sociale, laddove essa valorizza proprio sotto la specola della persona la dimensione relazionale del soggetto, come mezzo di sviluppo della sua personalità. Diversamente dalla logica del codice, dove associazioni, fondazioni e società si lasciano guardare come altri soggetti di diritto "capaci" di muoversi nel mercato acquistando la titolarità diritti e obblighi; gli stessi soggetti riappaiono in Costituzione quali "comunità intermedie", luoghi nei quali il singolo può elettivamente sviluppare la sua personalità non in via autoreferenziale, ma intrecciando relazioni sociali. Associazioni, partiti politici e sindacati, ma anche scuole, confessioni religiose, istituzioni culturali e perché no le autonomie locali, si aprono alle libertà dell'individuo, che ha il diritto di parteciparvi, ed esaltano la sua persona, nella sua dimensione relazionale e nella conseguente definizione di un tratto identitario [28]. In ragione di ciò, gli enti intermedi si sganciano definitivamente dalle vecchie logiche corporative e gerarchiche ed assumono, anche al loro interno, carattere prettamente liberale e democratico [29].

Vi è su questo piano una singolare combinazione delle tecniche giuridiche che contribuiscono alla costruzione della persona. Per un verso, le libertà e i diritti costituzionali esibiscono una necessaria vocazione universale, ed evocano per questo verso l'operare tradizionale del principio di uguaglianza nella generale ed astratta attribuzione a *chiunque* di poteri e facoltà. Per altro verso, nel momento in cui si dispongono quali strumenti destinati a liberare e valorizzare le concrete personalità dell'individuo, essi smentiscono l'astrattezza del soggetto – che tali concrete personalità considera irrilevanti – e istituiscono il germe del pluralismo delle identità, sintesi delle opinioni sociali e politiche, delle fedi religiose e delle libere opzioni nella morale, nella ricerca scientifica e nelle arti. Pezzi di identità di cui il singolo è autore e "padrone", che istituiscono a suo vantaggio una sfera privata del tutto intangibile da parte dei terzi. Il percorso dal soggetto alla persona si articola così dall'io al tu, al noi, attraverso la costruzione di una sfera esistenziale relazionale, cooperativa e non egoistica, cui l'ordinamento è disponibile ad accordare protezione.

Già queste frammentazioni restituiscono uno scenario pluralistico di interesse sistematico, ma anche dogmatico, perché la dimensione della persona nei contesti individuati chiama in causa la tenuta di uno dei concetti fondativi del diritto civile classico, quello di *capacità*, tutto costruito intorno alla posizione del soggetto di fronte all'ordinamento, in quanto destinatario di effetti giuridici e in grado di determinare l'applicazione delle norme e la produzione dei relativi effetti con il proprio comportamento [30]. In questa prospettiva, la capacità finisce per circoscrivere l'identità della persona semplicemente al suo essere elemento necessario della fenomenologia giuridica, e perciò altrettanto semplicemente *identificabile*, come tutte le persone, in base al nome, al sesso per come trascritto e all'immagine.

---

l'omonimo contributo introduttivo di P. BARCELLONA e N. LIPARI, 3; e poi i contributi di AA.VV., *Sistema creditizio e destinazione sociale del sovrappiù*, 98; *La casa come servizio sociale*, 150; L. V. MOSCARINI, *Mistificazione giuridica e interessi reali del lavoratore: un'ipotesi limite*, 481. Una rilettura di questa fase è proposta nel volume a cura di L. NIVARRA, *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, del quale particolarmente espressiva dell'approccio che si si propone in questo contributo è la parte III, significativamente intitolata *I soggetti antagonisti*, 315 ss.

[28] In tal senso, vedi le riflessioni di M. ROSBOCH, *Le prerogative della persona all'interno delle comunità intermedie: alcuni spunti,* in *Fundamental rights*, 2021, 84. Necessario il rinvio, per tutti, P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, III (1988-1999), Padova, 1999; R. CAVALLO PERIN, *il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali,* in *Dir. amm.*, 2021, 587.

[29] E. TUCCARI, *La disciplina democratica delle associazioni non riconosciute tra codice del terzo settore e codice civile,* in *Resp. civ. e prev*., 2019, 438.

[30] Per tutti, A. FALZEA, *Capacità*, *in Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997, 237, 252 ss.



Viceversa, l'irruzione dell'identità come risultato della dimensione relazionale della persona sottrae alla capacità quel primato identificativo di cui essa godeva e vi affianca il concetto di personalità, che sintetizza in tutt'altra dimensione il percorso verso altre generazioni di diritti, diversi da quelli legati alla partecipazione al traffico giuridico, disponendosi ad accogliere e a rappresentare una nuova complessità [31].

Ma non è ancora tutto. Come si accennava, il personalismo al quale stiamo facendo riferimento non si è ancora del tutto esteso alla dimensione esistenziale. Deve compiersi a tal fine il secondo processo di liberazione, quello di apertura delle altre gabbie esistenziali istituite dal diritto liberale, a cui la politica sociale redistributiva o relazionale non è ancora in grado di arrivare.

4. – L'attenzione va dunque spostata agli effetti performanti della persona indotti – come si accennava – dal modello della famiglia tradizionale. Il processo evolutivo è qui più delicato.

Non bisogna dimenticare infatti che nella famiglia si concentrano molte se non tutte le dinamiche (esperienziali e formali) concernenti l'identità individuale, e che nelle pieghe dei rapporti coniugali, parentali, con e tra i figli, si consumano modelli esistenziali che incidono profondamente sul processo di formazione della personalità, sulla possibilità stessa di "diventare persone". Si vuol dire, "persone" dotate non tanto di diritti soggettivi o sociali previsti dalla legge, quanto di quel generale diritto all'autodeterminazione sulla propria vita e sulla propria esistenza che non coincide affatto con la libertà negoziale e nemmeno con l'asset dei diritti soggettivi patrimoniali, tradizionale corredo del soggetto di diritto, o dei diritti sociali e relazionali [32].

Del resto la copiosa e intelligente letteratura sul diritto di famiglia ha da tempo messo in evidenza lo stretto collegamento che corre tra l'adozione – o meno – di un certo modello familiare, specie se coincidente con quello tradizionale fondato sul matrimonio e certamente oggetto di preferenza nel nostro ordinamento [33] e la

---

[31] In tal senso, e nella prospettiva di un trascorrere dell'ordinamento dall'esigenza di mera razionalità del traffico giuridico alla regolazione della complessità dell'individuo, ancora F. GIARDINA, *Capacità*, cit., 22, laddove osserva che, a seguito del percorso descritto, "Non è più possibile immaginare un unico, uniforme individuo, indistintamente idoneo ad essere titolare di diritti ed obblighi. In suo luogo, il diritto assume a punto di riferimento la molteplicità delle identità dell'uomo, degne di essere rispettate nelle diverse immagini che propongono".

[32] Qui il discorso sulla persona si lega quasi fino a coincidere con la narrazione delle diverse generazioni dei diritti, ciascuna delle quali esprime una fase del processo di giuridificazione della persona. Lo diciamo con le parole di G. MARINI, *La giuridificazione della persona*, cit., 366: la prima propone staticamente "*come modello dominante il paradigma proprietario*", la seconda, dinamica, vede il suo fulcro "*nel pieno sviluppo della persona, realizzato attraverso la costruzione di relazioni sociali costitutive della propria identità*". Laddove invece "*La caratteristica fondamentale di questi diritti della terza generazione è costituita dall'ascesa al suo interno del potere di autodeterminazione soggettiva come potere di controllare le modalità di costruzione della propria identità personale*". Tutte e tre le generazioni formano una *sedimentazione complessa*, nel contesto della quale ciascuna opera insieme con le altre. Ma soprattutto, "*l'avvento della terza generazione dei diritti della persona riporta anche la dimensione del corpo al centro del sistema, ribaltando la prospettiva astratta del soggetto giuridico…Il corpo non appartiene all'individuo, ma è l'individuo stesso … il substrato generatore della persona*".

[33] Non si può non ricordare in questa sede il tema generato dalla previsione di cui all'art. 29 della Costituzione, il quale, pur nella sanzione del modello *matrimoniale* come modello familiare unico, dispone poi al comma 2 il principio d'ordine della parità morale e giuridica dei coniugi. Mentre l'art. 30 non riesce a superare la diversità tra figli nati all'interno e figli nati fuori del matrimonio, per stabilire al comma 3 un principio di tutela anche dei secondi "compatibilmente" con i diritti della famiglia legittima. Per questa problematica, e sul suo successivo superamento, si veda A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in U. SALANITRO (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit., 61; e poi, nello stesso volume, F.D. BUSNELLI, *Per un'ermeneutica della famiglia moderna: l'idea del "rammendo"*, cit., 155. Osserva M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto*, cit., 79, che anche quando la cultura giuridica classica presentava, a partire dalla seconda metà del XIX secolo, la soggettività come pura astrazione giuridica e il soggetto come mera fattispecie, ciò non poteva predicarsi della famiglia, nella quale "i soggetti non sono né indifferenti al genere né pari ordinati, essendo invece dal diritto gerarchica-



possibilità di effettivo esercizio del diritto di esprimere liberamente la propria personalità *anche fuori da questo schema*. Laddove con chiarezza la carta di Nizza stabilisce una serie di "diritti" la cui ragionevole combinazione apre la strada ad una personalizzazione pluralistica di ciascun soggetto nella organizzazione della propria esistenza, al riparo da ingerenze e discriminazioni provenienti dall'esterno, ma anche dall'interno dei propri nuclei originari di appartenenza, in primis dalle famiglie [34].

Come si accennava, questa forma di personalismo marca una differenza concettuale e formale dal personalismo attuato attraverso i diritti sociali. E seppur non possa negarsi che le "figure" istituite attraverso l'introduzione dei diritti sociali esplicitassero una tecnica normativa attenta anche ai profili strettamente personali del benessere che si voleva garantire, non si può nemmeno negare che questa tecnica trovasse la sua ratio anche nella necessità di allargare la platea dei soggetti di mercato, correggendo i meccanismi di distribuzione e stabilizzando le funzioni di produzione e consumo [35]. Le *persone* dei lavoratori, dei piccoli proprietari, dei locatari, individuate in ragione di un concreto rapporto giuridico per la concreta posizione sociale rivestita, modificano profondamente il modello antropologico sottostante al soggetto anonimo di diritto, mettendo sulla scena persone differenti e differentemente trattate in ragione di un concreto *bisogno economico*, ma tutte quante comunque candidate a varcare da protagonisti le porte di accesso al mercato e ad esserne *incluse* [36].

Ma il personalismo esistenziale è altra cosa, e si aggiunge, ancora una volta senza sovrapporsi, al personalismo dei bisogni sociali. Da questo punto di vista, l'universalismo da infrangere non è più quello generato dalle disuguaglianze e dai fallimenti connessi alla astratta libertà di mercato, quanto piuttosto quello indotto dalle convenzioni sociali. O meglio da quelle convenzioni sociali portatrici di un'etica – di un modello di vita – sulla quale la laicità proclamata del diritto moderno non riesce a prevalere. Insomma, la questione del fascio di poteri e diritti inclusi nel cosiddetto diritto all'autodeterminazione della propria esistenza *anche fuori degli schemi dominanti* si atteggia come una questione sistemica, attinente alla capacità del sistema giuridico di amministrare le complesse interferenze tra etica sociale e scelte individuali senza coartare né l'una né le altre.

In questa complessità, prende corpo il tema (di quella generazione) dei diritti della personalità connessi al genere, agli orientamenti sessuali, alla razza, alla diversità religiosa e culturale, alla scelta del modello di vita familiare e della maternità, alle scelte di vita e di morte; come pure ai diritti legati all'età, alla salu-

---

mente organizzati all'interno della istituzione familiare secondo una ferrea logica patriarcale (il marito/padre è il capofamiglia, gerarchicamente sovraordinato agli altri membri) e organicista (la famiglia è un organismo in sé e gli interessi della famiglia prevalgono su quelli dei suoi componenti)". Ciò che appare innegabile, e attribuisce fondamento alle riflessioni che qui si propongono.

[34] G. HOHLOCH, *La protezione della vita familiare nella CEDU e nella Carta dell'UE*, in U. SALANITRO, *Il sistema del diritto di famiglia*, cit. 95; G. Marini, *Diritto alla privacy*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, vol. *Delle persone*, a cura di A. BARBA e S. PAGLIANTINI, Torino, 2013, 199, 203 ss.

[35] Quelle indicate rappresentano le categorie dei cosiddetti "soggetti deboli", destinatari di normative di riequilibrio funzionali ad eliminare e/o compensare storture strutturali e asimmetrie del mercato, sin da quando la dottrina ha preso atto del tema della contrattazione standardizzata, e fino ad oggi, a fronte degli squilibri macroscopici indotti dall'economia digitale. Anche all'interno di tali categorie non vi è dunque totale omogeneità, come si è cercato di argomentare in C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 831, e ID., *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in questa *Rivista*, 2021, 870.

[36] È questa un'idea portante del pensiero di M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto*, cit., 78, 92 ss., con riferimento, invero, a tutti i modelli di soggettività veicolati nelle diverse fasi del diritto moderno, dal soggetto di diritto astratto, al soggetto "lavoratore", al soggetto "consumatore", fino al soggetto frammentato in identità molteplici della contemporaneità, specie quando il genere e l'orientamento sessuale sono assunti all'interno del discorso neoliberale. Così in M.R. MARELLA, *Teoria queer e analisi giuridica*, in M. PELISSERO e A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, Torino, 2022, 37 ss. Ma su questo specifico aspetto, vedi oltre nel testo.



te e alla disabilità, al corpo fisico [37]; insomma a tutte quelle condizioni dell'identità personale occultate dalla maschera della soggettività astratta e poi espulse fuori da questo guscio in ragione del progressivo avanzare di quella che chiamiamo per comodità cultura dei diritti [38], ovvero con termine più complesso ed evocante, biodiritto [39].

Dal punto di vista normativo, cioè della costruzione giuridica della persona, questo tema presenta non poche difficoltà. Come si costruiscono questi diritti, e soprattutto, come si proteggono – sul piano della effettività – le scelte esistenziali personali compiute nel nome di questi diritti? Quali modelli e strumenti normativi sono idonei a governare la complessità indicata? Il problema scaturisce dal fatto che i diritti legati all'esercizio concreto dell'autodeterminazione non hanno sempre il contenuto di una pretesa ad una prestazione determinata che il titolare avanza nei confronti di un terzo (il soggetto pubblico, ad esempio), come si po' invece predicare dei diritti sociali di seconda generazione. Ed infatti, se l'individuazione di categorie di persone in base alla condizione sociale, o al sesso, all'età, alla razza può indurre, come ha indotto, alla creazione di diritti connessi a tali qualità [40], il cui esercizio si rivolge ad ottenere un certo comportamento, non è sempre così per tutti i diritti di autodeterminazione. Qui non si fa questione di incanalare il diritto personale nella struttura binaria del rapporto obbligatorio: il contenuto dei diritti di cui parliamo si esprime piuttosto nella pretesa di non essere discriminati in ragione di quella scelta; ovvero di poter esercitare quel diritto in uno spazio appropriato, il quale – questa volta sì – deve essere reso disponibile e regolato dall'ordinamento. Insomma, ad evitare che la dichiarazione dei diritti si esaurisca nella mera declamazione, ciò che si chiede in punto di effettività è l'istituzione di uno spazio *riservato* di libero esercizio della propria identità così come da ciascuno scelta o percepita, garantito dall'altrui interferenza ostativa, in qualunque forma realizzata. Nella letteratura angloamericana si fa uso del concetto di "*penumbra*", per indicare l'individuazione di uno spazio allargato di privacy, che non contiene solo il tradizionale diritto alla riservatezza, ma tutti i diritti connessi al rispetto delle modalità espressive della propria autodeterminazione (fra queste, ad es., l'aborto come prerogativa femminile) [41].

---

[37] G. MARINI, *La giuridificazione*, cit., 366; P. ZATTI, *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti "dell'uomo"*, in *Liber amicorum per Francesco Donato Busnelli*, Milano, 2008, II, 121; C.M. MAZZONI, *Il corpo nascosto dei giuristi*, *ivi*, I, 265; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 341.

[38] F.D. BUSNELLI, *Ai confini della soggettività*, cit., 55 ss., parla di soggettività per *specificazione, rifrazione, prefigurazione*, riferendosi, rispettivamente, ai soggetti deboli (anziani, disabili, etc.); alle identità multiple che ciascuno si crea, o che si trova ad avere, sul presupposto che l'identità sia strutturalmente ambigua e instabile; al concepito; ma vedi R. FORNASARI, *Il soggetto di diritto frammentato*, in F. BILOTTA e F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto*, cit., 19.

[39] Doveroso il rinvio al *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, I, *Il governo del corpo*, Milano, 2011; cui adde S. AMATO, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino, 2020; e la sintesi utilissima di E. PALMERINI, *Le frontiere del biodiritto*, in *Liber amicorum*, cit., I, 275.

[40] La categoria non solo giuridica della *vulnerabilità* – più che della debolezza – è utilizzata oggi per comprendere sotto un unico concetto più generale figure di persone per le quali il sistema sociale complessivamente inteso non riesce a garantire chance adeguate di esistenza libera e dignitosa, o di accesso alle opportunità sociali di sviluppo. Qui si collocano tutte le politiche di genere, come quelle intese all'inclusione degli anziani, o alla valorizzazione dei minori, o alla "non discriminazione" dello straniero per ragioni di razza o provenienza. Inutile dire che si evoca un insieme di norme assai complesso: una sintesi nel volume di P.E. CORRIAS, E. PIRAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, Napoli, 2021; e nel contributo di P.E. CORRIAS, *Il mercato come risorsa della persona vulnerabile,* in *Riv. dir. civ*., 2022, 968; una sintetica impostazione critica del problema in A. AMENDOLA e M.R. MARELLA, *Editoriale*, al n. 1 della *Riv. crit. dir. priv*., 2022, 3, ancora sul tema della pluralizzazione delle identità e frammentazione della soggettività.

[41] L'utilizzo di questa figura 'astronomica' è sinteticamente tratteggiato nel contributo di G. VIGGIANI, *Il* penumbral reasoning *nella iurisprudenza nordamericana,* in *Jura Gentium*, 2017, 2, 63, per rappresentare l'idea, portata avanti nel celebre caso Griswold v. Connecticut (1965), che nella zona grigia, in tal senso nella penombra, dei diritti garantiti dalla Costituzione si collochi un *fundamental right to privacy,* un *general right* dotato di capacità espansiva, che include una libertà di scelta nelle decisioni sulla propria



Nel nostro ordinamento, il percorso giuridico corretto è quello che parte dai principi costituzionali e dai principi – già menzionati – della Carta di Nizza e in particolare dalla dignità combinata con la libertà e con l'uguaglianza, declinata quest'ultima come divieto di discriminazione, e con la solidarietà. Essi costituiscono il *framework* della protezione della personalità e della identità personale, e non è un caso che i successivi diritti elencati dalla Carta siano distribuiti sotto queste voci. L'insieme di tali diritti disegna esattamente quella sfera di inviolabilità della persona, la sua privacy nel senso più ampio, protetta da interferenze esterne, che contempla innanzitutto la sovranità sul proprio corpo, versione attualizzata dell'*habeas corpus* a contenuto non meramente difensivo, e contestualmente l'autonomia delle proprie decisioni esistenziali sul corpo come sulle scelte identitarie della propria vita [42].

Non è certo questa la sede per esaminare i significati e le conseguenti ricadute del principio della dignità, sul quale l'imponenza e l'importanza della letteratura suggeriscono prudenza [43]. Il mio intento è piuttosto quello di sottolinearne la valenza normativa quale fondamento da cui si origina la costruzione giuridica del pluralismo personalistico, paradigma fondante di uno strumentario variegato di diritti e poteri, ma talora – secondo alcuni – anche di limiti capaci di incidere sulla libertà esistenziale del singolo, come pure su altri processi, sociali tecnici ed economici che interferiscono con l'esplicazione delle libertà del singolo [44].

Provo qui di seguito a dipanare tale complessità.

5. – La dignità legittima innanzitutto il processo di degerarchizzazione e riordino dei ruoli familiari, liberando potenzialmente le persone dal condizionamento di quelli tradizionalmente dominanti, per come istituiti dalle discipline che la legge vi ha dedicato [45]. Gli elementi che compongono lo statuto delle persone nella

---

vita, e un corrispondente limite a carico della legge di intervenire su tali decisioni. In tale zona si colloca, fra gli altri, anche il diritto della coppia all'uso di contraccettivi e il diritto della donna di abortire. In argomento, vedi V. BARSOTTI, *Privacy, aborto ed eutanasia: i penumbra rights nella giurisprudenza della Corte suprema U.S.A.*, in *Corso di diritto comparato. Casi e materiali*, a cura di R. TARCHI, Milano, 1999, 117; e più di recente A. DI MARTINO, *Donne, aborto e costituzione negli Stati Uniti d'America: sviluppi dell'ultimo triennio,* in *Nomos*, 2022, 1, già con riferimento alla controversia poi sfociata nella decisione Dobbs c. Jackson Women's Health Organization, 24 giugno 2022, di cui in nota 6. La categoria dei *penumbra rights* contiene elementi di controvertibilità, nella misura in cui essa richiede una corretta impostazione del suo utilizzo nel contesto proprio dei diritti costituzionali e della relativa interpretazione, in senso estensivo. Il concetto è richiamato da G. MARINI, *La giuridificazione*, cit., 367 in relazione alle esperienze costituzionali tedesca e italiana, nelle quali pure l'adozione sapiente delle tecniche di bilanciamento ha consentito l'espansione dei diritti della personalità.

[42] G. MARINI, *Diritto alla privacy*, cit., 204 ss., ampiamente sulle evoluzioni del concetto di privacy, dagli albori della tutela della riservatezza, alla garanzia circa il controllo delle proprie opinioni, dei propri comportamenti, delle scelte di vita, delle preferenze, e – come a breve vedremo – dei propri dati personali; non solo contro le forme più esplicite del potere, ma soprattutto contro quelle forme talvolta occulte di imposizione esterna di identità, o stili di vita, provenienti dalla tecnologia, o dal mercato, o da altre forme di potere sociale. Senza che ciò comporti l'assunzione gratuita di posizioni oscurantiste.

[43] G. RESTA, *Dignità*, nel *Trattato di Biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, vol. I, Milano, 2010, 259; ID., *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale,* in F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 117; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo,* in *Diritto pubblico*, 2016, 247; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 140, 179 ss.; ID., *Antropologia dell'homo dignus*, in *Storia e memoria*, 2010, 107; M. GRONDONA, *La dignità nel codice civile (1942-2022). Premesse per una discussione*, in *La dignità "del" e "nel" lavoro*, a cura di G. ZILIO GRANDI, Torino, 2023, 107.

[44] Sulle funzioni, a volte antagoniste, assegnate al principio della dignità, vedi M. MONTEROSSI, *Dignità umana e soggettività giuridica*, in F. BILOTTA e F. RAIMONDI (a cura di), *Il soggetto di diritto*, cit., 77, e 81 ss., con riferimento ai casi nei quali la dignità è utilizzata come strumento di protezione dell'individuo, o – al contrario – come fonte di obblighi di comportamento.

[45] Si chiama in causa qui il modello normativo della famiglia fondata sul matrimonio, specie nella versione precedente le riforme segnalate nel testo, capace di istituire gerarchie sociali e condizionamenti a loro volta idonei non solo a replicarsi attraverso



chiave di dignità prima formulata sono molteplici, e ciascuno di essi rappresenta la rottura di un tassello la cui somma restituiva una *societas* per un verso governata all'insegna della coppia potere/soggezione, diversamente distribuita nei vari rapporti orizzontali o verticali cui lo sviluppo della famiglia dava luogo nel tempo, con la nascita dei figli e l'invecchiamento dei genitori. E per altro verso del tutto chiusa verso l'accoglienza di soggetti esterni, o nati "al di fuori di essa" pur se generati da uno dei suoi componenti. Dal principio della parità fra coniugi, al divorzio, al diritto del minore all'ascolto; all'uguaglianza dei figli comunque nati, alla legge sulla procreazione assistita, e così via, la dignità penetra nell'impianto della famiglia, per restituire ai componenti l'autodeterminazione personale sulle condizioni della propria esistenza – la privacy – e con essa la liberazione delle differenze. Ciò che poi proietta ciascuna persona dalla famiglia alla società, dove il principio di non discriminazione assiste – strumento principe – la scelta liberamente effettuata in ordine alle proprie tendenze contro i condizionamenti opposti dai ruoli sociali e dalle relative convenzioni consolidate [46].

In questo ideale percorso del singolo nell'esplicazione della propria personalità, dalla vita all'interno della famiglia, già nell'età minore, alla vita personale e professionale da adulto, la dignità si riarticola nelle funzioni normative che la dottrina ha individuato in termini di difesa, protezione e prestazione: un reticolo di garanzie fatto di diritti a diverso contenuto, ma anche di poteri di scelta in ordine alle proprie condizioni di vita contro ogni ingerenza esterna. Sì da veicolare il principio per il quale la protezione dei valori della persona sia il fine ultimo della società democratica ed il suo principale motore [47].

Nella complessità che contraddistingue il diritto delle persone in questa cornice, a fianco delle garanzie contro la discriminazione, e dei diritti di cui agli artt.7 e 9 delle Carta di Nizza, nascono nelle varie esperienze ordinamentali anche i diritti di scegliere i modelli normativi della propria differenza. Il riferimento è – ancora una volta – alla logica pluralista che presiede alla introduzione delle nuove famiglie, differenti da quelle fondate sul matrimonio. Non intendo descriverne il contenuto normativo, ma mettere in evidenza la peculiarità che questo orientamento normativo verso le differenze esprime nel processo di giuridificazione della persona in funzione della sua autodeterminazione.

Si legge infatti che "*L'emersione dei c.d. nuovi diritti è quasi sempre accompagnata dalla riproposizione – seppure in vesti sempre nuove – del dilemma della differenza: la creazione di aree di diritto disuguale, capaci di assicurare l'espressione di una specificità o di un modo di essere non omologabile alla normalità, conduce alla conseguente stigmatizzazione dei soggetti ai quali il diritto è garantito, mentre il mancato riconoscimento di tali espressioni priva ovviamente i soggetti di tutela, conducendoli verso l'assimilazione nei modelli dominanti*" [48].

---

l'educazione dei figli, ma anche a propagarsi all'esterno della famiglia, nei vari sottosistemi sociali, dall'istruzione, al lavoro, alla formazione dei quadri di governo, e così via. Sia ben chiaro che tale discorso non intende sottoporre a critica ideologica tale modello: intende soltanto svelare la retorica che lo accompagna, con la quale si veicola il messaggio per cui la famiglia sia una "comunità" che sta fuori e prima del diritto, e che il diritto "trova" così com'è nella società, come un fatto "naturale". Laddove è chiaro –tutto al contrario– che tale modello è integralmente istituito dal diritto e dagli istituti giuridici che la legge –anche con il silenzio– stabilisce che siano applicabili o inapplicabili.

[46] Ogni indicazione bibliografica è superflua su questi punti. Ci permettiamo di rinviare al volume *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, a cura di C. CAMARDI, Milano, 2022.

[47] Per tutti G. RESTA, *Dignità*, cit., 277 ss., con riferimento all'insieme dei contenuti positivi che dànno corpo alle tre funzioni indicate nel testo: la difesa da ingerenze pubbliche accompagnata da misure di rispetto della persona; la protezione da violazioni perpetrate anche da soggetti privati; la prestazione a carico dello Stato di misure comunque idonee a garantire le condizioni di sussistenza necessarie per soddisfare i bisogni essenziali.

[48] Così G. MARINI, *La giuridificazione della persona*, cit., 363 ss.



Ciò è quanto può osservarsi per le unioni civili degli omosessuali o i patti di convivenza o le famiglie "altre" e ricomposte, incluse le relative forme di genitorialità che ne scaturiscono nel formante giurisprudenziale [49]: forme che proteggono e riconoscono il diritto di costituirsi una famiglia, ma contemporaneamente stigmatizzano – attraverso il trattamento deteriore e discriminatorio di quella famiglia – la differenza personale che l'ha originata e che si vorrebbe invece proteggere [50]. Ciò che restituisce questo diritto diseguale come una sorta di paradosso, dove l'intento di proteggere e includere rischia di creare meccanismi di esclusione, che il mancato ricorso a quel diritto avrebbe forse evitato, laddove gli stereotipi sociali sono fortemente condizionanti. Come passare da una gabbia all'altra: da quella della segretezza a quella creata dal carattere performativo del diritto differenziato, che rende visibili ma pur sempre funziona attraverso una qualificazione [51].

Le considerazioni appena svolte sollecitano il giurista che assimili dignità e valorizzazione della persona a rivolgersi con sguardo seriamente critico ad un diritto delle differenze personali il cui esito si avvicini a questa paradossale visibilità discriminante. Ed a chiedersi se l'istituzione di soggetti/persone – come le coppie omosessuali – che *non sono uguali agli altri* in ragione della loro sessualità non vada in contraddizione con il portato egalitario che necessariamente connota la dignità. Qui non si fa questione della disuguaglianza sostanziale nel mercato, che richiede e postula la disuguaglianza formale in funzione rimediale delle asimmetrie degli scambi. Qui si fa questione dell'esistenza dignitosa delle persone pur se sessualmente diverse dallo stereotipo dominante. Sorge il dubbio pertanto che l'istituzione di modelli "minori" di convivenza sia un regresso, uno strumento che semplicemente mette in luce il carattere performativo del diritto a dispetto del fine promozionale che lo stesso vorrebbe avere nel momento in cui fornisce all'individuo "diverso" una sua forma, che tuttavia lo imprigiona in questa diversità [52].

6. – Ma il carattere paradigmatico della dignità associata agli altri principi non si ferma qui. Ci sono almeno altri due contesti nei quali essa agisce a rimodellare la libertà di autodeterminazione della persona. Il primo è quello del controllo del proprio corpo. Il secondo – apparentemente diverso – è quello del controllo dei propri dati personali.

Anche in questo caso, la presente sede mi esonera foss'anche dal cominciare la ricognizione delle discipline vigenti in questi campi. Il mio intento è solo quello di evidenziare come il connubio di dignità e libertà rende possibile riorganizzare giuridicamente l'interferenza tra la singola persona e il sistema sociale volta per volta interpellato dalla scelta compiuta nel nome dell'autodeterminazione della propria sfera privata e della

---

[49] Sul tema, A. NICOLUSSI, *Paradigmi della filiazione*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, cit., 269.

[50] Sulla vicenda interna di normazione delle famiglie "altre" vedi M.R. MARELLA, *Qualche notazione sui possibili effetti simbolici e redistributivi della legge Cirinnà,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 231. Una sintesi del dibattito attuale si legge nel Forum *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?,* in *Famiglia e diritto*, 2022, 1038 ss.

[51] In argomento rinviamo di nuovo al pensiero di S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Bari, 2015; e ai contributi contenuti nel volume, *Diritto e persone LGBTQI+*, cit., *passim*.

[52] Come noto, questo è il contenuto della critica radicale svolta dal pensiero cosiddetto *queer* nella cultura nordamericana contro l'istituto del matrimonio e alla sua estensione dimidiata alle coppie non eterosessuali, e contro le *identity politics*. Non si tratta solo di una critica sociale, ma di un'analisi critica dei dispositivi giuridici che istituiscono le soggettività e del carattere performativo del diritto, il quale pur quando volesse concedere diritti e opportunità, finisce per controllare la fisionomia delle persone, discriminandole. Per questa prospettiva, argomentata attraverso l'analisi di alcune gravi criticità della legge Cirinnà sulle unioni civili, vedi M.R. MARELLA, *Teoria queer e analisi giuridica*, in M. PELISSERO e A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+,* cit. 31.



propria identità. E viceversa, come l'invadenza realizzata o tentata da parte di un sistema sociale sulla sfera privata del singolo possa essere governata nel nome della protezione e dell'autocontrollo della sfera privata.

Il primo contesto è il terreno caldo della vita, della morte e della cura e disponibilità del corpo. Qui l'interferenza tra l'etica nella quale il singolo individua la misura della propria dignità, e l'etica nella quale la società può in senso contrario individuare la giusta via da seguire non segue indirizzi unitari. Mentre è forte l'ingerenza della tecnologia, che moltiplica il novero delle possibili scelte che alternativamente si offrono alla persona su questo terreno.

I temi sono noti. Un primo ambito è dato principalmente dalle questioni legate alle scelte esistenziali in senso stretto: dall'interruzione della gravidanza, alla maternità surrogata, al suicidio assistito invocando la dignità della morte, all'interruzione delle cure sanitarie per un paziente clinicamente morto [53]. Qui il tema giuridico non attiene al riconoscimento identitario di diritti intesi a rimediare alla stigmatizzazione sociale generata dagli stereotipi dominanti, e supera dunque il profilo fin qui esaminato della frammentazione delle identità in ragione della scelta di vivere secondo un "proprio" orientamento. Qui la dignità agisce come paradigma puro di autodeterminazione sulla propria ed in parte sull'altrui esistenza, sebbene sia evidente come i due profili si intreccino allorché l'autodeterminazione si inserisce nel contesto esistenziale di persone le cui condizioni di vita sono "conformate" dal diritto differenziato: ciò che avviene, ad esempio, nella gestione delle chances di genitorialità delle coppie omosessuali, anche attraverso il richiamo del principio generale del *best interest of the child* [54].

La casistica restituisce un quadro controverso, che stenta a trovare le linee guida di un compiuto progetto normativo aperto alla piena autodeterminazione delle scelte individuali, e si esprime piuttosto nella amministrazione giurisdizionale, attraverso il dialogo continuo delle varie Corti, di conflitti che presentano una doppia cifra problematica già sul piano delle fonti. Quella dell'interferenza tra diritto nazionale e diritto europeo; e quella internazionalistica che si specifica nelle richieste di riconoscimento di figli nati all'estero da maternità surrogata [55].

Un altro connesso terreno sul quale la dignità si offre come paradigma all'insegna del quale valorizzare, prima ancora che determinate scelte esistenziali, l'identità del singolo in quanto tale, è quello della identità di genere, più in particolare il tema dell'autopercezione di sé, specie da parte dei minori ancora in formazione. Un tema che assume connotati drammatici a fronte della diffusione dei cosiddetti "trattamenti di conversio-

---

[53] Sul tema del fine vita si rinvia semplicemente alla recente decisione della Corte costituzionale 2 marzo 2022, n. 50, sulla quale vedi il commento di M. Azzalini, *La "scala Shepard" del fine vita. La Consulta e l'impervia road map dell'aiuto nel morire, tra tutela della vita e diritto al proprio sé,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, 421, e di M. Fortino, *Prime note sulla pronuncia della Corte costituzionale n. 50/2022*, ibidem, 449.

[54] M.C. Venuti, *La genitorialità nella coppia omoaffettiva*, in U. Salanitro (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, cit., 291.

[55] Sul tema della maternità surrogata, nella sua incidenza sul riconoscimento di figli nati all'estero ad opera di coppie omoaffettive, vale la pena ricordare la recentissima decisione di Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, reperibile in *Onelegale*, di cui riportiamo la massima: *Deve escludersi la trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e dell'originario atto di nascita, che indichi quale genitore il padre d'intenzione del bambino nato da gestazione per altri. L'instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del miglior interesse del minore non si coniugano infatti con l'automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza: quella valutazione di concretezza che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello status, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale.* Un commento sul tema è quello di A. Morace Pinelli, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Famiglia e diritto*, 2022, 1175; e con riferimento alla posizione della Corte di Giustizia, M.C. Baruffi, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, *ivi*, 1093.



ne" dell'orientamento sessuale, praticati nei confronti di omosessuali, bisessuali o transessuali, al fine di sanare una presunta patologia mentale e ricostituire una identità "normale". Quanto simili trattamenti, ove imposti a prescindere dalla scelta dell'interessato, siano contrari non solo al principio della dignità, ma – come giustamente osservato – a diversi nuclei logico normativi, è conclusione sulla quale non dovrebbero sorgere dubbi [56]. E però, tale certezza non risolve il problema della garanzia di rispetto dovuta all'autopercezione della propria identità sessuale, anche quando è incerta, in transizione o doppia, e specie nei confronti dei minori all'interno della famiglia, in ragione del fatto che meccanismi di esclusione e di discriminazione possono essere messi in atto a prescindere dall'imposizione di trattamenti chirurgici invasivi, di per sé sottoposti al rispetto del principio della inviolabilità dell'integrità personale e all'*habeas corpus*. Ricorrendo piuttosto a terapie farmacologiche o psicologiche o altri condizionamenti mentali più soft ma non meno dannosi dei primi, intesi ad imporre l'orientamento sessuale corrispondente al sesso ufficiale.

Rispetto alle problematiche esistenziali prima indicate, quella dell'autopercezione di sé non dispone al momento in Italia di nessuno strumento normativo specifico di protezione [57-58], salva l'applicazione di tutti i principi costituzionali che possono invocarsi a protezione dell'identità, e delle altre normative che possono nelle concrete fattispecie offrire rimedio alla lesione della dignità (dalla responsabilità dei genitori a quella dei sanitari) [59].

Si è fin qui rappresentata la strategia operazionale della dignità quale paradigma di costruzione della persona in funzione dell'autodeterminazione della propria identità e della scelta della propria esistenza, cioè in funzione di *empowerment* delle prerogative del soggetto [60].

Ma l'art. 3 della Carta di Nizza, dopo aver disposto che ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica", introduce al comma 2 una serie di divieti contro talune libertà bioteconologiche reputate lesive della dignità, ma in quanto riferibile all'uomo, piuttosto che al singolo. Ed infatti, la formulazione lette-

---

[56] Per tutti, V. PESCATORE, *La legge tedesca sui trattamenti di conversione: al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all'identità personale*, in *Identità sessuale e autopercezione di sé. Riflessioni a margine della legge tedesca sui "trattamenti di conversione"*, Torino, 2021, 6 ss.

[57] Sarebbe meglio dire che nessuno degli strumenti normativi proposti ha superato l'iter parlamentare, dal cosiddetto disegno di legge Zan (sul quale vedi *supra*, nota 5), al disegno di legge 17 maggio 2016, n. 2402, contenente Norme di contrasto – anche penali – alle terapie di conversione dell'orientamento sessuale dei minori. Si deve tuttavia ricordare l'orientamento della Cassazione e della stessa Corte costituzionale (sentenza 5 novembre 2015 n. 221) secondo il quale, in base ad interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 31 comma 4 del d.lgs. n. 2011/150, per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile non è più obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri anatomici primari, quando venga accertata la serietà, univocità e definitività del percorso di transizione scelto dall'individuo. Il trattamento chirurgico, dunque, rimane uno strumento eventuale.

[58] Va inoltre menzionato l'utilizzo, come buona prassi scolastica, della cosiddetta "Carriera alias", mediante la quale, nel richiamo di alcune normative di riferimento (dalla disciplina sulla rettificazione di sesso, alle risoluzioni europee in materia), si permette agli studenti che lo richiedano di utilizzare durante il percorso scolastico un nome di elezione diverso rispetto a quello anagrafico, allorquando la percezione di sé non corrisponda al sesso registrato nell'atto di nascita. Si tratta di un accordo di riservatezza, assunto nel nome della tutela della dignità e della privacy, a valenza interna e di durata provvisoria, corrispondente a quella della carriera scolastica o universitaria. Uno strumento che, come tutti quelli che si incaricano di assumere una differenza a presupposto di una disciplina *ad hoc*, va sottoposto ad una valutazione che sappia dire – per quanto ciò riapra il dilemma delle differenze – se l'efficacia del rimedio in fase di attuazione non sia paralizzata da un effetto di stigmatizzazione peggiore del "problema" che si vuol curare.

[59] In Germania invece è stata approvata nel 2020 un'apposita legge per la protezione dai trattamenti di conversione a vantaggio delle persone vulnerabili, specie i minori, per i quali vige un divieto di trattamento. Sui contenuti di tale normativa si veda F. BERTELLI, *La protezione dai trattamenti di conversione nei sistemi giuridici italiano e tedesco*; S. CACACE, *Il consenso ai trattamenti di conversione sessuale*, entrambi in V. PESCATORE (a cura di), *Identità sessuale*, cit., rispettivamente 25 e 151; A. LORENZETTI, *Le persone intersex nel diritto antidiscriminatorio: fra vuoti normativi e necessità di protezione*, in M. PELISSERO e A. VERCELLONE (a cura di), *Diritto e persone LGBTQI+*, cit. 163.

[60] G. RESTA, *Dignità*, cit., 265; M.W. MONTEROSSI, *Dignità umana e soggettività giuridica*, cit., 81.



rale dei divieti di cui al comma 2 (il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro, il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani) allude a pratiche scientifiche finalizzate al controllo del genere umano, e non a trattamenti sanitari o pratiche individuali che invocano la dignità della singola persona; le quali chiamano in causa "un'idea meta-soggettiva di dignità, che trascende il singolo per abbracciare l'intera comunità".

Il tema è dunque quello di evitare lo scivolamento concettuale da una nozione di dignità funzionale all'autodeterminazione del singolo, ad una dignità "imposta" frutto di un'etica pubblica, con il rischio di contraddire l'intero spirito della Carta. Esito da rifuggire con forza, se è vero che la dignità del singolo necessita di uno scudo esterno che non si esaurisce nei divieti di discriminazione, ma richiede un limite generale di sistema che impedisca che il singolo sia per altro verso ridotto ad un prodotto eterodeterminato e prefabbricato, o altrimenti ridotto a "cosa" attraverso la legittimazione del mercato delle sue singole parti. Quei divieti, dunque, proteggono la *dignità umana*, non tanto come improbabile nozione etica o giusnaturalistica, quanto come essenza ultima del diritto di essere e diventare persona secondo la propria identità, e non in quanto prodotto di un'identità eterodeterminata [61].

Laddove questa interferenza non sia presente, e si controverta invece dell'autorappresentazione della dignità della propria vita, senza che questa interferisca con la rappresentazione della dignità umana come sopra definita, la prevalenza della prima, quale espressione dell'autodeterminazione della sfera privata non sembra possa essere messa in discussione [62].

7. – Sul terreno analitico al quale adesso si fa cenno, la problematica dello statuto personale presenta connotati ancora differenti. Qui non si tratta di bilanciare scelte private e stereotipi sociali, preservando l'identità delle persone dai pericoli dello Stato etico o delle convenzioni sociali. Si tratta piuttosto di arginare l'invadenza di altri sistemi e poteri – quello economico in combinazione con quello tecnologico – nei confronti della sfera personale privata.

La felice metafora di Rodotà, quella del corpo elettronico [63], restituisce l'esatta percezione del problema. Da una parte la proiezione del corpo nella società dell'informazione digitale rende plasticamente l'idea dello sdoppiamento dell'uomo e della sua identità nel cyberspazio, secondo la percezione di sé che volta per volta si vuole manifestare; dall'altra, la spinta al potenziamento di tale proiezione da parte di una incessante produzione di servizi che assorbono informazioni, le rielaborano attraverso potenti strumenti di intelligenza artificiale e creano personalità "aggiuntive", potenzialmente in grado di reagire sulla persona e di condizionare i suoi comportamenti.

Si ripropone così il tema della eterodeterminazione delle scelte individuali, e di conseguenza quello della neutralizzazione di eventuali effetti di discriminazione ideologica o sociale [64]. In tal senso si parla di "colo-

---

[61] G. RESTA, *op. cit. loc. cit*. e 271 ss.; J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002, in particolare 19, 32 ss.

[62] Qui il riferimento è a quelle scelte individuali il cui contenuto può turbare una più diffusa percezione della dignità da parte della comunità di riferimento (*leading case*: il gioco del lancio dei nani dal cannone di un circo). Rispetto alle quali un criterio di bilanciamento potrebbe essere quello di valutare – nelle diverse circostanze – se la loro diffusione abbia o meno impatto condizionante sulle altrui scelte di vita, precludendo libere scelte secondo la propria identità.

[63] S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, in *Politica del diritto*, 2006, 3, e poi *Il diritto di avere diritti,* cit., 312 ss.

[64] D. MESSINETTI, *Identità telematiche, identità individuali*, nick name. *Il problema delle tutele giuridiche*, in *Liber amicorum per*



nizzazione" della vita personale da parte della tecnica e della scienza, come pure di "capitalismo estrattivo" [65], espressioni metaforiche che sottolineano la gravità del rischio al quale la persona è esposta di diventare "*una miniera a cielo aperto dove chiunque può attingere qualsiasi informazione e così costruire profili individuali, familiari, di gruppo, facendo così divenire la persona l'oggetto di poteri esterni, che possono falsificarla, costruirla in forme coerenti ai bisogni di una società della sorveglianza, della selezione sociale, del calcolo economico*" [66].

La dignità in combinazione con la libertà sono i principi chiamati a sorreggere un nuovo apparato di diritti che questa volta non è possibile desumere né dalla loro combinazione e nemmeno dalla mera previsione del diritto personale alla privacy introdotto dalla Carta di Nizza. Una tecnica interpretativa simile a quella già illustrata dei *penumbra rights*, infatti, sarebbe del tutto insufficiente a fronte dell'aggressività e della potenza sfoderata dal sistema delle tecnologie digitali e dalla incontrollabile estensione del suo mercato.

L'attenzione va dunque al Regolamento UE n.679 del 2016, il GDPR, al bilanciamento da questo attuato (all'art.1) fra il principio di riserva del controllo dei dati personali in capo al singolo e il principio della loro libera circolazione. Lo strumentario protettivo della persona dunque si riarticola qui lungo una cifra codicistica, che il menzionato, evidente, carattere pervasivo del fenomeno configura necessariamente a vocazione tendenzialmente universale [67]. Per un verso la persona – che diventa l'interessato – è assunta quale destinataria di una serie di diritti specifici e di rimedi, che dànno forma al moderno diritto alla privacy inteso come diritto generale a mantenere *sempre* il controllo dei propri dati personali, anche e soprattutto quando gli stessi vengono "ceduti" e disseminati nella rete. Per altro verso il prestatore di servizi che opera la raccolta e il trattamento – che diviene il titolare – è destinatario di una serie di corrispondenti obblighi di comportamento, ma anche di organizzazione, intesi a governare il processo del trattamento anche in funzione di protezione della persona e a strutturare l'attività secondo un principio di approccio basato sul rischio e di *accountability*.

Un modello di tutela originale, che si ripropone – come già il modello progenitore della privacy individuale – come schema generalizzabile ed espansivo di tutela della persona, seppur con una ratio in parte più ampia e in parte diversa: quella di impedire che la persona, e la sua autodeterminazione, siano meccanicamente e *inconsapevolmente* inglobati nel funzionamento di un sistema sociale pervasivo e onnipresente nella vita quotidiana, fino ad esserne travolte.

Rispetto al modello originario del diritto di privacy delineato all'insegna della dignità, prettamente inteso a costruire una sfera – la più ampia possibile – di autodeterminazione sulla propria dimensione esistenziale (dalla riservatezza alla "sovranità" sul proprio corpo), il modello di privacy proposto oggi dal GDPR si contraddistingue per il suo carattere *sistemico*. Per il suo essere cioè rivolto non tanto ad impedire i *comportamenti* di chiunque voglia violare la privacy individuale, quanto piuttosto alla regolazione di un sottosistema

---

Francesco D. Busnelli, cit., 75; G. Resta, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 2007, 511 ss.; Id., *Governare l'innovazione tecnologica. Decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza,* in *Politica del diritto*, 2019, 199; A.C. Di Landro, *Big data. Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020, 97 ss.; G. Alpa, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione,* in *Contr. e impr*., 2017, 723 ss.; A. La Spina, *Complessità e identità personale*, cit., 263, 326 ss. Si rinvia da ultimo ai contributi presenti nel volume *SMART. La persona e l'infosfera*, a cura di U. Salanitro, Pisa, 2022.

[65] A. La Spina, *Complessità e identità personale*, cit. 417 ss., sui rischi di spersonalizzazione dell'identità indotti dal meccanismo circolare di uscita e successivo rientro dei dati attraverso i meccanismi di profilazione.

[66] L'espressione è sempre di S. Rodotà, *Antropologia dell'homo dignus*, cit., 9.

[67] Per una comprensione analitica dei contenuti normativi del GDPR, nell'ambito di una letteratura ormai sterminata, rinviamo al *Codice della privacy e data protection*, a cura di R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta, Milano, 2022, intelligentemente commentato dando rilievo alla pluralità delle fonti, da quella internazionale a quella nazionale, a sottolineare il portato di un moderno ordinamento multilevel.



sociale – quello della comunicazione e dell'economia *data driven* – che si muove con logica propria, in forma organizzata e con carattere tipicamente massivo. Il pericolo della lesione dei diritti personali, infatti, si riconduce all'effetto – per così dire fisiologico – dell'attività dei protagonisti di questo sistema, incentrata sull'elaborazione "intelligente" di masse sterminate di dati in formato digitale. In tal senso la lesione della persona è più spesso collettiva e di massa, che non individuale.

Non si tratta perciò di neutralizzare l'atto discriminatorio o limitativo di un soggetto – fosse anche lo Stato – che ostacola la privacy di una singola persona, ma di arginare un rischio sistemico messo in atto da soggetti – come le piattaforme digitali – che operano su scala globale, con una logica autonoma e nei confronti di un numero incalcolabile di persone. Qui la funzione dei diritti fondamentali quale dispositivo di neutralizzazione di un potere è ancor più evidente [68].

Questa considerazione spiega anche un altro elemento normativo del progetto di governance digitale alla cui costruzione assistiamo nell'UE. Il fatto cioè che al suo interno il legislatore europeo stia via via riproponendo la stessa frammentazione di persone che abbiamo già conosciuto nella ordinaria regolamentazione dei rapporti economico-sociali. A fianco del consumatore digitale, replica del consumatore ordinario *off line*, appaiono gli utenti commerciali digitali, replica delle piccole imprese che operano in condizioni fisiologiche di dipendenza economica; come appaiono gli *internet service providers*, replica dei professionisti, ma in versione digitale; o i minori on line che "giocano" nei social, per non parlare dei lavoratori su piattaforma o dei *riders*, e così via. Emerge in tal modo l'intento esplicito di replicare nel diritto digitale globale – il mondo cosiddetto *on life* – le figure di persone già protagoniste della vita off line, forti o fragili che siano.

Ed anche nel contesto di questo processo ancora in evoluzione, il nuovo modello della privacy digitale diventa modello generale reiterabile di tutela della persona, anzi esportabile. Lo si vede dalla riproposizione della struttura regolatoria del GDPR nei Regolamenti più direttamente rivolti a governare l'attività delle piattaforme, specie le più grandi o *gatekeeper*, e comunque dei software implementati da sistemi di intelligenza artificiale. Anche qui, alla codificazione di diritti e obblighi dei soggetti strutturati come parti dei rapporti volta per volta disciplinati e delle *persone* con le quali interloquiscono, si accompagna l'*enforcement* pubblico, evidente nella previsione di Autorità di settore, con poteri di vigilanza e sanzionatori, e nella disposizione "a rete" delle strutture di *governance* europea [69].

---

[68] Seppur in maniera semplificata, stiamo adottando una lettura di queste tecniche normative attraverso le categorie analitiche della complessità, in particolare – per questi aspetti – nella versione teorica di G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, *in La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Roma, 2005, 57 ss.; ID., *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale stato-centrica*, *ivi*, 105; e adesso R. PRANDINI, G. TEUBNER, *La (auto)sovversione del diritto: ambiguità e paradossi del sistema immunitario della società*, Milano, 2022, 41, 235 ss., ove l'originale teoria dei diritti fondamentali come dispositivo collettivo immunitario da opporre alle cosiddette "matrici anonime": cioè, processi sociali impersonali, asserventi e a tendenza totalitaria (attribuibili ad attori umani solo per questioni di comunicabilità), come la tecnologia, i media o l'economia; laddove essi minacciano, ad esempio, l'integrità dell'arte, della famiglia, della religione, delle persone. Una ricostruzione attenta dello scenario dei rapporti digitali a livello globale si legge in S. MANNONI, G. STAZI, *Sovranità.com. Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Napoli, 2021, il cui titolo plasticamente allude al tema del controllo della posizione monopolistica assunta dalle grandi piattaforme nel mercato digitale globale.

[69] Il riferimento è agli atti che compongono il pacchetto della governance digitale: dal Regolamento sull'AI, al Digital services Act, al Digital market Act, ai Data Act. La questione trova oggi una sua cornice più istituzionale nella decisione (UE) 2022/2481 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che istituisce il *Programma strategico per il decennio digitale 2030,* visibile al link *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022D2481&from=EN*.



8. – Che dire all'esito di queste riflessioni? Credo ci siano alcuni aspetti da mettere in luce nella complessità multilevel che il quadro manifesta.

Il primo concerne la permanenza di un'aspirazione universalistica nella costituzione delle figure di persone. Ad uno sguardo dall'alto, alla figura universale del soggetto persona fisica "capace" si affianca la figura a valenza universale della persona titolare della sua dignità, libera e inviolabile. E se la prima assolve all'irrinunciabile compito di consentire l'attribuzione di diritti, pretese e obblighi nella cifra dell'uguaglianza formale, cioè l'accesso al mondo del diritto; la seconda assolve all'irrinunciabile compito di garantire a ciascuno l'inviolabilità di una sfera personale di identità, integrità e autodeterminazione, nella cifra assiologica del riconoscimento della unicità dell'essere umano.

Intorno a queste due figure, una fenomenologia normativa sollecitata dalla complessificazione dei sistemi sociali nei quali l'individuo è immerso, vuoi per effetto della tecnologia nelle sue applicazioni al mercato o alla stessa vita dell'uomo, vuoi per effetto dei paralleli meccanismi di globalizzazione anche culturale, ha generato l'emersione frammentata di figure personali istituite alla luce di criteri non universali, ma parziali (l'età, il sesso, l'orientamento sessuale, etc.), ovvero in ragione della peculiarità dei rapporti o dei contesti nei quali l'esperienza dell'individuo si sviluppa (la moltiplicazione degli scambi di consumo; l'avvento della digitalizzazione o le chance offerte dalle biotecnologie; la gestione della propria vita familiare).

In questo scenario, un tema di primo piano per il giurista che si interroghi sulle sorti della forma "codice" è quello di una possibile sistematica degli statuti personali, da applicare al diritto delle persone. Ho qualche dubbio che ciò sia possibile, o comunque non nel senso nel quale la sistematica giuridica si è sviluppata quando la forma "codice" dominava il diritto privato e racchiudeva al suo interno pressocché tutti i modelli regolatori dei rapporti privati.

Oggi la dominanza del pluralismo normativo, in tutti i suoi significati, primo fra tutti quello delle fonti, impedisce il più delle volte che la soluzione di un problema possa sistematicamente elaborarsi da un solo punto di vista. Non solo, ma in questa materia la complessità delle esperienze della persona e la contestualità delle relative manifestazioni chiama in causa una pluralità di modelli normativi di riferimento, che l'interprete è costretto a combinare e a bilanciare in assenza di una di una dogmatica, cui assegnare a priori una primazia gerarchica. Si pensi – giusto per esemplificare – alla combinazione di norme da invocare a fronte dell'esperienza personale di un minore alle prese con un social: qui entrano in gioco alcuni e non irrilevanti aspetti della sua persona, quello del rapporto con i genitori, quello del rispetto della sua autodeterminazione nel rivendicare l'accesso al social quale forma di esplicazione della personalità, quello del rispetto della sua autodeterminazione nel rapporto con il social, una volta realizzato l'accesso, e ovviamente quello della protezione della ancora non risolta fragilità. Non c'è un punto di vista prevalente: per ciascuno di questi aspetti la sua persona ha sempre un ruolo e quello dei genitori non nasce per definizione sovraordinato.

E si pensi ancora, per riprendere un tema sempre irrisolto, la complessità fattuale e giuridica da amministrare nelle controversie sul riconoscimento degli atti di nascita di creature nate all'estero da maternità surrogata, quando i richiedenti genitori sono partner di coppia omosessuale. Anche qui, il bilanciamento tra i principi che tutelano la libertà di costituirsi una famiglia, l'ordine pubblico interno e internazionale, e il *best interest of the child*, non ha finora assicurato margini di certezza accettabili [70].

Se questo è vero, più che una sistematica nel senso tradizionale, l'interprete è chiamato ad elaborare una metodologia del bilanciamento, tracciando i limiti ultimi della compressione dell'autodeterminazione della persona di fronte alle interferenze che la minacciano, ed il limite massimo di tali interferenze. Questa indica-

[70] E si veda l'ultima decisione della Suprema Corte a Sezioni unite, di cui nella nota 50.



zione non nasce da un presupposto ideologico, quanto piuttosto dalla presa d'atto della ratio che ha condotto al processo di frantumazione del soggetto nella pluralità delle "persone" alle quali si è dato specifico diritto di cittadinanza, come dalla conseguente struttura delle norme fondamentali che li riguardano. La centralità della dimensione esistenziale della persona e la contestuale affermazione della singolarità dell'essere umano nella sua unicità, entrambe centrate sul parametro della dignità, sono il punto di partenza di ogni discorso sulle persone, da sviluppare contestualmente alla luce delle *rationes* che presiedono alla disciplina delle differenti figure umane categorizzate in ragione di un criterio parziale aggregante (il sesso, l'età, piuttosto che il compimento di taluni atti). Ciò che allontana qualunque forma di sistematica dalla quale trarre soluzioni per così dire conformi a uno schema o desumibili da una regola generale, e spinge verso un'*ars combinatoria* illuminata dalla concretezza delle circostanze di fatto. Si pensi al principio del *best interest of the child*, ed alla sua potenzialità demolitoria delle regole della genitorialità; ovvero al principio della parità di genere, o al diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale. Tutti principi la cui declinazione richiede l'immersione nel concreto della dimensione esistenziale degli interessati e del rispetto della loro dignità.

Di qui un altro aspetto problematico, l'effettività della tutela offerta, e la difficoltà di costruire strumenti rimediali, sia quando si tratta di garantire il principio di autodeterminazione nelle questioni che più direttamente coinvolgono il corpo o le scelte della vita (dall'aborto alle scelte in materia di natalità o di morte); sia quando si tratta di delineare uno statuto di piena protezione delle persone ritenute meritevoli di "loro" differenti diritti (si pensi alle questioni generate dalle preferenze e dagli orientamenti sessuali non coerenti con i dati anatomici, o alla parità di genere).

Si è già evidenziato al proposito il tema del dilemma delle differenze, tra segreto della propria diversità ed esplicita rivendicazione della stessa, ma con il peso della sempre possibile stigmatizzazione sociale. Come pure si è evidenziata la criticità del riconoscimento normativo di uno statuto personale specifico (ad esempio le unioni civili per le coppie omosessuali) declinato in forma del tutto asimmetrica rispetto allo statuto generale ritenuto "normale" (il matrimonio eterosessuale): scelta che lascia permanere il dubbio che dietro al riconoscimento di quelle "persone" continui ad albergare l'idea di una diversità quale forma di devianza da correggere, piuttosto che l'idea di valorizzare una scelta esistenziale.

Ma a queste serie considerazioni teoriche vanno aggiunte anche quelle che alimentano un pensiero critico più radicale, e che mettono fortemente in dubbio che una riduzione a fattispecie del diritto alla propria dimensione esistenziale, costruita per differenza dallo stereotipo socialmente consolidato, sia idonea allo scopo, se lo scopo è quello di realizzare libertà e dignità nelle scelte relative alla sfera privata. Questa critica mette al centro del discorso la faccia performativa del diritto o la sua permanente ambiguità: quella per la quale mentre protegge la norma classifica, e classificando ghettizza o introduce comunque uno standard di disciplinamento il cui effetto sociale è solo apparentemente inclusivo, ma in realtà esclude chi ne sta fuori alla stessa maniera in cui lo schema normativo consolidato o stereotipato esclude chi non lo adotta. Una forma di omologazione che esibisce una non poco evidente incoerenza rispetto a quel principio di valorizzazione della differenza e rifiuto dei modelli dominanti che – nel nome della dignità – si è ufficialmente posto alla base della normativa di protezione della differenza [71].

Dal punto di vista di chi intende mettere a fuoco, come in questa sede, l'efficacia delle diverse forme re-

[71] Rinviamo ancora al proposito alle interessanti riflessioni di M.R. MARELLA, riportate in *Teoria queer e analisi giuridica*, cit., *passim*, su tale pensiero critico che rifiuta la normatività come dimensione del diverso sessuale, e si oppone tout court al matrimonio, in qualunque forma disciplinato, come istituto che finisce comunque con lo stigmatizzare chi non lo pratica.



golative degli status personali, queste critiche, sebbene non riferibili in assoluto a tutte le figure personali generate dal processo di frantumazione del soggetto astratto, non sono irrilevanti. Esse inducono piuttosto a considerare altri strumenti regolativi, che non spingono verso forme di disciplinamento analitico o schematizzante dei diritti di protezione, ma valorizzano la libertà di scelta delle persone in un contesto che le mette effettivamente nelle condizioni di scegliere. Ricompongono il rapporto tra dignità e libertà affidando la realizzazione della prima alle opportunità che la seconda dovrebbe garantire attraverso un potere di scelta che la legge dovrebbe implementare.

Il riferimento che in conclusione vorrei fare, semplicemente con una citazione letteraria, è un rinvio ad una pista di ricerca. Sollecitata da uno studio di Francesco Busnelli e Valentina Calderai [72] sto pensando all'approccio cosiddetto delle *capability*, teorizzato da Amartya Sen e da Marta Nussbaum, nel contesto degli studi economici sulla lotta alle povertà e alle disuguaglianze; e sviluppato dalla seconda nei suoi studi sulla condizione femminile in India, posti alla base di un volume del 2000 significativamente intitolato "Diventare persone" (in originale *Women and Human development*) [73].

Profondamente influenzata dalla matrice filosofica kantiana dell'uomo come fine e non come mezzo, da una parte; e dalla metodologia tipica dell'analisi economica intesa alla valorizzazione delle preferenze degli attori sociali, dall'altra; in costante dialogo con la filosofia politica liberale e le teorie della giustizia, Martha Nussbaum contesta l'origine naturale della famiglia, ne argomenta la natura di istituzione artificiale prodotta dallo Stato e significativamente parte da qui per sviluppare il suo approccio delle capacità.

È difficile cogliere la nozione di capacità se non ci si libera da quella giuridico formale alla quale siamo abituati. Nel discorso di Nussbaum, capacità indica "ciò che le persone sono in grado di fare e di essere, avendo come modello l'idea intuitiva di una vita che sia *degna della dignità di un essere umano*" [74]. Essa nulla ha a che vedere con il meccanismo di imputazione delle situazioni giuridiche, non esprime la titolarità di un diritto, quanto piuttosto la possibilità concreta ed effettiva di accedere ai processi di partecipazione sociale, alla vita di comunità, in un contesto in cui la libertà di opzione non è coartata sulla base di ruoli precostituiti e immutabili**.** Le capacità avvicinano dunque alle libertà di scelta in assenza di ostacoli non scalabili, ma in un contesto connotato da un'idea elevata di dignità e qualità della vita. Nussbaum non è giurista, pur se dotata di una sensibilità istituzionale, ma i suoi strumenti analitici e discorsivi rappresentano per il giurista una pista originale e utile per dimensionare la fenomenologia dei diritti della persona in una chiave di effettività. Con tali strumenti, lontani dalla cifra deontica della normatività classica, ella individua una "lista" di capacità adeguate all'idea di un essere umano "dignitosamente libero", articolate intorno alla durata della vita, all'integrità fisica, alla salute fisica, ai sensi di immaginazione e pensiero, alla ragione pratica, al controllo del proprio ambiente, e perché no anche al gioco. Compito del soggetto regolatore sarebbe dunque quello di garantire l'accessibilità a tali funzioni, la libertà di tutti di scegliere e decidere. Più che una moltiplicazione di diritti, dunque, l'implementazione del diritto ad un'esistenza libera e dignitosa: come si legge negli artt.3-36 della nostra Costituzione [75].

Il giurista tradizionale può forse esprimere diffidenza verso queste prospettive, più vicine alla filosofia

---

[72] F.D. Busnelli, V. Calderai, *Declinazioni della persona: un itinerario dal diritto privato al diritto internazionale (passando dal diritto costituzionale),* in *Giur. it*., 2010, 9 ss. (da *Onelegale*), con non implicite punte di critica verso l'universalismo astratto dei diritti.

[73] A. Sen, *Globalizzazione e libertà*, Milano, 2002; M.C. Nussbaum, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna, 2001.

[74] M.C. Nussbaum, *Diventare persone*, cit., 19.

[75] M.C. Nussbaum, *Diventare persone*, cit., 92, 97 ss.



politica e meno attrezzate dal punto di vista della tecnica di costruzione delle norme. E tuttavia credo che la diligenza e la curiosità dovrebbero consentire di prestare attenzione ad alcune fenomenologie normative che di recente hanno imboccato una strategia di tutela delle persone non lontana dall'approccio basato sulle capacità. Penso alla recentissima legge francese sulla parità di genere. Non troviamo solo la generale – e sempre necessaria – proclamazione dei diritti delle donne: si legge invece dell'adozione di "misure per la vita quotidiana delle donne", come la disponibilità esclusiva di un conto corrente bancario, nel quale accreditare lo stipendio, con l'obiettivo di non privare mai la donna della sua indipendenza economica; si legge di prestazioni varie di assistenza per il ritorno al lavoro, a partire dagli asili nido; si legge della possibilità del telelavoro per le gestanti; e del sostegno dell'imprenditoria femminile. Si legge poi della pubblicazione di un indice di parità da parte degli istituti di istruzione e di un tasso minimo femminile del 50% nelle commissioni di selezione, come le quote del 40% negli organi aziendali, e così via. Non un catalogo di diritti, ma piuttosto di opportunità strumentali allo sviluppo di capacità [76]!

Un altro esempio è il *Gender equality plan* adottato negli Atenei italiani ed europei. Esso è imposto dalla Commissione europea quale condizione per avere accesso ai fondi di cui al programma Horizon 2021-2027. Ed è anche menzionato nel PNRR quale condizione per accedere ai relativi fondi, seppure con altre formule, che si richiamano anche ai Bilanci di genere. Dunque è uno strumento necessario di accompagnamento della strategia e del ciclo di programmazione degli Atenei. Esso richiede di condurre valutazioni d'impatto, correzioni del bias di genere e relativi processi di monitoraggio [77].

Ha tutto questo a che fare con lo statuto normativo delle persone? Quantomeno, l'interrogativo va posto, ed anche elaborato.

[76] Legge 24 dicembre 2021 sulla parità di genere economica e professionale, in Note dell'Osservatorio della legislazione straniera, a cura della Camera dei deputati, marzo 2022.

[77] Commissione europea, Direzione generale della Ricerca e dell'innovazione, Horizon Europe guidance on gender equality plans, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2021, *https://data.europa.eu/doi/10.2777/876509*.



ENRICO DAMIANI

Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Macerata

L'IMPATTO DELLA PANDEMIA E DELLA GUERRA SUL DIRITTO DEI CONTRATTI

SOMMARIO: *1. La "sciagurata coincidenza*[1]*". Spunti di comparazione diacronica tra emergenze. – 2. Sintesi del dibattito della dottrina civilistica in tema di sopravvenienze contrattuali: dalla pandemia al conflitto russo-ucraino. – 3. L'emergenza come ragione di turbativa nel procedimento di formazione del contratto: ammissibilità dell'azione di rescissione. – 4. La tutela del compratore di dispositivi inidonei: vizi redibitori, mancanza di qualità e* aliud pro alio*. – 5. La tutela dell'acquirente mediante il ricorso alle azioni di invalidazione del contratto. – 6. La tutela collettiva dei consumatori nell'emergenza: le pratiche commerciali scorrette e le class actions. – 7. Note conclusive.*

1. – Gli eventi bellici e la diffusione dell'emergenza sanitaria legata alla diffusione dei contagi da Covid-19 hanno provocato indubbiamente effetti rilevanti sul diritto dei contratti e delle obbligazioni.

Già all'indomani della meno recente delle due situazioni emergenziali, la dottrina civilistica[2] ha posto l'attenzione sui contratti e sulle obbligazioni preesistenti all'avvento dell'epidemia e quindi limitatamente alle sopravvenienze contrattuali, senza tener conto però delle conseguenze che la pandemia ha determinato inducendo alla stipulazione di nuovi contratti proprio per effetto delle situazioni eccezionali venutesi a determinare.

---

[1] La citazione è di E. TOGNOTTI, *La "spagnola" in Italia (1918-1919). Storia dell'influenza che fece temere il mondo. Seconda edizione riveduta e corretta*, Franco Angeli, 2015, 48.

[2] Non si sono fatti attendere i primi interventi sul punto. Si rinvia, *ex multis*, a C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020; F. DI MARZIO *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *giustiziacivile.com*, 12 marzo 2020; si sono inseriti da diversi angoli visuali, e con l'attenzione calibrata su questioni di volta in volta diverse, gli editoriali di F. MACARIO, (*Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di coronavirus*, in *giustiziacivile.com*,17 marzo 2020), di A. DE MAURO, (*Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020), V. CUFFARO (*Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020), A.M. BENEDETTI *Il 'rapporto' obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione,* in *giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020), R. DI RAIMO (*Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *giustiziacivile.com*, 9 aprile 2020); D. MAFFEIS (*Problemi nei contratti nell'emergenza epidemiologica da coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020; S. VERZONI (*Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid 19*, in *giustiziacivile.com*, 25 marzo 2020; F. GIGLIOTTI (*Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *giustiziacivile.com*, 1° aprile 2020; G. VULPIANI, *Emergenze epidemiologiche e contratti del turismo: il caso del Coronavirus*, in *Judicium*, 2020; N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in *Rivista di diritto bancario*, 2020, 4/1, 651 ss., *https://rivista.dirittobancario.it/limpatto-del-lockdown-da-covid-19-sui-contratti*; R. SANTAGATA, *Crisi sistemica da emergenza sanitaria ed effetti sui contratti turistici e di trasporto*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2021, 1, 85 ss.; R. SENIGAGLIA, *Le attuali sopravvenienze contrattuali tra diritto vigente e diritto vivente*, in questa *Rivista*, 2021, 3, 650 ss.



L'era Covid-19 – con l'auspicio che possa dirsi conclusa [3] – richiama alla mente [4], pur senza evocare pericolosi anacronismi, il noto precedente storico dell'influenza spagnola (c.d. "morbo crudele") che ha colpito l'Italia tra il 1918 e il 1920 [5]. Si possono ravvisare numerose somiglianze [6] tra le tecniche di gestione delle emergenze sanitarie di ieri e di oggi da parte dello Stato italiano: si pensi ai provvedimenti per assicurare una migliore assistenza sanitaria e farmacologica, all'introduzione di limiti alla circolazione e all'aggregazione, all'imposizione di regolari e costanti sanificazioni [7].

All'epoca, l'emergenza sanitaria era inoltre aggravata dalla concomitanza della Prima Guerra mondiale, che, oltre a dirottare le risorse (finanziare e non) del Governo italiano a fini militari, ha aumentato vertiginosamente le occasioni di contagio, a causa degli innumerevoli spostamenti di profughi, feriti e militari, in condizioni igieniche precarie [8].

Anche in relazione alle problematiche determinate dagli eventi bellici, i civilisti italiani dell'epoca hanno fornito un rilevante contributo [9], sottolineando criticamente l'impatto operato sul sistema del diritto privato ad opera della legislazione bellica [10].

Filippo Vassalli [11], nel suo studio sulla legislazione di guerra, fa riferimento al decreto luogotenenziale del 27 maggio 1915, n. 739, il quale conteneva tre rilevanti disposizioni: la prima prevedeva che la guerra dove-

---

[3] Si parla, a tal proposito, di "era post Covid-19". Si vedano la Comunicazione *L'economia dell'UE dopo la COVID-19: implicazioni per la governance economica*; Dossier n. 59, 9 febbraio 2022, Camera dei Deputati, Ufficio rapporti con l'Unione Europea, 16; G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, Napoli, 2020; M. D'ARIENZO e S. PUGLIESE. *Health services after COVID-19 emergency: toward a multilevel system?*, in *Amministrativ@mente*, 2021, 2, 228 ss; CAPRIGLIONE. *Covid-19. Incertezze domestiche e speranze europee*, in *Riv. trim. dir. econ.,* 020, 4/1, 631 ss.

[4] Sembra prevedere l'attuale pandemia, D. QUAMMEN, *Animal Infections and the Next Human Pandemic* (*Spillover. L'evoluzione delle pandemie*, trad. it. L. Civalleri, Zanichelli, 2014), 219: "È ipotizzabile che la prossima grande Epidemia (il famigerato Big One) quando arriverà si conformerà al modello perverso dell'influenza, con alta infettività prima dell'insorgere dei sintomi. In questo caso si sposterà da una città all'altra sulle ali degli aerei, come un angelo della morte".

[5] TOGNOTTI, *La "spagnola" in Italia*, cit., 191; T. PONTANO, *Note cliniche, epidemiologiche ed etiologiche sull'attuale epidemia di influenza*, in *Il Policlinico*", 1918, 917 ss., 940 ss.

[6] F. ROSSI, *Il "morbo crudele". Opinione pubblica e diritto dell'emergenza in Italia di fronte all'influenza 'spagnola*, in *Italian Review of Legal History*, 2020, 6, 293 ss. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 11.2, 109 ss.

[7] Camera dei deputati, *La Grande Influenza nell'attività parlamentare della Camera dei deputati nella XXIV e XXV Legislatura del Regno d'Italia,* XVIII Legislatura, n. 1, febbraio 2021, 237; A. LUTRARIO, *I provvedimenti del governo nell'epidemia di influenza: relazione al Consiglio superiore di sanità*, Roma, in *Il Policlinico*, 1918; ID., *La tutela dell'igiene e della sanità pubblica durante la guerra e dopo la vittoria: (1915-1920): relazione al Consiglio superiore di sanità*, Roma, 1922.

[8] Per una puntuale analisi delle conseguenze della Guerra sull'epidemia, si rinvia a A. ERKOREKA, *Origins of the Spanish Influenza pandemic (1918-1920) and its relation to the First World War,* in *Journal of Molecular and Genetic Medicine*", 3.2, 2009, 190 ss.

[9] Si tratta di una tematica che impegna la civilistica dell'epoca: si vedano in particolare i lavori di SEGRÈ, *Su alcuni provvedimenti in materie di diritto privato emessi in occasione della guerra*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl,* 1915, 13, 773 ss., 877 ss.; B. BELOTTI, *Sulla legislazione commerciale della guerra. Le difficoltà di una legislazione privata di guerra*, *ibidem*, 571 ss.; P. COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*. *Con una parte speciale sopra la colpa, i danni, la forza maggiore*, Giappichelli, 1917, 325, sui cui cfr. ora BRACCIA, *La legislazione della grande guerra e il diritto privato*, in A. SCIUMÈ (a cura di), *Il diritto come forza, la forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, Giappichelli, 2012, 187-215; F. FERRARA, *Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.,* 1918, 16, 682 ss.; M. ROTONDI, *Una legislazione di guerra* (1915-1924), Zanichelli, 1926, poi in ID., *Profili di giuristi e saggi critici di legislazione e dottrina*, Cedam, 1964, 102-177. Alfredo Ascoli ha tenuto una rubrica fissa nel periodo della guerra all'interno della *Rivista di diritto civile.* Si veda in particolare: *Nota su legislazione civile di guerra in Inghilterra*, in *Riv. dir. civ.*, 7, 1915, 234 ss.; *Leggi e decreti. Provvedimenti per la guerra*, *ibidem*, 653-668*; Per il sequestro dei beni dei nemici*, *ibidem*, 796 ss.; *I provvedimenti per dopo la guerra*, *ibidem*, 9, 1917, 579 ss.; *Sul progetto per il risarcimento dei danni di guerra*, *ibidem*, 10, 1918, 502 ss.; *Il recente decreto sul risarcimento dei danni di guerra*, *ibidem*, 559 ss.

[10] R. DE RUGGIERO, *Leggi di guerra nel diritto privato italiano,* in *Diritto e giurisprudenza*, 31, 1916, 171 ss.



va considerarsi come caso di forza maggiore, non solo quando avesse reso impossibile la prestazione, ma anche quando la avesse resa eccessivamente onerosa; la seconda dava facoltà al giudice di concedere una proroga resa necessaria dallo stato di guerra per qualsiasi termine procedurale; la terza prevedeva che i commercianti e le società commerciali potessero ottenere dal tribunale una dilazione dei pagamenti per cause dipendenti dalle condizioni create dalla guerra.

Relativamente a quest'ultima disposizione e avuto riguardo ai profili della responsabilità del debitore, mi sembra attuale il rinvio alle previsioni contenute nel decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia") ed, in particolare, alla specifica previsione contenuta nell'art. 91, comma 1 del decreto legge che aggiunge all'art. 3 del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, il comma 6-bis, secondo cui: "*Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*" [12]. A conferma dell'ideale linea di continuità tra emergenze, anche l'ANAC, in relazione ai contratti pubblici di fornitura, ha ritenuto il comma 6-bis applicabile sia all'emergenza sanitaria che a quella bellica [13].

Questo interessante parallelismo tra legislazione eccezionale bellica durante la prima guerra mondiale e legislazione eccezionale determinata dalla pandemia di questi ultimi anni, suggerisce di procedere, per la realizzazione di una disamina sufficientemente completa del tema proposto, innanzitutto con una rappresentazione sintetica dei risultati cui è pervenuta la dottrina dall'interessante ma non esaustivo punto di vista dell'impatto degli eventi eccezionali sulle obbligazioni già sorte, per procedere nell'analisi dei profili problematici connessi ai contratti stipulati dopo l'inizio della diffusione del contagio e dopo l'insorgenza dei fatti bellici.

Non ci si riferisce evidentemente ai contratti stipulati in forza del diffuso sentimento di solidarietà che spinge i cittadini ad effettuare erogazioni liberali, tramite anche le organizzazioni non profit che effettuano tali raccolte di fondi anche mediante il ricorso alle tecniche di *crowdfunding* [14], fenomeno che è cresciuto in maniera esponenziale dopo lo scoppio del conflitto russo-ucraino, grazie alle numerose iniziative avviate in tal senso [15].

Si pensi invece ai contratti stipulati "a causa del Covid", cioè per la specifica necessità di adottare misure

---

[11] F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), in *Studi giuridici*, II, Tipografia dell'Unione Editrice, 1939, 377.

[12] M. ORLANDI, *Rebus sic stantibus*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 8 dell'estratto evidenzia come la norma offra lo spunto per ragionare di eccezione e di emergenza rispetto alla resistenza del vincolo. L'autore si chiede se la responsabilità patrimoniale sia limitabile, come quella personale, e se la responsabilità possa reputarsi esclusa non già per impossibilità, ma per mera inesigibilità della prestazione. Sicché la situazione pandemica finisce per rendere intollerabile al debitore uno sforzo superiore all'ordinaria diligenza (art. 1176 c.c.) e alle regole della correttezza (art. 1175 c.c.).

[13] Con la delibera n. 312 del 9 aprile 2020, l'A.N.A.C. ha chiarito che l'articolo 3, comma 6-*bis* del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 si applica anche ai contratti aventi ad oggetto servizi e forniture; con la delibera n. 227 dell'11 maggio 2022 ha esteso l'ambito applicativo della disposizione anche alla situazione bellica in Ucraina (v. infra il paragrafo 2).

[14] P. CHIARELLA, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 1° aprile 2020; sul tema si veda anche la monografia di A. RENDA, *Donation-based crowdfunding, raccolte fondi oblative e donazioni di scopo*, Giuffrè, 2021.

[15] Le erogazioni liberali fatte alle onlus da persone fisiche e imprese sono deducibili dal reddito complessivo. Le persone fisiche, in alternativa, possono optare per una detrazione del 30 per cento, che sale al 35 per cento se la onlus ricevente è un'organizzazione di volontariato (odv), cfr. art. 83 d.lgs. n. 117/2017, cd. "Codice del Terzo Settore" Cfr. R. CASELLI, *Ucraina. Cosa possiamo fare per dare una mano alla popolazione?,* in *www.sanita24.ilsole24ore.com*.



di prevenzione del contagio, come l'acquisto di dispositivi di sicurezza ovvero l'acquisizione di servizi di sanificazione degli ambienti. Il giurista è invitato ad interrogarsi su quali siano le tutele che l'ordinamento appresta nei casi in cui la perturbazione degli animi dei contraenti li induca ad accettare condizioni di acquisto particolarmente inique ovvero beni non propriamente adatti, a causa delle scarse informazioni ricevute dalla controparte, quasi sempre nascosta nella coltre di nebbia che avvolge il fenomeno della contrattazione *online*, anche a causa del distanziamento sociale normativamente imposto [16].

L'emergenza causata dal Covid-19 ha alimentato [17], sin dagli esordi, manovre speculative sui dispositivi di sicurezza anticontagio, in particolare sulle mascherine, ossia un aumento dei prezzi non normale, che prescinde dalle usuali dinamiche di mercato e dalla prassi commerciale. Così alcune Procure hanno aperto dei fascicoli ed hanno iniziato indagini per manovre speculative su beni di prima necessità [18]: per effetto dell'emergenza sanitaria, le mascherine sono state qualificate come tali, in quanto indispensabili per le uscite consentite. Nel corso delle indagini in alcuni casi è stato anche contestato il reato di "frode nell'esercizio del commercio", essendo state vendute talvolta mascherine chirurgiche spacciate per quelle "Ffp3", ossia quelle particolarmente consigliate per questo tipo di emergenze nel caso in cui ci si possa trovare di fronte a persone in grado di contagiare il prossimo [19].

Quanto ai contratti ancora da stipulare al momento del conflitto russo-ucraino, è necessaria una precisazione ulteriore. L'impatto sul territorio nazionale della guerra russo-ucraina è – fortunatamente (!) e a differenza dell'epidemia da Covid-19 – solo indiretto, e pertanto non sembra si possa ipotizzare la stipula di contratti in Italia con oggetto immediatamente riferibile all'emergenza (ad esempio, l'acquisto di armi o dispositivi di difesa). Tali vicende, giuridiche ma anche politiche, trovano opportuna collocazione all'interno di circuiti di diverso e più ampio respiro, sia europeo che internazionale e pertanto esulano dalla presente trattazione.

Il sopra menzionato carattere "indiretto" delle conseguenze non è tuttavia sinonimo di "scarsa rilevanza" delle stesse, come dimostrato dall'impatto generato sul territorio italiano da un altro conflitto svoltosi altrove, non di antica memoria come la Prima Guerra mondiale, ma parimenti noto alle cronache. Mi riferisco alla guerra arabo-israeliana: era il 1947 quando l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approvò il piano per la suddivisione della Palestina in due Stati distinti, scatenando le inimicizie degli Stati arabi nei confronti di Israele, che ebbe la meglio sugli avversari, anche grazie al supporto degli Stati occidentali (in *primis* degli Usa), a partire dalla prima Guerra arabo-israeliana, combattuta tra il 1948 e il 1949, sino alla Guerra dei sei giorni nel 1967. Nel 1973 ci fu tuttavia un attacco improvviso da parte di Siria ed Egitto che, mise in diffi-

---

[16] In generale, S. BALDETTI, M. CANALE, H. FRAZAO *et al*., *Il Forum – Le libertà ai tempi del distanziamento sociale*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 2020, 238 ss. Per le conseguenze del *social distancing* su taluni ambiti del diritto, si vedano, per il processo esecutivo, A. AULETTA, *Note sui mandati di pagamento telematici: tra esigenze attuali di distanziamento sociale e prospettive future di modernizzazione della giustizia civile*, in *Rivista dell'esecuzione forzata,* 2021, 446 ss., per conciliazione ed arbitrato, V. ANIBALLI, *Emergenza sanitaria e piattaforme conciliative: una proposta per gestire le transazioni da remoto*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 245 ss.; S.A. CERRATO, F. DE SANTIS, *L'arbitrato fra "lockdown" e fase due: una proposta di intervento normativo*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 13 ss., sul versante societario A. BUSANI, *Assemblee e Cda [Consiglio di amministrazione] in audio-video conferenza durante e dopo COVID-19*, in *Le Società*, 2020, 393 ss.

[17] A. MINNELLA, *Mascherine: dalle manovre speculative sui prezzi e frodi in commercio al decreto "Cura Italia" che consente la produzione senza marchio CE*, in *www.dirittoegiustiza.it,* 28 aprile 2020.

[18] Trib. Lecce, sez. riesame, ord. 21 aprile 2020, in *sistemapenale.it*, con nota di LAZZERI, *Manovre speculative su mascherine e pericolo per l'economia pubblica: un provvedimento in sede cautelari sull'applicabilità dell'art. 501-bis c.p.*

[19] La Cassazione ha escluso la sussistenza del reato *ex* art. 515 c.p., in astratto configurabile, stante la palese difformità tra il bene pattuito e quello da consegnare (sprovvisto di marchio CE) e l'elevata professionalità dei clienti: cfr. Cass. pen., 16 marzo 2021, n. 10129, in *altalex.com*.



coltà lo Stato ebraico, e che scatenò il conflitto noto come Guerra del Kippur, dal nome della festività religiosa ebraica in corso di celebrazione proprio in quei giorni.

Senza approfondire ulteriormente gli aspetti geopolitici delle vicende sopra ricordate, mi limiterò all'analisi di alcuni salienti profili giuridico-economici. Un effetto collaterale particolarmente gravoso per l'Occidente fu la grave crisi energetica, dovuta all'innalzamento dei prezzi del petrolio e dei prodotti derivati: gli Stati filoarabi manifestarono infatti il supporto all'Egitto e alla Siria riducendo le esportazioni (per un totale del 25%) ed effettuando embarghi a danno degli Stati occidentali sostenitori di Israele. La crisi petrolifera tra l'autunno del 1973 e l'inverno del 1974 ha riversato le sue conseguenze sui consumatori dei Paesi occidentali, che hanno sperimentato un nuovo fenomeno economico, la stagflazione, caratterizzata congiuntamente da recessione ed inflazione.

Dal punto di vista strettamente giuridico, l'aumento repentino dei prezzi – il costo del petrolio era aumentato del 300% in cinque mesi – ha alimentato il dibattito, all'epoca già vigente, in tema di risarcimento del maggior danno da inflazione nel ritardo dei pagamenti e relativo onere probatorio. In data anteriore allo scoppio del conflitto, la giurisprudenza era solita richiedere, ai fini dell'accoglimento della domanda di ulteriore risarcimento *ex* art. 1224 c.c., la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno, non essendo sufficiente l'allegazione della sola svalutazione da parte del creditore [20]. In epoca successiva allo sviluppo del conflitto, a partire dagli anni Settanta, si era sviluppata la nota giurisprudenza che, sulla base di una discussa suddivisone dei creditori in classi (imprenditori, risparmiatori abituali, percettori di una somma capitale una tantum, consumatori), richiedeva all'attore la sola prova dell'appartenenza ad una delle categorie, scattando poi automaticamente la quantizzazione del risarcimento sulla base di parametri giurisprudenziali calcolati in base alla propensione all'utilizzazione del denaro di ciascuno dei gruppi, secondo i c.d. "criteri personalizzati di normalità [21]".

Il sistema delle categorie è stato definitivamente scardinato dalle Sezioni Unite, con la nota pronuncia del 2008 [22], che, anche alla luce del mutato contesto economico (stante la costante superiorità del tasso degli in-

---

[20] Più nello specifico, si riteneva che la svalutazione monetaria verificatasi durante la mora non giustificasse alcun risarcimento automatico che potesse essere attuato con la rivalutazione della somma dovuta, trattando, insorta la *mora debendi*, le obbligazioni di valuta come quelle di valore. È del resto pacifico che nelle obbligazioni pecuniarie il danno da svalutazione non si identifica col fenomeno inflattivo e che incombe pertanto al creditore dimostrare che il pagamento tempestivo lo avrebbe messo in condizione di evitare o limitare gli effetti economici depauperatori che l'inflazione produce per tutti i possessori di denaro. Così, la risalente giurisprudenza: Cass. n. 4463/77; Cass. n. 3776/79; Cass. n. 5572/79; *contra*, Cass. n. 5670/78, a quale aveva sostanzialmente ritenuto – secondo i commenti fortemente critici della dottrina prevalente – che, insorta la mora debendi, le obbligazioni di valuta dovessero essere trattate come quelle di valore, sicché la somma originariamente dovuta "andava necessariamente rivalutata alla stregua di indici pubblicizzati di sicura attendibilità", tutte citate da Cass. n. 19499/2008, per cui v. *infra*, nota 22.

[21] Orientamento confermato dalle Sezioni Unite di quegli anni, v. Cass., sez. un., 30 marzo 1983, n. 2318, in *Mass. Giust. Civ.*, 1983, 3; Cass., sez. un., 19 aprile 1984, n. 2564, in *Giust. civ.*, 1984, 2112; Cass., sez. un., 5 aprile 1986, n. 2368, in *Foro it.* 1988, 2129.

[22] Cass., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499, in *Giust. civ.*, 2009, 1937 con nota di G. Di Martino, *Ritardato pagamento di una somma di denaro e superamento delle «categorie creditorie»: una funzione sostanziale punitiva del maggior danno ex art. 1224, comma 2, c.c.?* "Nelle obbligazioni pecuniarie, in difetto di discipline particolari dettate da norme speciali, il maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, c.c., rispetto a quello già coperto dagli interessi moratori è in via generale riconoscibile in via presuntiva, per qualunque creditore che ne domandi il risarcimento, nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi del comma 1 dell'art. 1284 c.c., salva la possibilità per il debitore di provare che il creditore non ha subito un maggior danno o che lo ha subito in misura inferiore e per il creditore di provare il maggior danno effettivamente subito". Per un commento alla nota pronuncia, si vedano, *ex multis*, A. Riccio, *Il risarcimento del maggior danno nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Contr. Impr.*, 2008, 1228-1242; A. Di Majo, *Il danno da svalutazione monetaria tra prove presuntive e regole di giudizio*, in



teressi legali rispetto a quello di inflazione) ha riconosciuto in via presuntiva il risarcimento del maggior danno nella misura coincidente con la differenza tra il rendimento dei titoli di Stato a scadenza annuale e il tasso degli interessi legali, fatta salva la prova contraria di un danno maggiore o minore, rispettivamente in capo al creditore o al debitore [23].

Dal punto di vista economico-monetario, anche la guerra russo-ucraina, ha determinato un costante aumento dei prezzi delle materie prime provenienti dai Paesi in conflitto ed importate in Italia, in particolare elettricità e gas naturale, attraverso meccanismi di aumento del prezzo e riduzione delle esportazioni analoghi a quelli cui si è sopra fatto cenno. Per queste ragioni, l'ARERA, allo scopo di limitare l'aumento delle bollette nel corso del quarto trimestre 2022, con un intervento eccezionale, ha ridotto gli aumenti al 59%, evitando il raddoppio [24]. Il rincaro dell'energia si riflette sul costo dei prodotti finiti, anche sui beni di prima necessità: Eurostat ha rilevato che il prezzo del pane è giunto ai massimi storici, con un aumento, ad agosto 2021, del 18% rispetto all'anno precedente [25].

Non sembra però che l'incremento dei costi dipenda esclusivamente dal conflitto russo-ucraino. Il rincaro appare eccessivo rispetto alle quotazioni del petrolio e sproporzionato rispetto alla riduzione degli approvvigionamenti sul territorio; inoltre, la benzina ed il gasolio oggi in vendita sono stati acquistati prima dello scoppio della guerra, a prezzi nettamente inferiori. Pertanto, il Codacons ha presentato un esposto all'Antitrust e a 104 Procure Italiane, ritenendo che il rincaro dei prezzi sia dovuto principalmente a fenomeni speculativi volti a sfruttare la situazione in Ucraina per implementare i ricavi a danno di imprese e consumatori [26]. Tra le altre, la Procura di Roma, condividendo le tesi del Codacons, ha avviato le indagini per il reato di "manovre speculative su merci" (oltre che per aggiotaggio e truffa) *ex* art. 501-*bis* c.p.

2. – La dottrina civilistica, appena dopo l'inizio della pandemia, ha cercato di individuare le tutele di cui avvalersi per fronteggiare gli effetti da essa scaturenti, in primo luogo, nei confronti dei rapporti contrattuali preesistenti ed ancora in corso. In maniera non dissimile, l'avvento del conflitto russo-ucraino, scoppiato in

---

Corr. giur., 2008, 1564-1567; R. PARDOLESI. *Debiti di valuta, "danno da svalutazione" (e il "disgorgement" che non t'aspetti)*, in *Foro it.*, 2008, 2789-2796.

[23] Di recente, v. Cass., 15 dicembre 2020, n. 28651, in *Guida al diritto*, 2021, 13; Cass., 5 marzo 2020, n. 6200, ivi, 2020, 86; Cass., 3 dicembre 2019, n. 31511, *ivi*, 2020, 99. Sul tema, v. A. MORA, *Maggior danno nelle obbligazioni pecuniarie ed onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1461-1471.

[24] L'aggiornamento trimestrale riguarderà, in quest'ultimo trimestre, solo l'energia elettrica, sulla base del metodo di calcolo introdotto a luglio (delibera 374/2022/R/gas) del 29 luglio 2022, recante "Modifiche urgenti al TIFV; nuova modalità di determinazione delle condizioni economiche di fornitura del gas naturale per il servizio di tutela a decorrere dal 1° ottobre 2022".

[25] Si tratta, sottolinea ancora l'Eurostat, di un aumento enorme, considerando che un anno fa il prezzo del pane era in media del 3% più alto rispetto all'agosto 2020. La materia prima, cioè il grano tenero, influisce solo per il 10% del prezzo finale e proveniva, prima del conflitto, dall'Ucraina per il 3% e dalla Russia per l'1% della produzione italiana (fonte: Ismea). Sempre l'Eurostat ha rilevato che il prezzo del pane era già aumentato del 3% rispetto ad agosto 2020.

[26] Non è tardato l'intervento del Governo per arginare le conseguenze negative della situazione ucraina anche sul versante dell'aumento dei prezzi di energia elettrica e carburante, attraverso il taglio delle accise sul carburante e la previsione di crediti di imposta per le imprese per l'acquisto di energia elettrica e gas naturale. Al primo Decreto Aiuti (d.l. 17 maggio 2022, n. 50) hanno fatto seguito il d.l. n. 115 del 9 agosto 2022, (c.d. Decreto Aiuti-*bis*) recante "Misure urgenti in materia di energia, emergenza idrica, politiche sociali e industriali"; il d.l. n. 144/2022 del 23 settembre 2022 (c.d. Decreto aiuti-ter) recante "Ulteriori misure urgenti in materia di politica energetica nazionale, produttività delle imprese, politiche sociali e per la realizzazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)"; il d.l. 176 del 18 novembre 2022, recante "Misure urgenti di sostegno nel settore energetico e di finanza pubblica", convertito in legge il 13 gennaio 2023, il cui testo è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 13 del 17 gennaio 2023.



concomitanza con l'agognata fase post-emergenza da Covid-19 ha restituito nuova linfa vitale all'antico e mai sopito dibattito sulla gestione delle sopravvenienze [27]. È proprio alla luce di questa ottica unitaria che si analizzeranno in parallelo le due situazioni emergenziali, nonostante le indubitabili differenze intercorrenti tra di esse, in termini di aree geografiche coinvolte, natura del disastro ed impatto sul territorio nazionale.

Lo "stato di emergenza" decretato con Delibera del Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020, "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili" (G.U., Serie Generale n. 26 dell'1/2/2020) ha determinato inevitabilmente il necessario ridimensionamento di molti diritti fondamentali, alla luce del superiore interesse relativo alla salute pubblica [28] così operando un bilanciamento dei diversi interessi [29]. Lo stato di emergenza, via via prorogato, è terminato il 31 marzo 2022 con il decreto-legge recante "Misure urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza" (d.l. 24 marzo 2022, n. 24) che sta eliminando gradualmente le restrizioni ancora in vigore. Quanto alla guerra in Ucraina, il Governo, con delibera del Consiglio dei ministri, ha dichiarato lo stato di emergenza il 25 febbraio con una durata di tre mesi, prorogandolo, appena tre giorni dopo, fino al 31 dicembre 2022 [30], al fine di assicurare il soccorso e l'assistenza alla popolazione coinvolta in fuga dal conflitto.

Alcuni hanno ben evidenziato [31] come il programma di un contratto finalizzato a produrre i propri effetti in un momento successivo si basa su una prognosi dei costi e dei benefici che si potranno ricavare dal negozio e che generano un guadagno o una perdita in base al rischio economico, conseguenza dell'alea normale del contratto ai sensi dell'art. 1467 c.c. [32].

In presenza di una pandemia o di un evento bellico, che costituiscono elementi eccezionali ed imponderabili, le normali previsioni circa le conseguenze della conclusione di un contratto restano inesorabilmente disattese. È pertanto in questo attuale contesto che si propone l'applicazione del principio di solidarietà, al fine di evitare che gli eventi straordinari e imprevedibili stravolgano la normale esecuzione del contratto.

Sul punto, il rigore della prescrizione *pacta sunt servanda* potrebbe essere stemperato alla luce dell'opposto principio del *rebus sic stantibus*, già considerato ai tempi del primo conflitto mondiale e sotto la vigenza del precedente codice, quale principio "implicito nel nostro ordinamento, più che per virtù della tradizione..., in forza dei principi sommi dell'equità [33]".

Il principio di solidarietà, anche oggi, viene spesso richiamato in combinato disposto con altri istituti tipi-

---

[27] G. Grisi, *La lezione del coronavirus*, in *Juscivile.it*, 2020, 208: "La pandemia in atto – lo abbiamo detto – è uno spartiacque e non è vuota retorica, né immotivato ottimismo a spingerci ad affermare che il dopo COVID-19 può essere migliore del 'prima'".

[28] Si veda ad esempio il provvedimento del Consiglio di Stato, 30 marzo 2020, n. 1553, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha r*espinto la richiesta di sospensione cautelare dell'ordine di quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza avanzata da un bracciante agricolo che si era allontanato dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi, essendo l'eventuale, provato pregiudizio economico risarcibile.*

[29] A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 1 ss.

[30] Lo stato di emergenza per l'accoglienza dei cittadini ucraini in fuga dalla guerra e quello legato al Covid sono due "stati di emergenza" totalmente differenti, privi di qualsiasi collegamento, anche indiretto, anche se l'espressione usata nel provvedimento adottato dal Cdm ("Dichiarazione dello stato di emergenza in relazione all'esigenza di assicurare soccorso ed assistenza alla popolazione ucraina sul territorio nazionale in conseguenza della grave crisi internazionale in atto") ha colpito, per ovvi motivi, l'immaginario collettivo.

[31] A.M. Benedetti e R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *www.dirittobancario.it,* 17 marzo 2020.

[32] A tal riguardo v. F. Gambino, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Giuffrè, 2001, 53 ss.

[33] R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*. I. *Diritti di obbligazione, diritto ereditario*, Principato, 1933' 288. Contra, V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Esi, 1952, 365 ss.



ci del diritto civile. Ad esempio, si è proposto [34] di fare richiamo ad una concezione della comunità intesa come *munus* comune il che, nelle moderne democrazie costituzionali, evoca un senso profondo del vincolo comunitario che si estrinseca nel rispettare i doveri, specialmente quelli inderogabili di solidarietà sociale.

Partendo da tale rilievo, altra dottrina [35] ha fatto ben presente come sia lecito domandarsi se con riferimento al pregiudizio economico che ha luogo nell'ambito dei rapporti contrattuali il nostro ordinamento sia in grado di produrre "anticorpi" capaci di evitare che al disastro prima sanitario e bellico (in uno anche sociale, umanitario ed economico) si aggiunga successivamente un'aspra e complessa contesa giudiziaria imperniata sulla disciplina delle sopravvenienze. Contesa che sarà presumibilmente fondata sulle regole in materia di impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni, quali cause di estinzione delle obbligazioni, ovvero cause di risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive. Il problema delle sopravvenienze e del successivo squilibrio contrattuale genera problemi giuridici simili al di là dell'evento che ha materialmente causato la turbativa; sotto il profilo eziologico, la differenza tra pandemia e guerra tende a sfumare, a causa delle analogie circa gli effetti sui rapporti negoziali ancora in essere.

Anche alla luce di importanti ed autorevoli contributi in tema di teoria generale del contratto, sarebbe possibile immaginare che l'ordinamento favorisca soluzioni "manutentive" ossia conservative del vincolo contrattuale, mediante un adeguamento del relativo regolamento, non più attuabile secondo le previsioni originarie, fondato *in primis* sulla rinegoziazione tra le parti oppure, in alternativa, sulla pronuncia del giudice [36].

Altri [37] muovono dalla constatazione che le norme relative alla risoluzione per eccessiva onerosità e per impossibilità sopravvenuta della prestazione lasciano solo uno stretto pertugio a favore della sopravvivenza del contratto (art. 1467, comma 3, c.c.) in quanto consentono alla parte contro la quale è domandata la risoluzione di evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto, facoltà che è comunque nella piena disponibilità del contraente che non è vittima degli eventi a cui viene lasciata l'iniziativa. Essi, preso atto che secondo l'orientamento tradizionale l'impotenza finanziaria non è mai una causa di esonero da responsabilità per inadempimento [38], propongono allora di attribuire alla clausola generale di buona fede in funzione integrativa, in coerenza con il principio costituzionale di solidarietà economica e sociale, l'idoneità a porsi come fonte dell'obbligo di rinegoziazione, così da consentire al contratto di sopravvivere alla fase dell'emergenza (onde "rivedere i termini del rapporto contrattuale, per adeguarli a uno scenario impreveduto e imprevedibile, riallocando equamente tra le parti il rischio contrattuale"), con possibilità di riprendere l'assetto originariamente concordato una volta cessata la situazione eccezionale.

---

[34] F. Di Marzio, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *EMERGENZA Covid – 19 Speciale. Uniti per l'Italia*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 7 ss.

[35] F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *EMERGENZA Covid – 19 Speciale. Uniti per l'Italia*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 207 ss.

[36] Il riferimento è alle autorevoli soluzioni proposte, tra gli altri, da R. Sacco, in Sacco-De Nova (a cura di), *Il contratto*, Giappichelli, 2004, II, 722 ss. e da F. Macario, *Per un diritto dei contratti,* cit., 219; Id., *I rimedi manutentivi, L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, V, 2006, 705; Id., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, *Annali*, Giuffrè, 2008, 1026. Di recente, v. M. Maggiolo, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 907 ss.

[37] A.M. Benedetti e R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit.

[38] Come da ultimo ricordato dalla *Relazione Tematica della Corte Suprema di Cassazione, Novità normative e sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid in ambito contrattuale concorsuale*, n. 56, 8 luglio 2020, 7: "pur nel quadro costituzionale del principio solidaristico, il concetto di impossibilità della prestazione non ricomprende, la impotenza finanziaria, per quanto determinata dalla causa di forza maggiore in cui si compendia l'attuale emergenza sanitaria". Più in generale, in applicazione del principio *genus numquam perit*, v. *ex multis*, Cass., 30 aprile 2012, n. 6954, in *Giust. civ.*, 2013, 9, 1873; in dottrina, C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Zanichelli, 1979, 107.



Secondo l'opinione che si sta esaminando, se la rinegoziazione non inizia per il rifiuto della parte che ha interesse a preservare il contenuto originario del contratto, sarebbe possibile sollevare l'eccezione di inadempimento [39] o proporre "l'autoriduzione della propria prestazione (fino alla misura che, consensualmente e solidaristicamente, poteva concordarsi)" ad opera della parte vittima dell'emergenza sanitaria.

Da questa parziale e veloce disamina dello stato dell'arte, sembra possibile affermare che un dato ricorrente negli studi dei civilisti sugli effetti che la pandemia e la guerra hanno sui contratti (pendenti), è la rivalutazione della regola di buona fede letta alla luce del principio costituzionale di solidarietà, quale elemento idoneo ad attribuire ai giudici il criterio di decisione del contenzioso che sarà loro devoluto, sebbene sul punto non vi sia unanimità di vedute [40].

Il richiamo alla solidarietà (che costituisce, com'è noto, il termine di riferimento più significativo sul versante costituzionale, della regola di buona fede [41]) ha pertanto rappresentato una costante nel dibattito del durante e post-pandemia, anche nel discorso degli studiosi che hanno riflettuto circa l'impatto della normazione dettata dall'emergenza sulla tutela delle libertà individuali [42], dibattito che riecheggia quello intorno allo *ius belli* nell'immediato dopo guerra italiano [43]. L'esigenza di conformazione dei rapporti di durata al principio di buona fede, in situazioni di emergenza e di grave crisi economica, come la guerra e la pandemia, qui prese in considerazione, una rilevanza tale da giustificare l'inadempimento del debitore, in presenza di obiettive circostanze non dipendenti strettamente da una sua personale situazione di insolvenza; ed ancora, si spinge sino a sanzionare come abusivo l'esercizio del diritto di credito nei confronti del debitore, che ha fatto affidamento nella remissione del debito a seguito da parte del locatore, per *facta concludentia* [44].

---

[39] Ritiene infatti che l'*exceptio inadimpleti contractus* possa opporsi anche nei confronti di chi si sia reso inadempiente anche ad un'obbligazione *ex fide bona* A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali. Artt. 1460-1462*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da SCHLESINGER, continuato da Busnelli, Giuffrè, 2011, 30 e ss.

[40] A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, secondo il quale non è sufficiente "invocare semplicisticamente e pietisticamente solidarietà e buona fede: la retorica non supplisce la logica"; cfr. L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale e contratto: una fotografia*, *ivi*, 7 maggio 2020.

[41] Cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 2, 191 ss., con nota di S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Considerazioni in tema di equità e spazio giuridico (a proposito di Cass., sez. un., n. 18128/2005*), dove si propende per "una rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della Costituzione, individuati nel dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.), nell'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie (C. cost. n. 19/94), da valutare insieme ai canoni generali di buona fede oggettiva e di correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366 e 1375 cod. civ".

[42] F. CIARAMELLI, *Su alcune implicazioni filosofico-giuridiche della crisi provocata dal Covid-19*, in *Società e diritti*, 2021, 1, 1 ss.

[43] Alcuni giuristi del tempo, meno noti, docenti liberi di diritto civile all'Università "La Sapienza", hanno invece evidenziato come la legislazione di emergenza abbia introdotto disposizioni espressione di nuove esigenze sociali, che possono costituire la base di riforme ispirate al "grande principio di giustizia e di equità". Si rinvia a G. CARRARA, *La legislazione economico-sociale provocata dalla guerra*, in *Riv. intern. sc. soc. disc. ausil*, 1914, 139 ss.; ID., *La riparazione dei danni di guerra*, Zanichelli, 1917; ID., *L'intervento dello Stato nei contratti di locazione delle case*, Tipografia dell'Unione Editrice, 1919; ID., *La legislazione di guerra e il sistema del diritto privato*, Zanichelli, 1920; G. FAGGELLA, *La legislazione di guerra e il diritto comune preesistente. Inaugurazione dell'anno giudiziario 1918*, Trani, 1918. Si veda anche ID., *La legislazione bellica in relazione al diritto pubblico preesistente e alle future riforme*, in *Riv. dir. pubb.*, 1918, 345 ss.; R. CERCIELLO, *L'ammissibilità dei decreti legge nel diritto positivo postbellico*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1921, 456 ss.; ID., *La questione dei decreti-legge*, in *Giur. it.*, 74, 1922, 113-138; ID., *Il metodo nella riforma dei codici, con particolare riguardo al Codice civile*, Zanichelli, 1923; ID., *La discussione del Senato sul disegno relativo ai decreti-legge*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 1924, 221 ss.; ID., *Il diritto comune di guerra nei più recenti studi*, Tivoli, 1933 che trae spunto dal volume di P. DI VICO, *Diritto penale comune di guerra*, Zanichelli, 1932.

[44] Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, in *Resp. civ. prev.* 2022, 297; Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Mass. giust. civ.*, 2004, 3, con nota di L. RACHELI, *Ritardo sleale nell'esercizio del diritto (Verwkung): tra buona fede, abuso del diritto e prescrizione*, in *Giust. civ.*, 2005, 2182-2185, e di F. RINALDI, *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 448-456.



Per altro verso, la solidarietà, quale valore fondamentale dell'ordinamento italo-europeo, è stata posta anche alla base di numerose iniziative altruistiche promosse in Italia ed in Europa a sostegno del popolo ucraino [45], che, pur nella loro lodevole meritevolezza, esulano dall'oggetto della presente indagine.

Alle riflessioni sui rimedi contrattuali desumibili in chiave esegetica dai principi del sistema, si aggiungono gli interventi normativi, ai quali è opportuno fare cenno. La legge ha disciplinato le conseguenze dell'emergenza sanitaria per alcuni tipi di negozi, come i contratti di viaggio e pacchetti turistici, con l'introduzione, in sede di conversione del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, dell'art. 88-*bis* del d.l. n. 18/2020 [46] che, in sostituzione dell'abrogato art. 28 del d.l. n. 9/2020, ha qualificato il Covid-19 quale causa di impossibilità sopravvenuta *ex* art 1463 c.c., ricomprendendovi anche i casi di impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione non imputabile al creditore [47]. In altri casi, la legge ha invece espressamente previsto la possibilità di rinegoziare [48].

Nessuna disposizione normativa *ad hoc* è stata invece (ancora) emessa per disciplinare gli effetti della guerra sui contratti in corso né in senso manutentivo, né in senso caducatorio.

Ha già concluso – sia pure limitatamente alla fase cautelare – nel secondo senso una recente ordinanza del Tribunale di Arezzo, che in accoglimento di un ricorso *ex* art. 700 c.p.c., ha qualificato la crisi energetica ed il conseguente rincaro economico come eventi straordinari ed imprevedibili idonei a determinare la cessazione della fornitura dei servizi dedotti in contratto *ex* art. 1467 c.c. [49]. Più precisamente, il Tribunale ha rilevato come, nel caso sottoposto al suo giudizio "ricorra tale ipotesi, avendo l'energia elettrica raggiunto dei costi non prevedibili e superiori rispetto alle normali oscillazioni di mercato in ragione della crisi economica e finanziaria, alla quale si è aggiunto il conflitto bellico in atto in Europa; (…) Inoltre lo squilibrio tra le prestazioni cui le parti contrattuali sono rispettivamente tenute non appare avere carattere temporaneo protraendosi in misura sempre maggiore da molti mesi".

Questa lettura richiama quella, già citata in premessa, contenuta nell'art. 1 del decreto luogotenenziale n. 739/1915, che considera la guerra una causa di forza maggiore anche quando rende la prestazione (in astratto ancora eseguibile, ma) eccessivamente onerosa.

---

[45] A. CORRERA, *Protezione temporanea per la popolazione ucraina: una svolta per la politica di asilo dell'Unione europea*?, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2022, 1 ss.

[46] R. SANTAGATA, *Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *Giustiziacivile.com*, 17 aprile 2020; S. POLLASTRELLI, *Trasporti e turismo nell'emergenza epidemiologica da coronavirus. Sfera soggettiva di protezione dei diritti dei passeggeri*, in CALZOLAIO, POLLASTRELLI, MECCARELLI (a cura di), *Il diritto della pandemia. Temi, problemi, domande*, EUM, 2020, 105.

[47] La relazione allegata al d.l. n. 9/2020, su www.senato.it, si richiama alla giurisprudenza in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione, irrealizzabilità dell'interesse delle parti e causa in concreto. Sul punto, v. *amplius*: G. VULPIANI, *Emergenze epidemiologiche e contratti del turismo: il caso del Coronavirus* cit., ed ivi, nota 14. Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, riguardante la risoluzione di un contratto di soggiorno presso un hotel stipulato tra due coniugi e un'agenzia di viaggio per impossibilità di utilizzo della prestazione a causa del decesso di uno dei due coniugi, avvenuto il giorno prima della partenza, in *Nuova giur. civ.*, 2008, 105, con nota di S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*, in cui si analizza anche la notissima sentenza (Cass., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315); in *Corr. giur.*, 2008, 921, con nota di ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*; in *Contratti*, 2008, 786, con nota di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*. La citata sentenza si rifà alla precedente pronuncia Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Nuova giur. civ.*, 2008, 331, con nota di S. NARDI, in *Dir. turismo*, 2007, 375, con nota di G. BENELLI, *La risoluzione del contratto di viaggio per impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della vacanza*; in *Giur. it.*, 2008, 857, con nota di C. BARTOLUCCI, *Nota sulla definizione della causa del contratto*; in *Giur. it.*, 2008, 1133.

[48] V. art. 78, comma 4-*sexies*, d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla legge 27/2020, per le imprese agricole, nonché art. 113 d.l. n. 34/2020 per gli enti locali.

[49] Trib. Arezzo, 22 giugno 2022, in *dejure.it.*



L'impossibilità sopravvenuta della prestazione può essere generata anche dal c.d. *factum principis*, cioè dal rispetto, da parte del debitore, delle prescrizioni imposte dalla legge e dall'autorità, tra cui possono annoverarsi le sanzioni imposte dall'Unione Europea alla Russia relative al divieto di interscambio commerciale [50]. Un'impresa italiana, alla quale è impedita l'esportazione in Russia di beni e tecnologie adatti all'uso nell'aviazione e all'industria spaziale potrà provare agevolmente la causa non imputabile del proprio inadempimento, consistente nell'ottemperanza alle sanzioni dell'Unione.

Mutatis mutandis, anche il rispetto della normativa emergenziale di contenimento del contagio può generare numerose ipotesi di *factum principis* (si pensi ad un contratto di trasporto che non può essere eseguito a causa dei limiti alla circolazione [51]).

In generale, la giurisprudenza ha sottolineato come il *factum principis* non operi "automaticamente" quale esonero di responsabilità, atteso che sul debitore grava, comunque, l'onere di provare che l'ordine o il divieto dell'autorità sia stato determinante nella causazione dell'inadempimento e che consista in un fatto totalmente estraneo alla volontà dell'obbligato [52].

Sotto il versante del diritto amministrativo, come già accennato, l'ANAC, nella citata delibera recante "Indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica adottate in Cina e della situazione bellica in Ucraina sul regolare adempimento delle obbligazioni assunte nell'ambito di contratti pubblici" dell'11 maggio 2022, ha esteso l'ambito di applicazione dell'art. 3 comma 6-bis agli inadempimenti generati dalla situazione bellica in Ucraina delle obbligazioni discendenti dai contratti pubblici di servizi e forniture. Più precisamente, l'Autorità ha qualificato il lockdown in Cina e la guerra in Ucraina come "cause di forza maggiore", estranee al controllo dei contraenti; pertanto, nei casi in cui è oggettivamente impossibile l'esatto adempimento dell'obbligazione dedotta in contratto, le amministrazioni possono valutare l'opportunità di adottare i rimedi appositamente previsti *ex* artt. 106 e 107 del d.lgs. n. 50/2016, consistenti rispettivamente nella sospensione dell'esecuzione del contratto o nella rinegoziazione dei termini, ovvero, di escludere l'applicabilità delle penali o la risoluzione contrattuale.

Sembra dunque che il conflitto bellico possa rientrare tra le circostanze "impreviste ed imprevedibili che alterano in maniera significativa il costo dei materiali necessari alla realizzazione dell'opera" di cui all'art. 106, comma 1, lett. c), n. 1, d.lgs. n. 50/2016, alla luce dell'interpretazione fornita dall'art. 7 commi 2-*ter* e 2-*quater*, del d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito con modificazioni dalla legge 29 giugno 2022, n. 79.

---

[50] La Russia è già oggetto di una serie di sanzioni commerciali, in essere dal 2014 (reg. UE 269/2014; reg. UE 692/2014; Reg. UE 833/2014), che sono state aggravate nei giorni scorsi a seguito dell'invasione. Si fa riferimento ai regolamenti UE 327/2022, 328/2022 e 263/2022. Per approfondimenti: *https://eu-solidarity-ukraine.ec.europa.eu/eu-sanctions-against-russia-following-invasion-ukraine_it.*

[51] F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, cit., 8.

[52] Cass., 10 giugno 2016, n. 11914 in *dejure.it*: "Questa Corte, in relazione all'ipotesi in cui un evento che incide negativamente sull'attuazione del rapporto obbligatorio, possa ritenersi idoneo a giustificare l'inadempimento o il ritardo nell'esecuzione della prestazione, ha ritenuto che nell'ipotesi di cd. *factum principis* deve ritenersi sussistente la responsabilità del debitore laddove il medesimo vi abbia colposamente dato causa (v. Cass. n. 21973/07). Ciò in quanto il *factum principis* non basta, di per sè solo, a giustificare l'inadempimento ed a liberare l'obbligato inadempiente da ogni responsabilità. Perché tale effetto estintivo si produca è necessario che l'ordine o il divieto dell'autorità sia configurabile come un fatto totalmente estraneo alla volontà dell'obbligato e ad ogni suo obbligo di ordinaria diligenza, il che vuoi dire che, di fronte all'intervento dell'autorità, il debitore non deve restare inerte nè porsi in condizione di soggiacervi senza rimedio, ma deve, nei limiti segnati dal criterio dell'ordinaria diligenza, sperimentare ed esaurire tutte le possibilità che gli si offrono per vincere e rimuovere la resistenza o il rifiuto della pubblica autorità (così, Cass. n. 818/70). Inoltre, nel caso in cui il debitore non abbia adempiuto la propria obbligazione nei termini contrattualmente stabiliti, egli non può invocare l'impossibilità della prestazione con riferimento ad un provvedimento dell'autorità amministrativa che fosse ragionevolmente prevedibile secondo la comune diligenza (Cass., Sentenza n. 2059 del 23/02/2000)".



Il carattere derogatorio della disciplina speciale sugli appalti pubblici rispetto alle regole generali contenute nel codice civile non ne permette una trattazione unitaria in materia di sopravvenienze contrattuali e relative conseguenze [53], come dimostrato dai recenti interventi legislativi [54] sulle variazioni di prezzo previsti esclusivamente per i contratti pubblici [55]. In caso di oscillazioni del prezzo dei materiali (o in generale, in caso di variazioni del valore economico dell'oggetto del contratto), troveranno applicazione, ricorrendone i presupposti, l'art. 1664 c.c. in tema di appalti privati e, per tutti gli altri contratti, l'art. 1467 c.c.

In generale le parti private sono poi libere di modificare il regolamento negoziale già in essere, inserendo clausole di limitazione della responsabilità [56] o di revisione dei prezzi.

3. – Sembra che le pur pregevoli osservazioni che sino ad ora sono state svolte dalla dottrina, con riferimento al fenomeno della pandemia in rapporto alla disciplina dei contratti e delle obbligazioni, non possano ritenersi esaustive in quanto è stato dato sinora scarso rilievo al fenomeno dei contratti conclusi durante la pandemia e finalizzati al reperimento, ad esempio, di misure di protezione dal contagio (mascherine, guanti, gel disinfettante, servizi di sanificazione …) stipulati a condizioni inique [57] ovvero disattendendo palesemente le aspettative dei consumatori che intendevano acquisire dispositivi di sicurezza in grado di prevenire il rischio del contagio e che in molti casi si sono rivelati assolutamente inidonei all'uso ipotizzato.

La dottrina ha infatti ben evidenziato come l'iniquità delle condizioni del contratto possa essere ravvisata non solo sotto il profilo quantitativo, come sembra ovvio, ma anche qualitativo [58] avuto riferimento, perciò, alla piena idoneità funzionale dei beni e servizi acquistati con riferimento all'uso che la parte vuol ritrarre da essi.

La guerra non influenza invece l'oggetto materiale del contratto: non sono ipotizzabili, sul suolo italiano, contratti aventi ad oggetto armi o dispositivi di difesa, che si rivelino difettosi o inidonei all'uso. Il conflitto incide invece sulla determinazione del prezzo di molti beni, sia direttamente (come nel caso di carburante, gas o energia elettrica), sia indirettamente (anche in caso di beni essenziali, come cibo o medicine), essendo spesso l'aumento dei costi scaricato dagli *stakeholders* sul consumatore, acquirente del bene finale [59].

---

[53] E. STRACQUALURSI, *Varianti e rinegoziazioni nella disciplina degli appalti: emergenza e principio di concorrenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 5, 139 ss. secondo cui la disciplina dell'art. 106 del Codice dei contratti pubblici "*si presenta come una disposizione speciale e derogatoria rispetto a quella disciplinata dall'art. 1664 cod. civ.* Anche la giurisprudenza amministrativa sostiene l'inapplicabilità della norma de qua agli appalti pubblici alla luce del principio di specialità della disciplina dettata in materia dal Codice dei contratti pubblici (Cons. Stato n. 3768/2018 e n.1980/2019; 2446/2022), sia pure in riferimento al previgente d.lgs. 163/2006).

[54] Art. 1-*septies*, d.l. 25 maggio 2021, n. 73, conv. in legge 23 luglio 2021, n. 106 recante: "Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali" (decreto sostegni-bis); Art. 29 d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, conv. in legge 28 marzo 2022, n. 25, recante "Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico" (Decreto Sostegni-*ter*).

[55] S. FANTINI, *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 641 ss.; M. GERARDO, *L'incidenza della gestione della pandemia e delle conseguenze della guerra in Ucraina sui contratti di appalto pubblico in corso di esecuzione*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 1, 2022, 1 ss.

[56] F. LONGOBUCCO. *Mutamenti convenzionali del regime legale dell'inadempimento: profili sistematici e ricostruttivi*, in *Contratto e impresa*, 2017, 1, 170 ss.

[57] Ritiene autorevolmente che le ipotesi di rescissione del contratto rientrino fra le turbative del procedimento di formazione del contratto A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, V ed., Giappichelli, 2019, 122 ss.

[58] P. GALLO, *Trattato del contratto*, t. 3, Giappichelli, 2010, 1855.

[59] E. MARCHISIO. *Riflessioni sul "giusto prezzo" in tempi di crisi (da coronavirus... ma non solo)*, in *Giur. comm.*, 2020, 1245 ss;



Ciò chiarito, occorre soffermarsi sul concetto di "iniquità" del contratto.

Il sopravvenire del cattolicesimo impose l'esigenza, prima di tutto d'ordine morale, di assicurare che i contratti conclusi dalle parti rispettassero il principio della proporzione oggettiva tra le prestazioni [60]. L'obiettivo da raggiungere era quello di garantire che l'equilibrio contrattuale perdurasse per l'intero svolgimento del rapporto contrattuale e non solo al momento della sua formazione.

Da un lato si tentò di escogitare un sistema idoneo ad evitare che le parti si sottoponessero a regolamenti contrattuali *ab initio* iniqui a causa della manifesta sproporzione tra le prestazioni, delineando l'istituto della rescissione per lesione [61] e, dall'altro, di assicurare che l'equilibrio iniziale perdurasse per tutta la durata dell'esecuzione del rapporto nelle ipotesi in cui essa si protraeva o era differita nel tempo pervenendo così alla regola *rebus sic stantibus* che è alla base della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta *ex* art. 1467, comma 2, c.c.

L'azione di rescissione, pertanto, insieme all'azione di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta costituiscono nel nostro ordinamento i principali istituti equitativi che consentono di evocare, in un certo qual senso, il concetto di giustizia contrattuale [62].

A. GIRELLA, *Contrasto all'indebito aumento dei prezzi di mascherine protettive e altri prodotti per la tutela della salute*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2020, 87 ss.

[60] Su detto principio v. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 534 e ss.; nonché gli atti del convegno svoltosi a San Marino il 17 e 18 novembre 2000, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di FERRONI, Esi, 2002.

[61] È proprio l'influenza della morale cristiana il presupposto che decretò la nascita della rescissione, elaborata nel diritto postclassico, come rimedio all'iniquità contrattuale. È noto che il rimedio compare per la prima volta in una costituzione dell'anno 253 d.C. attribuita a Diocleziano e Massimiano e riportata nel Codice giustinaneo, sullo sviluppo storico dell'istituto cfr. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, Giuffrè, 1952, 134; R. DEKKERS, *La lésion énorme*, Sirey, 1937; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Jovene, 1962, 4 ss.; S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 1921, 68 ss.; G. BAVIERA, *Concetto e limiti dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano*, Mélanges Girard, 67 ss.; A. PICCIRILLO, *Rescissione* (diritto romano), in *Novissimo Dig. it.*, XV, Giappichelli, 1968, 578 ss.; S. CAPRIOLI, *Rescissione (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 935; T.O SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 354 ss.; E. BENEDETTINI, *Rescissione della vendita per causa di lesione. Appunti di storia e legislazione comparata*, in *Arch. giur.*, 1910, 262 ss. Una lucida ricostruzione storica si ritrova anche in M. SESTA, *Comunione di diritti, scioglimento, lesione*, Jovene, 1988, 17 ss. In merito all'istituto della rescissione molteplici sono i contributi dottrinali. Tra gli altri v. E. BATTISTONI, *Usura e lesioni*, Un. Tip. Ed. Ferrari e Occella, 1933; C. VOCINO, *La rescissione della vendita per lesione e la posizione del compratore*, Società editrice del foro italiano, 1931, *passim*; G. SCALFI, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, in *Temi*, 1949, 39 ss.; N. DI STASO, *I presupposti e il fondamento giuridico dell'azione generale di rescissione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, 104 ss.; F. MESSINEO, *Lo stato di bisogno nella lesione contrattuale enorme*, in *Foro it.*, 1950, 193 ss.; L. MAJORANO, *L'azione di rescissione e l'azione di annullamento*, in *Foro it.*, 1953, IV, 85 ss.; V. RIZZO, *Sulla nozione di stato di bisogno nella rescissione per lesione*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 166 ss.; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. imp.*, 1985, 309 ss.; G. MARINI, *Rescissione*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 966 ss.; F. CARRESI, voce *Rescissione,* in *Enc. giur. Treccani*, Zanichelli, 1989, 1 ss.; ID., *La fattispecie della rescissione per lesione,* in *Studi per Greco*, Cedam, 1965, 113 ss.; A. CANDIAN, *Contributo alla dottrina dell'usura e della lesione*, Giuffrè, 1946, L. CORSARO; *Rescissione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ*, XVI, Giappichelli, 1997, 231 ss.; G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 274 ss.; E. MINERVINI, *La rescissione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, Giappichelli, 1999, 1431 ss.; B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Commentario* Schlesinger, Giuffrè, 2000, 21 ss.; I. TERRUGGIA, *La rescissione del contratto nella giurisprudenza*, Giuffrè, 1994; R. LANZILLO, A. RICCIO, *Rescissione del contratto*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di GALGANO, Zanichelli, 2005, 1 ss.; M. DE POLI, *Rescissione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, diretto da BUSNELLI, Giuffrè, 2015, 3 ss. Sin dalla sua nascita l'istituto si conciliava a fatica con le esigenze della pratica commerciale. Fu per questo che nel *Code Napoleon* ne fu ristretto l'ambito applicativo alle sole vendite immobiliari ed alla divisione.

[62] Un confronto tra i due istituti alla luce in una prospettiva rimediale è contenuto in A. FACHECHI, *Stato d'emergenza, alterazione del rapporto contrattuale e giusto rimedio*, in *Rassegna di diritto civile*, 2020, 1031.



Del secondo istituto la dottrina ha avuto modo di evidenziarne l'utilità al fine di consentire l'individuazione delle tecniche di tutela dei contraenti al tempo della pandemia o del conflitto bellico, limitatamente ai problemi connessi ai contratti preesistenti al verificarsi dell'emergenza, essendo necessaria la posteriorità dell'evento straordinario ed imprevedibile per l'applicazione dell'art. 1467 c.c., rispetto alla costituzione del vincolo.

Del primo istituto credo che sia opportuno fare una analisi sintetica al fine di verificarne l'idoneità a porsi tra gli istituti invocabili a tutela del contraente che abbia stipulato un contratto a condizioni inique, al fine di salvare sé stesso o i suoi congiunti dal pericolo di infezione virale ovvero per soddisfare i propri bisogni economici comunque finalizzati a reperire liquidità da utilizzare sempre per acquisire dispositivi di sicurezza o farmaci efficaci per la lotta contro il coronavirus. In maniera non dissimile, il contraente, che si trova in una situazione di necessità, può concludere un contratto a condizioni inique per acquistare beni essenziali a soddisfare i bisogni primari (carburante per recarsi al lavoro; gas per il riscaldamento …).

In presenza di una situazione attuale di pericolo di danno grave alla persona, infatti, una parte può essere indotta da una forte pressione psicologica [63] a contrarre al fine di salvare sé od altri da tale minaccia anche a condizioni svantaggiose.

Riterrei che sia il caso di prendere in considerazione anche la possibilità che siano stati attuati contratti di alienazione di beni al fine di ottenere liquidità per l'acquisto di beni e servizi [64] direttamente volti a procurare alla parte i beni di prima necessità, o, nello specifico, dispositivi di sicurezza della più varia natura al fine di preservare sé e i propri congiunti dal rischio di contagio. L'acquisto di beni di prima necessità, volti a proteggere un contraente o terzi dal pericolo di un danno grave alla persona (come tale, un danno alla salute per infezione da Covid) rientra nella fattispecie della rescissione di contratto concluso in stato di pericolo, ex art. 1447 c.c.: in tale ipotesi, non è richiesto il requisito ulteriore della lesione *ultra dimidium*.

Possono verificarsi anche delle fattispecie in cui manchi l'attualità del pericolo di danno grave alla persona, pur in presenza dei requisiti della sproporzione oggettiva e dell'approfittamento di un contraente della situazione di difficoltà economica dell'altro. Si pensi alle ipotesi – diverse dall'acquisto impellente di farmaci, di medicinali salvavita connessi alle sperimentazioni contro il coronavirus) e dispositivi di sicurezza [65] – di urgente adempimento dei debiti a cui non si riesce a far fronte a causa della situazione di illiquidità, derivante dalla chiusura forzata delle attività economiche; alla stipula di contratti di appalto finalizzati alla esecuzione di necessari servizi di sanificazione degli ambienti; o ancora, all'acquisto di carburante o di energia, beni necessari per il soddisfacimento di bisogni primari, come recarsi al lavoro. Il contraente in una posizione di forza economica, consapevole dei bisogni dell'altro, potrebbe approfittarne, ad esempio concedendo un mutuo ad un tasso di interesse usuraio, accettato dal soggetto bisognoso per fare fronte rapidamente ad una situazione di mancanza di denaro [66]; tali vicende potrebbero integrare anche gli estremi dell'azione generale di rescissione per lesione *ex* art. 1448 c.c. [67]. I contratti saranno rescindibili perché stipulati in stato di bisogno,

---

[63] A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 122.

[64] P. GALLO, *Trattato del contratto,* cit., 1856 ss.

[65] In tal senso cfr. B. CARPINO, *La rescissione*, cit., 33; RIZZO, cit., 170 ss.

[66] Sul rapporto tra reato di usura e rimedio rescissorio, v. P. PERLINGIERI, *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 480-494; D. COLAVINCENZO, *Rescissione per lesione e nullità parziale del contratto sproporzionato usuraio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 438-455.

[67] Non ha trovato consensi la tesi di chi (F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Esi, 2002, 341 ss.) ha sostenuto il superamento della disciplina codicistica della rescissione per stato di bisogno sulla scorta del riconoscimento a consumatori ed utenti del diritto fondamentale alla correttezza, trasparenza e in particolare all'equità dei rapporti contrattuali relativi a beni e servizi di cui all'art. 1, lett. e), della legge 30 luglio 1998, n. 281, ora corrispondente all'art. 2 del codice di consumo. In realtà, come ben evidenzia A. CATAUDELLA, *I contratti,* cit., 123, nt. 192, l'art. 33, comma 1,



inteso come difficoltà economica al reperimento di denaro liquido, non fine a se stesso, ma al fine di utilizzarlo per il soddisfacimento di interessi ulteriori [68].

Risulta così un rinnovato interesse verso l'istituto della rescissione sia per l'ipotesi di contratto concluso in stato di pericolo che in stato di bisogno, nel senso appena specificato; il dato comune [69] alle due fattispecie descritte agli artt. 1447 e 1448 c.c., che deve essere stigmatizzato, è che non deve essere considerato possibile approfittarsi della particolare condizione di pericolo o di bisogno in cui sia incorsa l'altra parte al fine di indurla ad accettare una proposta di contratto a condizioni svantaggiose [70].

Premesso quanto sopra specificato, è possibile affermare che il ricorso all'azione di rescissione del contratto concluso in stato di pericolo, rappresentato dal possibile contagio, può essere un valido terreno di elezione per la scelta della tecnica rimediale più consona alla tutela del contraente che, al tempo del coronavirus e per effetto dello stesso, abbia subìto condizioni inique nella stipulazione di un contratto di scambio.

Con riguardo allo stato di pericolo, infatti, il contratto stipulato costituisce per la parte il mezzo strumentale per il conseguimento della salvezza da un pericolo attuale di un danno grave alla persona, anche se esso fosse solo putativo e non reale come è in realtà il rischio di contagio da Covid-19.

La minaccia del danno grave deve essere motivo determinante del consenso pur se rapportata in senso relativo alla persona minacciata ma tale da essere chiaramente percepita dalla controparte come causa della accettazione delle condizioni inique imposte allo scambio.

Non assume alcuna importanza, poi, il fatto che il pericolo possa essere evitato in altro modo. L'unico elemento che assume rilevanza è che la parte che si sentiva in pericolo non era nelle condizioni di negoziare un contenuto equo del contratto.

L'affidamento della controparte è ovviamente tutelato dalla circostanza che quest'ultima deve essere a conoscenza dello stato di necessità in cui si trova l'altra parte fino al punto da trarne vantaggio economico oggettivamente ingiustificato. Potremmo quindi ritenere che tutti quei contratti, spesso conclusi *online* stanti la estrema difficoltà di circolazione dei consumatori nel territorio dello Stato a causa dei provvedimenti limitativi della libertà di circolazione e la scarsità di locali commerciali aperti al pubblico, con cui qualcuno acquista dispositivi di sicurezza contro il contagio a prezzi esorbitanti e comunque a condizioni non eque, possano essere impugnati con l'azione di rescissione.

Altra ipotesi, oggi di scuola, ma ripresa dal periodo bellico, è quella delle truppe di occupazione che, minacciando una deportazione di massa, impongano ad una categoria di cittadini di raccogliere un'ingente somma di denaro, costringendoli di riflesso ad una vendita in massa di tutti i propri beni per procurarsi il denaro richiesto. In tal caso, poiché l'obbligazione iniqua è stata assunta per evitare il pericolo di danno grave alla persona, se lo stato di pericolo è noto alla controparte, che ha acquistato i beni ad un prezzo irrisorio, il contratto è rescindibile *ex* art. 1447 c.c.

---

del cod. cons. considera vessatorie solo le clausole che determinino un "significativo squilibrio", e quindi una grave iniquità, peraltro escludendo che la vessatorietà possa essere dichiarata con riguardo alla adeguatezza del corrispettivo e quindi considerando il profilo economico. Inoltre, l'art. 34, comma 4, cod. cons. esclude che possano essere considerate vessatorie le clausole che abbiano formato oggetto di specifica trattativa tra le parti.

[68] P. GALLO, *Trattato del contratto* cit., 1860 ss. il quale però mette in guardia dal generalizzare la concezione dello stato di bisogno in senso troppo lato, suggerendo di selezionare l'ambito degli interessi che spingono la parte a soddisfare il proprio bisogno sulla base della valutazione della loro meritevolezza.

[69] Stigmatizza le notevoli affinità, sotto il profilo degli effetti psicologici che determinano sul soggetto, tra le turbative provocate dallo stato di pericolo e quelle provocate dallo stato di bisogno, A. CATAUDELLA, *I contratti,* cit., 125.

[70] P. GALLO, *Trattato del contratto,* cit., 1851-1852.



Resta poi inoltre sempre possibile richiedere anche il risarcimento del danno in conformità agli artt. 1337 e 2043 c.c. nei casi in cui essi siano applicabili in aggiunta all'esercizio dell'azione di rescissione [71].

4. – In caso di compravendita di un dispositivo di sicurezza finalizzato ad evitare il contagio da Covid-19, che si riveli inidoneo all'uso, sarà senz'altro possibile per l'acquirente invocare le garanzie per i vizi redibitori e la mancanza di qualità, le cui azioni sono soggette ai termini di prescrizione e decadenza di cui all'art. 1495 c.c. Come già chiarito, un parallelismo con un caso analogo connesso alla vicenda bellica (arma difettosa; dispositivo di protezione non funzionante) è possibile solo in astratto. Prescindendo dall'oggetto dedotto specificamente in contratto, e ragionando sul piano generale della fattispecie, le seguenti considerazioni sono adattabili alle situazioni pratiche che di volta in volta possono verificarsi.

Il primo comma dell'art. 1490 c.c., precisa che "il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore". Il vizio redibitorio consiste, pertanto in una anomalia strutturale del bene che incide sulla sua utilizzabilità o sul suo valore.

La prima ipotesi descritta dalla norma riguarda i vizi che rendono la cosa assolutamente inidonea all'uso cui è destinata; la seconda riguarda i vizi che rendono il bene meno idoneo all'uso o, che, pur non incidendo sulla idoneità all'uso, ne diminuiscono il valore [72].

La giurisprudenza della Corte di Cassazione è costante nel ritenere che si ha vizio redibitorio qualora la cosa consegnata al compratore presenti imperfezioni concernenti il processo di produzione o di fabbricazione che la rendano inidonea all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore [73].

Accanto al vizio redibitorio, il codice individua altre ipotesi di anomalia del bene venduto consistenti nella mancanza di qualità essenziali e nella mancanza di qualità promesse, per l'uso cui esso è destinato, la cui disciplina è contenuta nell'art. 1497 c.c.; in tali casi il compratore ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento sempre che il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi.

In giurisprudenza si è sostenuto che la mancanza di qualità si differenzia dal vizio redibitorio in quanto, pur presupponendo – come quest'ultimo – l'appartenenza della cosa al genere pattuito, è inerente alla natura della merce e concerne tutti quegli elementi essenziali e sostanziali che, nell'ambito del medesimo genere, influiscono sulla classificazione della cosa in una specie, piuttosto che in un'altra.

La mancanza di qualità è quindi la mancanza di particolari perfezionamenti che rendono la cosa idonea all'uso cui è destinata. La mancanza di qualità può concernere tanto qualità espressamente promesse quanto qualità essenziali per l'uso cui la cosa è destinata. La necessità di tale qualità può risultare dalla richiesta del compratore e accettata dal venditore ovvero da esplicita promessa del venditore; può anche risultare dalla consapevolezza nel venditore dell'uso cui la cosa è destinata.

Gli artt. 1492, 1493 e 1494 c.c. disciplinano le azioni che competono al compratore per il caso di bene

---

[71] P. GALLO, *Trattato del contratto,* cit., 1854.

[72] F. RENDE, *La garanzia per i vizi nella vendita di diritto comune. Parte prima: presupposti e limiti*, in *I Contratti*, 2016, 592 ss., e *arte seconda: i rimedi*, *ivi*, 7, 688 ss.

[73] *Ex multis* vd. Cass., 5 aprile 2016, n. 6596, in *Mass. giust. civ*., 2016, 598; Cass., 16 dicembre 2019, n. 33149, in *Foro it*., 2019, 111.



inidoneo all'uso per il quale è destinato o inficiato da vizi che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore: la risoluzione del contratto (azione redibitoria) o la riduzione del prezzo (azione estimatoria o *quanti minoris*), nonché il risarcimento del danno.

L'art. 1493 c.c. pone a carico del venditore, a seguito della risoluzione, l'obbligo di restituire il prezzo e rimborsare le spese e i pagamenti legittimamente fatti per la vendita e a carico del compratore quello della restituzione della cosa se questa non è perita in conseguenza dei vizi.

L'esercizio dell'azione di risoluzione per vizi della cosa venduta non richiede, né per i sostenitori della tesi della garanzia pura [74], né per quanti preferiscono parlare di "violazione della *lex contractus* [75]" pur in assenza di inadempimento di un'obbligazione [76], l'individuazione dell'elemento soggettivo della colpa in capo al venditore [77], la quale è invece richiesta nella diversa ipotesi di risoluzione per difetto delle qualità promesse *ex* art. 1497 c.c., norma che, a differenza della prima, richiama le disposizioni generali dell'istituto della risoluzione per inadempimento, fondato, come noto, sul principio della colpa dell'inadempiente.

Nell'ipotesi di mancanza di qualità (promesse o essenziali), è riconosciuto all'acquirente soltanto il rimedio della risoluzione del contratto, non essendo invece ammessa l'azione per la riduzione del prezzo, che re-

---

[74] La tesi che configura la garanzia per i vizi nella vendita codicistica come "assicurazione contrattuale" o garanzia pura è sostenuta da una parte della dottrina: v., fra gli altri, A. DI MAJO, A. GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967; G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1937, 88. ss.; L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm*., 1953, I, 145 ss.; R. LUZZATTO, *La compravendita* (ediz. postuma a cura di Persico), Torino,1961, 168 ss.; F. GALGANO, *voce "Vendita"*, in *Enc. dir*., XLVI, Milano, 1993, 491 ss. Criticamente si osserva che, mentre nella "garanzia pura", il garante si accolla un rischio rispetto ad un evento che non ha il potere di controllare, né di evitare, in tema di compravendita il venditore si impegna, mediante il negozio giuridico, a realizzare un determinato risultato, ossia trasferire al compratore un bene corrispondente a quello individuato nel contratto e sul quale ha acquisito un diritto dominicale: in questo secondo caso, l prodursi di situazioni pregiudizievoli alla soddisfazione dell'interesse dell'acquirente, come l'esistenza di vizi, rientrerebbero nella sfera di controllo dell'alienante. Cfr. F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 165; A. LUMINOSO, A., *La compravendita*, Torino, 2003, 227 ss., secondo cui: *"*La disciplina degli istituti della garanzia nella vendita ha alla base un impegno del venditore a realizzare un'attribuzione traslativa corrispondente all'oggetto del contratto e l'operatività dei relativi rimedi presuppone l'esistenza di situazioni pregiudizievoli – quali la mancanza di titolarità del diritto da parte del venditore o l'esistenza di vizi materiali o giuridici della cosa – che rientrano nella sfera di controllo del venditore"; B. AGOSTINIS, *La garanzia per i vizi della cosa venduta – Le obbligazioni del compratore – Artt. 1490-1499*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2004, 318 ss.

[75] Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Resp. civ. e prev*., 2019, 1860, con nota di A. LUMINOSO, *Natura della garanzia per vizi nella vendita*: "La consegna di una cosa viziata integra un inadempimento contrattuale, ossia una violazione della *lex contractus*; ma, come è stato persuasivamente osservato in dottrina, non tutte le violazioni della *lex contractus* realizzano ipotesi di inadempimento di obbligazioni". I concetti recepiti dalla giurisprudenza costituiscono la sintesi di riflessioni maturate da autorevole dottrina in argomento: D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO, II ed., Milano, 1971, 637 ss.; E. RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965, 210 ss., L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, 277 ss.; P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, 207 ss.

[76] Minoritaria rimane invece l'opinione, pur autorevole, di chi ravvisa nella garanzia per i vizi un'obbligazione specifica del venditore, di talché la violazione del descritto obbligo sarebbe qualificabile come inadempimento: v. C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, VII, 1, I ed., Torino, 1993, 708. A questa ricostruzione si eccepisce l'evidente difficoltà di concepire una obbligazione avente ad oggetto il trasferimento di un bene esente da vizi quando, raggiunto l'accordo, l'acquirente è già diventato proprietario di un bene che presentava, *ex ante*, dei difetti, come ricordato anche nella citata pronuncia dai giudici di legittimità secondo i quali "l'immunità da vizi non può assurgere a contenuto del precetto negoziale, perché l'obbligazione può avere ad oggetto una prestazione futura, ma non il modo di essere attuale della cosa dedotta in contratto".

[77] Cass., 18 maggio 2009, n. 11423, in *www.personaedanno.it* con nota redazionale del 18 maggio 2009, *Il prodotto è difettoso, ma il venditore si prodiga per ripararlo: il contratto va sciolto comunque.* Conclude in questo senso, Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, cit.: "Si tratta di una responsabilità che prescinde da ogni giudizio di colpevolezza del venditore e si fonda soltanto sul dato obiettivo dell'esistenza dei vizi; essa si traduce nella soggezione del venditore all'esercizio dei due rimedi edilizi di cui può avvalersi il compratore".



sta tradizionalmente riservata ai vizi [78]. L'azione di risarcimento dei danni è prevista dall'art. 1494 c.c., e si caratterizza per una presunzione dell'esistenza dell'elemento soggettivo colposo, con conseguente prova liberatoria a carico del venditore, che consiste nell'ignoranza non colpevole dei vizi.

La Cassazione [79], pertanto, al fine di rafforzare la tutela del compratore nei casi più gravi di inadempimento, anche al fine di svincolarlo dai brevi termini di decadenza e di prescrizione previsti dagli artt. 1495 e 1497 c.c. per i vizi e la mancanza di qualità, individua l'*aliud pro alio* che ricorre quando la cosa venduta non sia semplicemente difettosa od imperfetta, ma sia completamente diversa da quella dedotta in contratto, tanto da appartenere ad un genere merceologico differente (Cass. n. 1038/1998). In tale caso l'azione che compete al compratore è l'azione di adempimento o di risoluzione *ex* art. 1453 c.c., soggetta alla ordinaria prescrizione decennale, posto che l'*aliud pro alio* esula dalla garanzia redibitoria, configurandosi come una violazione dell'obbligazione principale del venditore che è quella di consegnare la cosa venduta [80].

La S.C. [81], in proposito, è infatti costante nel sostenere che la consegna di *aliud pro alio* consenta di promuovere l'azione contrattuale di risoluzione o di adempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c.

La giurisprudenza, abbandonando il criterio più rigoroso seguito inizialmente per definire il concetto di *aliud pro alio*, ha ritenuto opportuno rifarsi ad un criterio di giustizia sostanziale posto dal caso concreto, cercando di tutelare, ove possibile, il contraente più debole [82]. La S.C. [83] ha a tal fine ampliato l'istituto dell'*aliud pro alio*, mediante un approccio funzionale estendendo tale istituto anche ai casi in cui il bene consegnato non appartiene ad un genere diverso da quello pattuito, ma sia privo delle particolari qualità necessa-

---

[78] La conclusione cui si giunge nel testo non è pacifica, nonostante il tenore letterale della disposizione: se il contraente ha diritto al rimedio "drastico" della risoluzione, a fortiori gli è implicitamente riconosciuto il diritto alla riduzione del prezzo, che rappresenta un *quid minus*. Secondo l'opinione dottrinale prevalente infatti, nonostante l'apparente autonoma regolamentazione della mancanza di qualità *ex* aart. 1497 c.c., differenze apprezzabili di disciplina tra vizi e mancanza di qualità non paiono tuttavia giustificate. E ciò non solo per la sostanziale identità, dal punto di vista ontologico, tra vizi e mancanza di qualità essenziali, ma anche perché la mancanza di qualità – al pari dei vizi redibitori – concreta un difetto della cosa preesistente alla conclusione del contratto che può costituire fonte di una responsabilità del venditore. Si impone quindi l'estensione analogica al fenomeno previsto dall'articolo 1497 delle norme degli articoli 1490-1495 c.c. Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 377. Si osserva tuttavia che vizi e mancanza di qualità danno vita ad azioni strutturalmente e funzionalmente differenti: mentre la garanzia per i vizi *ex* art. 1494 c.c. ha la finalità di assicurare l'equilibrio contrattuale indipendentemente dalla colpa del venditore, l'azione *ex* art. 1497 c.c. rientra, quanto a presupposti, in quella disciplinata dall'art. 1453, e dunque postula che l'inadempimento sia imputabile al venditore e abbia non scarsa importanza, tenuto conto dell'interesse della parte non inadempiente. Alle due distinte categorie corrispondono pertanto due diverse azioni, rispettivamente la redibitoria e quella contrattuale, che rientra nella disciplina ordinaria dei rimedi contrattuali. Cfr. Cass. 16 dicembre 2019, n. 33149 in *www.dejure.it* e, in dottrina, P. GRECO e G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. Cod. civ*., a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1981, 237.

[79] Cass., 3 febbraio 1998, n. 1038, con nota di S. PURICELLI, *Vizi redibitori, mancanza di qualità e consegna di aliud pro alio: distinzione,* in *Contratti*, 1999, 146 ss.

[80] Cass., 25 gennaio 2018, n. 1889, in *Mass. giust. civ*., 2018, 33, conferma come nella vendita di *aliud pro alio* al compratore spetti l'ordinario diritto alla risoluzione del contratto soggetto alla prescrizione decennale e non l'azione redibitoria prevista dall'art. 1495 c.c.

[81] Cass., 7 marzo 2007 n. 5202, in *Danno e resp*., 2007, 311. Per una rassegna delle più recenti pronunce sul tema, si veda V. AMENDOLAGINE, *L'"aliud pro" nella compravendita*, in *Giur. it.*, 2019, 1231; F. SARTORIS, *Teorie a confronto sulla natura della garanzia per vizi a seguito delle ultime pronunce delle Sezioni Unite*, in *Persona e Mercato*, 2021, 189.

[82] V. MIRRA, *Cenni sui vizi occulti della vendita*, in *Giur. merito*, 2006, 4, 1062; Cass., 3 aprile 2014, n. 629, con nota di A. DE SIMONE, *La vendita di "aliud pro alio" nella giurisprudenza*, in *www.personaedanno.it.*

[83] Vd. in tal senso Cass., 12 novembre 1979 n. 5844, in *Giust. civ. mass.,* 1979, 2579, secondo la quale la mancanza di specifiche caratteristiche, specie se riguardanti macchine o apparecchiature, rende la cosa diversa non solo qualitativamente, ma anche funzionalmente, così da togliere alla stessa la idoneità alla destinazione specifica, facendola degradare in una sottospecie del tutto differente da quella dedotta in contratto. Numerose sentenze sono sinteticamente riportate da DE SIMONE, *La vendita,* cit.



rie per assolvere alla sua naturale funzione economico-sociale o a una eventuale altra funzione che le parti abbiano assunto quale essenziale.

Nel caso di vendita di beni di consumo, il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene. In presenza di tali difetti il consumatore potrà esperire i vari rimedi contemplati agli artt. 135-*bis*, *ter* e *quater* d.lgs. n. 206/2005, come da ultimo novellato dal d.lgs. 170/2021, attuativo della direttiva UE 2019/771 [84]. Tali rimedi sono graduati, per volontà dello stesso legislatore, secondo un ben preciso ordine: il consumatore potrà, in primo luogo, proporre al proprio dante causa la riparazione ovvero la sostituzione del bene [85] (rimedi primari, di cui agli artt. 135-*bis* comma 2 e 135-*ter*) e, solo in secondo luogo, e sempre alle condizioni contemplate dal settimo comma, potrà richiedere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto (art. 135-*quater*).Se il consumatore non rispetta l'ordine gerarchico dei rimedi, proponendo sin da subito la domanda di risoluzione, la conseguenza è l'inammissibilità della domanda proposta, ove eccepita dal convenuto [86]. Il consumatore non ha la possibilità di scegliere di volta in volta se richiamare la disciplina sulla vendita in generale o quella speciale, secondo le convenienze del caso concreto, dovendo sempre trovare applicazione la disciplina speciale in materia di contratti di vendita di beni di consumo, salva la possibile integrazione con le norme del codice civile in caso in cui manchi su un punto particolare una specifica regolamentazione. La domanda di risarcimento del danno derivante da difetto di conformità del bene di consumo, salvo che abbia ad oggetto danni indiretti, deve essere preceduta, così come l'azione di risoluzione, dalla richiesta di sostituzione o riparazione, a pena di inammissibilità.

Traslando il discorso dal piano teorico a quello pratico-applicativo, gli acquisti di prodotti sanitari (mascherine, gel igienizzanti) sono suscettibili di rientrare nell'alveo della disciplina dei beni di consumo, se acquistati da persone fisiche per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta [87]. Ad esempio, un errore nel processo di produzione di una partita di mascherine potrebbe rendere difettosi tutti i prodotti del lotto, in quanto inidonei a proteggere dal contagio (es. mancanza di uno strato o insufficiente quantità di materiale filtrante) con applicazione della relativa disciplina consumeristica o, in via residuale, *ex* art. 1490 c.c. Al contrario, se un gel sanificante acquistato a fini protettivi contro il coronavirus, abbia solo efficacia antibatterica e non antivirale, dovrebbe trovare applicazione – sempre al di fuori degli artt. 135-*bis*, 135-*ter*, 135-*quater* cod. cons. – la disciplina per la mancanza di qualità *ex* art. 1497 c.c.

5. – In termini astratti si può anche immaginare che chi acquista beni o servizi finalizzati alla eliminazio-

[84] A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contratto e impresa*, 2020, 806.

[85] L'Unione Europea incoraggia il primo dei due rimedi, per contribuire ad una maggiore durabilità dei prodotti e, in un'ottica di lungo periodo, ad un consumo sostenibile (cfr. Considerando 48 dir. 771/2019), cfr. D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Persona e Mercato*, 2021, 3, 495.

[86] In tal senso Trib. Savona, 15 settembre 2018, in *ilcaso.it.*

[87] Alcuni dispositivi di sanificazione potrebbero invece essere ad uso promiscuo (ad es., la mascherina utilizzata sia durante l'orario di lavoro che per attività personali) o ad uso esclusivamente professionale (dispositivi di sanificazione posti negli esercizi commerciali e messi a disposizione della clientela). Sul problema dell'uso promiscuo dei beni di consumo, v. R. MONGILLO, *Beni di consumo, beni ad uso promiscuo e squilibrio negoziale,* in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO (a cura di) *Il diritto dei consumi, realtà e prospettive*, Napoli, 2008, 359-384; G. MARCATAJO, *L'uso promiscuo e la tutela dei consumatori: "un buco nel cielo di carta"*, in *Rass. dir. civ.* 2007, 89-135.



ne dei rischi di contagio (o, sempre per ipotesi, del conflitto bellico) possa anche esercitare, se ne ricorrono i presupposti, l'azione di annullamento del contratto per vizio del consenso, prevista dall'art. 1427 c.c., anch'essa svincolata dai brevi termini di decadenza e prescrizione dettati per l'esercizio delle garanzie per vizi.

L'errore deve essere essenziale ed essere riconoscibile dall'altro contraente (art. 1428 c.c.). Al riguardo con riferimento ai contratti stipulati durante l'epidemia, non sembra difficile dimostrare la riconoscibilità da parte del venditore dello stato di errore in cui sia caduta la controparte; con riguardo all'altro profilo, però, l'art. 1429 c.c. stabilisce quando l'errore sia essenziale.

L'opinione prevalente in dottrina [88] ritiene che la mancanza di qualità nell'oggetto di vendita costituisca una ipotesi di inadempimento, che non può essere confusa con l'ipotesi di errore sulle qualità dell'oggetto in quanto l'errore attiene alla formazione del contratto e consiste nella falsa rappresentazione della prestazione; la mancanza di qualità, invece, concerne l'esecuzione del contratto e consiste in una inesattezza della attribuzione traslativa. Corollario di ciò è che il compratore di un bene mancante delle qualità promesse non può agire per l'annullamento a causa di un errore.

Anche la giurisprudenza [89] ha ben rimarcato la differenza tra i due istituti statuendo che l'"azione di annullamento del contratto per errore e quella di risoluzione per difetto delle qualità promesse o essenziali per l'uso cui la cosa venduta è destinata sono istituti del tutto autonomi, rispetto ai quali non sussiste alcun rapporto di incompatibilità o di reciproca esclusione, concernendo la prima azione il momento formativo del contratto e la validità di esso fin dal suo sorgere, mentre la seconda riguarda il profilo funzionale della causa ed attiene all'inadempimento del venditore all'obbligo di trasferire al compratore la cosa alienata con le qualità promesse ed essenziali all'uso cui è destinata".

Tuttavia la Corte di Cassazione nella sentenza *de qua* ammette che "promossa l'azione di risoluzione per mancanza di una qualità essenziale, nulla impedisce (al compratore) di proporre, in via subordinata, anche l'azione di annullamento per errore, sotto il profilo che la falsa rappresentazione della realtà possa esser caduta sull'esistenza semplicemente supposta o anche espressamente promessa, delle qualità anzidette incidendo in modo determinante sulla prestazione del consenso".

Autorevole dottrina [90] ha ben evidenziato come l'errore sulla qualità dell'oggetto della prestazione di cui all'art. 1429 c.c. possa essere ricollegato alla previsione della mancanza di qualità della cosa venduta di cui all'art. 1497 c.c. Qualcuno [91] addirittura arriva a ritenere coincidenti le due fattispecie, altri [92] ravvisa contiguità tipologica tra di esse ritenendo accomunabili le relative azioni.

Può però accadere che anziché di fronte ad un errore autoindotto ci si trovi in presenza di una ipotesi di dolo ad opera del venditore o di un terzo del quale si sia giovato l'alienante.

La conseguenza per il contratto che sia stato concluso in aperto contrasto con la norma che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative e che integri addirittura il reato di truffa (art. 640 c.p.), sarà in tal caso l'esercizio dell'azione di annullamento per dolo (art. 1439 c.c.).

Se il contratto sia stato stipulato, poi, quale conseguenza di una circonvenzione d'incapace (art. 643 c.p.),

---

[88] C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile,* diretto da VASSALLI, Giappichelli, 1993, 1056 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile Cicu-Messineo*, 1971, Giuffrè, 906 ss.; P. GRECO, G. COTTINO, *Vendita*, in *Commentario cod. civ. Scialoja e Branca*, Zanichelli, 1981, 304 ss.

[89] Cass., 1° aprile 1976 n, 1151 in *https://www.e-glossa.it/wiki/cass._civile,_sez._iii_del_1976_numero_1151*.

[90] A. CATAUDELLA, *Il contratto,* cit., 107 nt. 147.

[91] G. AMORTH, *Errore e inadempimento del contratto*, Giuffrè, 1967, 82 ss.

[92] U. GRASSI, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento,* Esi, 1996, 71 ss.



una tesi tende a porre l'accento sul carattere generale degli interessi tutelati dalla norma penale e sulla conseguenziale necessità di invocare il rimedio della nullità [93] anziché quello dell'annullamento, più strettamente correlato alla salvaguardia di bisogni esclusivamente patrimoniali. Si ritiene, secondo la teoria in esame, che il contrasto tra contratto e norma penale sia tale da determinare una nullità virtuale del primo ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.

La tesi dominante [94] ritiene annullabile, pur se lesivo di un bene sanzionato penalmente, il contratto che sia stato estorto con truffa, sulla scorta del rilievo che pur essendoci coincidenza tra le due fattispecie, penale e civile, ai sensi dell'art. 1418 parte finale del primo comma, si deve dare prevalenza alla norma speciale dell'art. 1439 c.c. che in presenza di dolo commina la sola annullabilità del contratto. In realtà la norma penale e la norma civile, ciascuna ispirata da una propria *ratio* e da distinti criteri di accertamento, descrivono due punti di vista diversi: la norma incriminatrice, in particolare, attribuisce rilievo solo a quei fatti che determinano un disvalore tale da essere considerati riprovevoli per l'ordinamento. La fattispecie penalmente rilevante, pertanto, deve essere valutata di nuovo ai fini civilistici onde verificare se ad essa possa o meno corrispondere una determinata patologia contrattuale [95].

Se il comportamento penalmente rilevante integra una ipotesi di illiceità della causa o dei motivi comuni alle parti di cui agli artt. 1343 e 1345 c.c., troverà applicazione il regime della nullità ex art. 1418, comma 2 c.c., trattandosi sostanzialmente di contratto illecito.

Se la legge considera il contratto lecito, e sanziona penalmente, invece, il comportamento assunto da una delle parti nella fase precedente alla stipulazione contrattuale, come, ad esempio, nel reato di truffa di cui all'art. 640 c.p., il contratto deve ritenersi annullabile, salvo che la legge disponga una specifica nullità testuale al riguardo.

In queste ipotesi, infatti, gli artifici o raggiri si considerano idonei ad incidere sulla libera formazione e manifestazione di volontà della vittima, il che, dall'angolo di visuale del civilista, determina un vizio della volontà tale da consentire l'annullamento del contratto [96].

Venendo ora alla questione dell'acquisto di dispositivi di sicurezza anti contagio ai tempi della pandemia, l'ordinanza del Tribunale del riesame di Lecce del 27 aprile 2020 [97] ha statuito che «la vendita di mascherine protettive, da parte di un operatore commerciale, ad un prezzo irragionevolmente elevato è una condotta suscettibile, in astratto, di integrare gli estremi del delitto di cui all'art. 501-*bis* c.p. (manovre speculative su merci): si tratta, infatti, di un'azione che rientra nel concetto di "manovra speculativa", avente ad oggetto "beni di prima necessità", realizzata "nell'esercizio di un'attività commerciale"». Tuttavia – prosegue il provvedimento – «è necessario verificare se la condotta posta in essere, in considerazione delle dimensioni

---

[93] M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale, Contributo allo studio delle nullità*, Giuffrè, 2000, 53 ss.; R. TOMMASINI, E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, 2009, 1 ss.; A. MENDOLA, *Circonvenzione di incapaci e violazione di norme imperative*, in *Giur. it.*, 2017, 1, 43 ss.; G. PETTI, *Circonvenzione d'incapace e nullità del contratto*, in *Contr.*, 2017, 6, 656.

[94] Per tutti si veda F. GALGANO, *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca,* a cura di GALGANO, Zanichelli, 1998, 84.

[95] Cfr. Cass., 27 agosto 2020, n. 17959, in *dejure.it*: "L'individuazione del trattamento civilistico dell'atto negoziale che si confronti con una fattispecie di reato dipende dal rapporto che, di volta in volta, si abbia tra reato e contratto (o negozio)". In dottrina: CARRÀ, *Riflessi sul contratto dell'illiceità penale: i reati contratto e i reati in contratto*, in giuricivile.it, 2019, 10, e *amplius*, L. RUGGERI, A. FLAMINI, *Contratto e reato*, Esi, 2014, 1 ss.

[96] Va solo accennata, in quanto una trattazione più approfondita esulerebbe dai limiti dello scritto, la questione inerente alla cd. pratiche commerciali scorrette, disciplinate dagli artt. 18-27 *quater* del Codice del consumo.

[97] Trib. Lecce, 27 aprile 2020, in *www.giurisprudenzapenale.com*, del 28 aprile 2020.



dell'impresa, della quantità delle merci vendute e della possibile influenza sui comportamenti degli altri operatori del settore, possa tradursi in un rincaro dei prezzi generalizzato o, comunque, diffuso; in caso contrario, essa si rivela insuscettibile di incidere sul "mercato interno" o, quantomeno, sul "mercato locale" (inteso come un'ampia zona del territorio dello Stato), dunque non in grado di ledere la "pubblica economia" (quindi di influire sulla "situazione economica generale"), non rientrando nell'alveo applicativo del delitto previsto dall'art. 501 bis c.p.». Casi simili sono stati affrontati e risolti allo stesso modo anche da altri tribunali di merito, tra cui quello di Vicenza (su cui poi si è pronunciata anche la Cassazione), Bari e La Spezia [98].

A prescindere dalla soluzione del caso concreto che non ha portato alla incriminazione del commerciante per la mancanza dei requisiti richiesti dalla norma incriminatrice, pare importante notare come sia indiscutibile però la rilevanza civilistica delle condizioni della contrattazione sia sotto il profilo della rescindibilità che eventualmente sotto quello della annullabilità del relativo contratto.

6. – L'emergenza globale sanitaria ha determinato una corsa all'acquisto di mascherine e gel disinfettanti innescando un'allarmante speculazione, specialmente nel settore dell'*e-Commerce*. [99] Inducendo alcune imprese a reclamizzare i propri prodotti in taluni casi speculando sulle paure dei consumatori, spesso destinatari di messaggi ingannevoli e scorretti.

Similmente, l'aumento incontrollato dei prezzi dell'energia e, più in generale, lo stato di incertezza causato dalle tensioni internazionali, si stanno traducendo, nel settore dell'energia iniziative configurabili come pratiche commerciali scorrette o violazioni della regolazione di settore. Numerose sono le segnalazioni inviate all'Antitrust e ad Arera, a seguito di presunte violazioni del Decreto aiuti-bis (d.l. 9 agosto 2022, n. 115), il cui art. 3 prevede nel caso di contratti sottoscritti sul mercato libero dell'energia elettrica e del gas, la sospensione delle clausole contrattuali che consentano modifiche unilaterali dei contratti di fornitura di energia elettrica e gas naturale relativamente alla definizione del prezzo, fino al 30 aprile 2023. Sempre fino a questa data, il secondo comma dello stesso articolo dichiara "inefficaci" i preavvisi comunicati per queste stesse finalità prima della data di entrata in vigore del decreto, a meno che le modifiche contrattuali si siano già perfezionate. Già l'art. 7 del d.l. 21 del 21 marzo 2022 aveva rafforzato i poteri attribuiti al Garante per la sorveglianza sui prezzi, figura istituita presso il ministero dello Sviluppo economico dalla legge finanziaria 2008 (art. 2, commi 198-202, legge n. 244/2007).

Siamo di fronte pertanto a pratiche commerciali che consistono in azioni, omissioni, condotte, dichiarazioni, comunicazioni commerciali (compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto), poste in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un bene o servizio ai consumatori che siano contrarie a buona fede oppure false o idonee a falsare il comportamento economico del consumatore che esse raggiungono, inducendolo a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso. Le pratiche commerciali scorrette possono essere ingannevoli o aggressive [100].

---

[98] Trib. Bari, 28 aprile 2020; Trib. La Spezia, 30 giugno 2020; Trib. Vicenza, 27 maggio 2020, (tutte in *www.dejure.it*), su cui poi Cass. Pen., 16 ottobre 2020, n.36929, in *Diritto & Giustizia*, 2020, 8, con nota di E. FONTANA, *La speculazione sulle mascherine è penalmente rilevante?*

[99] F. MICHETTI, *Pratiche commerciali scorrette ai tempi del Conid-19*, in *https://www.iusinitinere.it/pratiche-commerciali-scorrette-ai-tempi-del-covid-19-26845.*

[100] Per un approfondimento del tema v. E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Giappichelli, 2018, 14 ss., nonché C. DALIA, *Sanzioni e rimedi individuali "effettivi" per il consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette: le novità introdotte dalla direttiva 2161/2019/UE*, in *Riv. dir. ind.,* 2020, 331; C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: tutele individuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1074 ss.



Una pratica commerciale è da considerarsi ingannevole se contiene informazioni non corrette o non corrispondenti al vero (art. 21 cod. cons.) o, pur se corretta, che in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore, costringendolo a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso, avendo riguardo ad uno o più elementi quali ad esempio: l'esistenza o la natura del prodotto, le caratteristiche principali del prodotto o il prezzo o il modo in cui questo è calcolato. Una pratica commerciale è inoltre ingannevole se omette informazioni rilevanti (art. 22 cod. cons.) di cui il consumatore ha bisogno per prendere una decisione oppure occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui il consumatore ha bisogno per prendere una decisione.

Una pratica commerciale è da considerarsi aggressiva se, tenuto conto di tutte le circostanze del caso (art. 24 cod. cons.), mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento (ad es. lo sfruttamento di una posizione di potere per esercitare pressioni), limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore, tanto da indurlo a prendere una decisione che altrimenti non avrebbe preso. Rientrano in questo ambito, per esempio, tutti i casi in cui i venditori facciano uso di minacce fisiche o verbali, sfruttino qualsivoglia evento tragico o fatto grave per influenzare il consumatore, pongano ostacoli – non previsti da un contratto – onerosi o sproporzionati alla libertà del consumatore di far valere i propri diritti contrattuali, minaccino di promuovere azioni legali in modo temerario o palesemente infondato.

Per la repressione delle pratiche commerciali scorrette è competente l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), la quale può agire d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse (art. 27 cod. cons.). L'AGCM vigila sulla comunicazione commerciale ed ha il potere di inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e di eliminarne gli effetti possedendo poteri investigativi ed esecutivi.

Con legge n. 31 del 12 aprile 2019 è stato poi introdotto il nuovo Titolo VIII-bis, "Dei procedimenti collettivi" nel Libro IV del Codice di procedura civile, in materia di azione di classe e azione inibitoria collettiva [101]. L'intervento normativo si propone quale riforma organica dell'istituto, che diviene oggi strumento di tutela a portata generale, non più applicabile solo a determinate materie (la responsabilità del produttore e le pratiche commerciali scorrette) ed esperibile da determinate categorie di soggetti (i consumatori e gli utenti).

In linea generale, il nuovo processo di classe dovrebbe colmare le esigenze connesse al fenomeno degli illeciti c.d. "plurioffensivi" (il singolo illecito i cui effetti dannosi si riflettano su una pluralità di soggetti come per esempio il c.d. danno ambientale o le condotte illecite plurime continuate nel tempo con conseguenze

[101] C. Consolo, *La terza generazione di azione di classe all'italiana fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*, in *www.dirittobancario.it*, aprile 2019, il quale definisce quasi grottesca la collocazione attuale delle disposizioni e evidenzia che la *sedes materiae* corretta sarebbe stata in fondo al Libro II "Del processo di cognizione". Per un approfondimento degli aspetti problematici connessi alla nuova disciplina in esame si vedano: M. Caputo, *La nuova class action (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, Giuffrè, 2019; S. Brazzini, P. Muià, *La nuova class action alla luce della legge 12 aprile 2019, n. 31*, Giappichelli, 2019; B. Sassani (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pacini, 2019; M. Astone, *Azione di classe e tutela del consumatore: dall'art. 140 bis cod. cons. all'art. 840 bis c.p.c.*, in *Persona e Mercato*, 2021, 110 ss.; D. Antonio Gerardo, *Class action e inibitoria collettiva. Nuova disciplina*, Cedam, 2020, 1 ss. Anche la dottrina civilistica ha da subito soffermato la propria attenzione sul tema: R. Pardolesi, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp.*, 2019, 301 ss.; G. Ponzanelli, *La nuova class action*, in *Danno e resp.*, 306 ss.; M. Franzoni, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e resp.*, 309 ss.; B. Manfredonia, *La nuova legge sulle azioni di classe: un passo avanti per la tutela collettiva?*, in *Rass. dir. civ.,* 2020, 4, 1565 ss.; E. Minervini, *La tutela collettiva dei consumatori e la l. 12 aprile 2019, n. 31*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 2, 346 ss.; D. Amadei, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 5, 1049 ss.



dannose analoghe su una pluralità di soggetti come per l'esempio sopra fatto delle pratiche commerciali scorrette).

Le esigenze alle quali dovrebbe rispondere la nuova azione di classe sono quelle di attribuire una maggiore efficienza della giustizia; di garantire meglio l'accesso alla tutela giurisdizionale; di svolgere in maniera efficace una funzione di *deterrence*.

Non è questa la sede per puntare l'attenzione sulle azioni di classe c.d. "discrete" [102], proposte da soggetti che razionalmente agirebbero comunque individualmente in giudizio nei confronti del danneggiante anche a prescindere dall'esistenza di uno strumento di tutela collettiva, dando così vita al c.d. contenzioso seriale (per esempio nel caso di contenzioso bancario o bancario-finanziario). Per essi l'accesso all'azione di classe presenta essenzialmente il vantaggio della riduzione dei tempi e dei costi del processo.

Nel caso però della tutela degli acquirenti di beni durante la pandemia e nel corso del conflitto bellico da comportamenti scorretti o ingannevoli delle imprese, la riforma del codice di rito sembra poter costituire un mezzo appropriato per le azioni di classe c.d. "olistiche", proposte cioè da quei soggetti per i quali, in assenza di uno strumento di tutela collettiva o di classe, l'accesso alla giustizia rappresenterebbe un ostacolo quasi insormontabile in quanto antieconomico (per il rapporto tra costi, anche di tempo, e benefici) o impossibile (stante ad esempio la estrema difficoltà di procurarsi le prove dei fatti costitutivi del proprio diritto).

Si tratta degli atteggiamenti di "*inerzia razionale*" o di "*apatia razionale*" posti generalmente in essere dalle vittime di "microdanni", cui si contrappongono i comportamenti opportunistici dei danneggianti.

L'aspetto più interessante che si vuole stigmatizzare in questa sede con riferimento alla nuova azione di classe è quello relativo alla generale funzione deterrente che essa svolge, se non rispetto al compimento di illeciti plurioffensivi, quantomeno con riferimento alle condotte successive alla commissione dell'illecito.

Di solito, in presenza di contenziosi "seriali" le imprese convenute, al fine di non incentivare il ricorso all'autorità giudiziaria da parte dei propri clienti, tendono a negare gli addebiti di responsabilità loro mossi, e a non accedere ad accordi transattivi che potrebbero essere interpretati quale tacita ammissione di colpevolezza.

A seguito dell'entrata in vigore della nuova azione di classe, le motivazioni per rendere più difficoltoso alle imprese il ricorso a tali tecniche dilatorie e di negazione assoluta di responsabilità, sono divenute più rigorose: la pubblicità data all'introduzione dell'azione e alla decisione comporta infatti per l'impresa un rischio di danno d'immagine; il processo di classe è strutturato in maniera tale da riequilibrare, almeno sul piano processuale, i rapporti di forza tra le parti; il convenuto che risulti soccombente è tenuto a pagare una somma assai rilevante al difensore del ricorrente e al rappresentante comune degli aderenti, proporzionata all'importo complessivo liquidato.

Sul piano oggettivo, va stigmatizzato come l'art. 840-*bis* c.p.c. disponga, al comma 1, che i "diritti individuali omogenei" siano tutelabili anche attraverso l'azione di classe, essendo stati superati i limiti previsti dall'art. 140-*bis* cod. cons [103].

In particolare, la tutela dei diritti individuali dei componenti della classe nell'ambito dei rapporti contrattuali non è più limitata ai soli "rapporti di consumo" potendo oggi comprendere anche i rapporti *business to business*; e nell'ambito della responsabilità extracontrattuale la tutela non è più limitata alla responsabilità

[102] Sulla distinzione tra azioni di classe "olistiche", "discrete" e "miste", cfr. da ultimo A. GIUSSANI, *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 157 ss.

[103] M.A. ASTONE, *Azione di classe,* cit., 117. Il criterio dell'omogeneità, non meglio definito, è stato espressamente mutuato dal diritto brasiliano e, in particolare, dall'art. 81 del *Código de Defesa do Consumidor* (legge n. 8.078 dell'11 settembre 1990).



del produttore e a quella delle imprese autrici di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali. L'unico requisito espressamente previsto dal legislatore per la formazione di una classe è, infatti, l'omogeneità dei diritti lesi [104]: si è parlato, a tal proposito, del fenomeno di "deconsumerizzazione della class action [105]".

Tralasciando ogni ulteriore disamina della questione, ci si deve limitare in questa sede a porre la questione se nell'ambito del processo di classe, l'art. 840-*bis*, comma 1 c.p.c. il quale stabilisce che il ricorrente può agire "per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni", sia ammissibile l'esperimento di azioni di impugnazione del contratto per nullità, annullamento, rescissione, o risoluzione [106]. Il richiamo alle "*restituzioni*" sembra connettersi alla ripetizione di prestazioni indebite a seguito della dichiarazione di nullità ovvero per effetto delle altre impugnazioni del contratto; si osserva, di contro, però che il riferimento esclusivo all'"accertamento della responsabilità" e alla "condotta lesiva" sembrano circoscrivere l'oggetto dell'azione di classe alla sola risarcibilità del danno.

7. – Dalle riflessioni sino ad ora esposte emerge l'elevato grado di incidenza delle situazioni emergenziali sulle relazioni negoziali sia preesistenti, sia successive. È interessante sottolineare, come chiarito sin dall'apertura del presente saggio, come l'epoca contemporanea, in cui si sono susseguite in pochi anni un'emergenza prima sanitaria e poi bellica, richiami alla memoria la coesistenza dei di due fenomeni analoghi (epidemia spagnola e Prima Guerra mondiale) avvenuta nei primi anni dello scorso secolo. Di questi inquietanti – ma allo stesso tempo affascinanti – parallelismi si è dato conto nella prima parte del lavoro, tramite qualche significativo richiamo alle normative vigenti rispettivamente "allora" e "ora". Nella seconda parte dell'elaborato sono state individuate diverse azioni esercitabili dai contraenti, in base ai singoli casi concreti e valorizzando il contesto di emergenza.

Uno dei compiti della dottrina, soprattutto in questa fase straordinaria e delicata, anche dal punto di vista economico, è quella di fornire le coordinate e le ricostruzioni appropriate degli istituti, svolgendo il ruolo di interpreti del contesto storico-sociale e dei bisogni urgenti degli individui, al fine di garantire – pure in situazioni eccezionali – la complessiva tenuta del sistema giuridico.

---

[104] R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 11.

[105] B. SASSANI, *Prefazione*, in SASSANI (a cura di), *Class action*, cit., 9.

[106] Sul tema del rimedio, anche in tema di azione di classe, cfr., *ex multis*: C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 501 ss. Sulla categoria dei rimedi si possono segnalare gli approfonditi studi di G. CONTE, *I profili «sostanziali» di tutela dell'azione di classe*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Giuffrè, 2014, 1428 ss.; U. MATTEI, *I rimedi*, in ALPA, GRAZIADEI, GUARNERI, MATTEI, MONATERI, SACCO, *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, Giappichelli, 2001, 110 ss.; S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi*, cap. XXXVI, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007, vol. II, 741 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale,* in *Eur. dir. priv*., 2007, 589 ss. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2001, 54 ss.; M.A. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e dir. priv*., 2014, 33 ss.

JUS CIVILE



CARLOS DE CORES HELGUERA

Titular de Derecho civil – Universidad Católica del Uruguay

IL PEGNO ANOMALO, DE ENRICO GABRIELLI. DE LA "ANOMALÍA" A LA "OPERACIÓN ECONÓMICA"

SOMMARIO: *1. Introducción. – 2. La prenda anómala. – 3. Del "negocio anómalo" a la "operación económica". – 4. Conclusión.*

1. – En el año 2022, en la colección de la Universidad de Camerino dirigida por Pietro y Giovanni Perlingieri, fue editada por Esi (Nápoles) una reimpresión del libro de Enrico Gabrielli "Il pegno anómalo", publicado originalmente en 1990 por los tipos de la editorial Cedam (Padua). [1] La afortunada inclusión de la obra de Gabrielli en esta colección facilita la disponibilidad de un libro que abre una nueva etapa en la concepción de lo que puede llamarse nuevo derecho de las garantías reales. [2]

Creo que *Il pegno anomalo* puede ser objeto de valoración en dos planos diferentes.

Primero, en un plano intrínseco, referido a la prenda como garantía real, calificada por ciertas anomalías que justifican un estudio específico.

Pero además – y aquí radica, tal vez, una dimensión más rica y trascendente, con un enorme impacto en las teorías generales del derecho privado – puede ser mirado desde el punto de vista del análisis de las *anomalías*, como categoría que encuentra su espacio propio dentro de la teoría general de los negocios jurídicos y proyecta sus consecuencias en un campo muy vasto, que ha sido objeto de estudios de Gabrielli que han tenido enorme impacto en los treinta años que sucedieron a su publicación original.

En efecto, las anomalías se predican respecto de determinados modelos o tipos. En tanto el sistema normativo funciona según el paradigma "supuesto – consecuencia" (si es "*p*", debe ser "*q*"), la existencia de anomalías en el supuesto ("*p*") genera dificultades interpretativas en cuanto a la incidencia de dichas anomalías en la consecuencia jurídica ("*q*"). Esto refiere a temas de enorme generalidad y portada metodológica que repercuten en un amplio campo de la ciencia jurídica.

En consecuencia, dividiré este comentario en dos capítulos separados. El primero, aplicando una mirada restringida, referida a la importancia del libro de Gabrielli en relación con el estudio de las anomalías que presenta el modelo o tipo tradicional de la prenda y su incidencia en la teoría general de las garantías reales.

---

[1] Dicha reimpresión cuenta con un prólogo del Profesor Abel Veiga Copo, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas, de Madrid, y una introducción de quien suscribe, sobre la cual está basada este comentario.

[2] Esta materia fue tratada también en el libro titulado *El nuevo derecho de las garantías reales*, editado por REUS, Madrid, 2008, cuya autoría compartí con Enrico Gabrielli.



El segundo, ensayando una perspectiva más amplia, proyectada más allá del ámbito de la prenda o de las garantías reales, en la cual me referiré a la categoría de *anomalía* del negocio jurídico considerada en sí misma, en tanto ella representa un hito que ha generado una línea de investigación ampliamente recorrida por Gabrielli en los treinta años sucesivos. Estos desarrollos, partiendo de la reflexión puntual sobre la anomalía, plantean cuestiones de amplio respiro pertenecientes a la doctrina general del contrato, que tienen que ver con el problema de los tipos contractuales y de su relación con los subtipos y las variaciones del tipo, y se concretan en profundos y articulados estudios que hacen pie en el concepto de causa concreta del contrato y de operación económica. Nos permitimos sostener la tesis de que el esfuerzo intelectual realizado por Gabrielli al efectuar una completa reconstrucción del derecho de las garantías reales anómalas, es de suficiente trascendencia para ser considerado como una revisión crítica de la teoría general del contrato, que lo ha llevado a proponer como concepto basilar el de operación económica.

2. – El punto de partida que motiva en Enrico Gabrielli la investigación que da origen al libro, es el examen de algunos supuestos – generados ya sea en normas legislativas o en el poder creativo de la autonomía privada – de algunas "anomalías" respecto del "esquema tradicional" de la prenda.

Estas anomalías o desviaciones del modelo típico de la prenda son enumerados en la introducción del libro: falta de desposesión, adopción de instrumentos alternativos basados en técnicas de identificación de la cosa prendada y el empleo de registros, la sustituibilidad en el tiempo del objeto de la garantía sin que ello implique la necesidad de renovación de las formalidades requeridas para el nacimiento del vínculo o para su oponibilidad a terceros, y la posibilidad de convenir garantías para una pluralidad de operaciones entre las mismas partes.

La desposesión de la cosa objeto de la garantía es un requisito esencial previsto en los códigos civiles de corte napoleónico para el nacimiento del derecho real de prenda. Gabrielli observa que al lado de la prenda clásica – respecto de la cual la norma exige la desposesión como requisito sine qua non para que nazca en cabeza del acreedor el derecho real de prenda – es posible encontrar supuestos de prenda en los que ese requisito desaparece y es sustituido por otras "técnicas alternativas", como la inscripción del contrato, dotado de una descripción suficiente de los bienes prendados, en registros especiales.

Otra cuestión que resulta analizada es la de la rotación del objeto de la garantía, lo que ocurre en una cantidad de supuestos presentes en la praxis a partir de disposiciones del ordenamiento y de la autonomía privada. El aumento del volumen del financiamiento externo de la actividad económica presiona sobre la disponibilidad para los operadores de formas de garantía real que no requieran entre sus elementos esenciales el desplazamiento de la tenencia de la cosa, ya que la actividad industrial y comercial tiene precisamente por objeto la transformación de materias primas y partes en productos manufacturados más complejos, que a su vez son comercializados a cambio de dinero, el que se presenta bajo la forma de créditos o flujos financieros con continuidad y estabilidad en el tiempo, permitiendo así que la garantía real constituida permanezca a pesar de la mutación o rotación de los objetos prendados.

Esta permanencia involucra no sólo los intereses de las partes sino de terceros acreedores o subadquirentes de los bienes prendados. Siendo éste un problema que se presenta a en todos los países, el esfuerzo reconstructivo del autor tiene particular relevancia en el campo del derecho comparado.



2.1. – El intento interpretativo y la investigación realizada en el libro *Il pegno "anomalo"* de Enrico Gabrielli tiene a la vez dos connotaciones: una de carácter sistemático y otra de refundación teórica del derecho de las garantías reales.

En el primero de los sentidos indicados, porque el autor se fijó el objetivo de ordenar y reconducir a la unidad del sistema toda una serie de supuestos de constitución de garantías, fundamentalmente surgidos de la práctica negocial, comercial y financiera, que era difícil de clasificar dentro de la disciplina legal y propia de las garantías prendarias y bursátiles en general.

En el segundo sentido, porque la investigación se encaminó, partiendo del estudio de la prenda en sus manifestaciones más modernas, a realizar una efectiva modernización y reconstrucción del sistema de garantías reales de crédito, de acuerdo a paradigmas nuevos y diferentes.

En este último sentido, una de las innovadoras líneas especulativas básicas del libro – reiterada posteriormente por el autor en escritos posteriores tanto sobre la prenda estrictamente considerada [3], como sobre la teoría general de las garantías reales [4] – es el énfasis del autor en una perspectiva funcional.

La intuición original, puesta en la base del programa de refundación de la categoría de las garantías, va en el sentido de que en la garantía prendaria (y más generalmente en la real mobiliaria) lo que importa no es el esquema o el modelo formal a través del cual la vínculo se manifiesta, sino el efecto que con ese mismo se pretende obtener, es a saber: que el bien, en cuanto a su circulación jurídica, queda sustraído a la disponibilidad del constituyente, y que, en consecuencia, en caso de incumplimiento de parte del deudor con la obligación garantizada, ese bien estará siempre e inmediatamente sujeto al poder ejecutivo y expropiatorio del acreedor prendario a los efectos de la satisfacción de su derecho de crédito, incluso con prelación sobre terceros que mantengan reclamos en conflicto.

---

[3] E. GABRIELLI, *Garanzia mobiliari e fallimento: il problema della determinabilità del credito nel pegno omnibus*, en *Rassegna di diritto civile,* 1992; ID., *Garanzia "rotativa", vincoli su titoli di Stato e disciplina del pegno,* en *Rivista di diritto civile,* 1992; ID., *Pegno*, en *Digesto 4. Disc. Priv*., Torino, 1995; ID., *Contratto bancario di pegno su titoli e variabilità nel tempo della garanzia,* in *Annali dell'Università degli Studi della Tuscia*, 1996; ID., *Il contratto bancario di pegno su titoli,* in AA.VV., *Pegno e gestione centralizzata dei titoli di Stato,* Roma, 1996; ID., *Il pegno*, en *Tratt. di dir. civ.,* diretto da SACCO, Torino, 2005; ID., *Pegno*, en *Digesto civ.*, *Agg*. 6, Torino, 2011; ID., *Del pegno*, en *Commentario del codice civile,* diretto da E. GABRIELLI, *Della Tutela dei diritti*, a cura di BONILINI e CHIZZINI, vol. 1, Torino, 2015; ID., *Una garanzia senza possesso,* en *Giurisprudenza Italiana,* 2017, 1715; ID., *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari,* en *Rivista del diritto commerciale,* 2017.

[4] E. GABRIELLI, *Security over movables in Italy*, en *Journal of Business Law*, 1992; ID., *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della* floating charge *nel diritto inglese,* en *Banca, borsa e titoli di credito,* 1995; ID., *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, en *Rivista critica di diritto privato*, 1995; ID., *I negozi costitutivi di garanzie reali*, en *Banca, borsa e titoli di credito* 1996; ID., *Spossessamento e funzione di garanzia nella teoria delle garanzie reali,* en *Il Fallimento,* 2002; ID., *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali,* en *Rivista di diritto privato*, 2005; ID., *Garanzia e garanzie reali*, en *I contratti di garanzia*, a cura di F. MASTROPAOLO, en *Tratt. dei contratti,* dir. da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Torino, 2006; ID., *Contratti di garanzia finanziaria*, en *Digesto civ.*, *Agg.* 3, Torino, 2007; ID. (en DE CORES-GABRIELLI), *El nuevo derecho de las garantìas reales,* Madrid, Buenos Aires, 2008; ID., *Ipoteca e garanzia fluttuante nel diritto cinese delle garanzie del credito,* en *Rivista di diritto privato*, 2009; ID., *Garanzie finanziarie, contratti d'impresa e operazione economica,* en *Studi in onore di Giorgio Cian,* 2010; ID., *Le garanzie finanziarie. Profili generali*, en *I contratti del mercato finanziario*, a cura di GABRIELLI, Lener, in *Tratt. dei contratti,* dir. da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, II ed., Torino, 2010; ID., *Garanzie del credito e mercato: il modello comunitario e l'*Antitrust, en *Giustizia civile*, 2011; ID., *Forma y realidad en el derecho italiano de las garantías reales*, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva* (al cuidado de) Lauroba Lacasa y Tarabal Bosch, Madrid, 2012; ID., *Garanzia mobiliare "Dǐyāquán" e il problema del conflitto tra diritti reali di garanzia,* en *Riv. dir. priv.,* 2015;ID., *Garanzie finanziarie e fallimento*, en VILLANACCI (a cura di), *I crediti nel fallimento*, Padova, 2015; ID., *Studi sulle garanzie reali*, Torino, 2015; ID., *Contratos de garantía financiera y quiebra,* en *Revista de Anales de Legislación Argentina,* 2015; ID., *El codigo civil argentino y las garantías reales,* en *La Ley* 2016, n. 145; ID., *Le garanzie finanziarie nel sistema delle garanzie del credito,* en *I contratti di garanzia finanziaria,* en *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, Milano, 2017; ID., *Estructuras formales y teoría de las garantías reales,* Santiago de Chile, 2020.



En esa dirección, si nos movemos en el doble terreno de constitución de la garantía real y de su oponibilidad, el autor sostiene que la complejidad, variedad y ductilidad de intereses implícitos en la función de garantía real, exigen el empleo de técnicas de actuación que trasciendan la aparente naturaleza estática de los intereses representados, sustituyendo perspectivas abstractas, caracterizadas por una rígida identificación con los intereses protegidos, por técnicas que favorezcan la racionalidad funcional del sistema de garantías reales.

2.2. – La reconstrucción teórica y dogmática de la prenda y – más en general – de las garantías mobiliarias y de las garantías rotativas – incorporada en el volumen por Enrico Gabrielli y luego reafirmada en escritos posteriores sobre el tema, fue recibida favorablemente por la doctrina italiana en forma inmediata a su publicación [5], juicio que resultó confirmado en ulteriores estudios sobre estos tópicos. [6]

Tal vez el éxito del libro radica en que en el período histórico en que se publicó, se sentía efectivamente la necesidad, en materia de garantías reales, de liberar a la garantía pignoraticia, y a la garantía mobiliaria en general, de las trabas vinculadas a la necesaria desposesión del constituyente, que según la doctrina y la jurisprudencia de la época habían sido consideradas como un elemento esencial e ineludible del nacimiento del derecho real de prenda, por entender que ello estaba conectado con su perfil causal.

Sin embargo, constituía también un lugar común que la necesidad de privar al constituyente de la facultad de disponer y transformar tanto los bienes como las mercancías, impedía el empleo como garantía de los bienes que el empresario normalmente utiliza, así como el uso de los bienes destinados a la transformación y los productos finales de la actividad industrial y los créditos derivados de su procesamiento y distribución.

En el plano industrial y financiero, el resultado de esta situación era claramente contraria a la necesidad del propio empresario de no sustraer esos bienes del proceso productivo y del ciclo económico-financiero, ya que la misma empresa necesita un continuo y constante flujo de préstamos y por ello – en lugar de poder utilizar sus activos como garantía del préstamo – se veía obligado a otorgar como garantía no sólo el capital fijo sino también parte de su capital circulante.

La observación de la realidad económica y financiera de las empresas – así como la comparación de conceptos y cifras a través del examen de su evolución dogmática – condujo al autor a pensar que la (supuesta) necesaria presencia de la desposesión era coherente con las necesidades de una economía precapitalista – en la que el principal, si no el único, índice de seguridad crediticia y de circulación del derecho de garantía esta-

[5] Cfr. las recensiones a *Il pegno "anomalo"*, de D. Messinetti, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1991, 783; G. Giacobbe, *Recensione*, en *Rivista di diritto civile*, 1991, I, 228; L. Guglielmucci, *Recensione,* en *Rassegna di diritto civile*, 1991, 972; M. Costanza, *Recensione,* en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, 1031; F. Capriglione, *Recensione,* en *Banca, borsa e titoli di credito*, 1991, I, 115; G. Ragusa Maggiore, *Recensione*, en *Rivista di diritto fallimentare*, 1991, 411; U. Morera, *Recensione*, en *Vita notarile*, 1990, 469; G. Perrotta, *Recensione*, en *Rivista critica del diritto privato*, 1992, 152; Marco Sepe, *Recensione*, en *Mondo bancario*, 1990, 60; Remedios Aranda Rodriguez, *Recensione*, en *Anuario de derecho civil*, 1990, 1273.

[6] En la literatura italiana cfr. las recensiones de G. De Nova, *Recensione*, en *Rivista di diritto civile*, 1999, I, 408; A. La Torre, *Il «pegno» nell'«impegno» di un giurista «impegnato»*, en *Giustizia civile*, 2005, II, 539; B. Sassani, *Il pegno rivisitato. Un trattato moderno su un istituto antico*, en *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2006, 447; F. Maimeri, *Recensione*, en *Banca, borsa e titoli di credito*, 2006, I, 601; C.M. Bianca, *Recensione*, en *Rivista di diritto civile*, I, 2007, 133; F. Macario, *Recensione*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, 318.

En la literatura internacional: A. Diurni, *Recensione*, en *Juristen Zeitung*, 1999, 569; A. Braun, *Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26. No. 4, (2006), 665; D. Henrich, *Recensione*, en *Zeitschrift für Europaisches Privatrecht*, 4, 2007, 1170.



ba vinculado al mecanismo de *traditio rei* y de posesión – pero se mostraba impropia para la construcción de un sistema moderno de garantías mobiliarias.

El dato que ofrecía el derecho mercantil era sumamente indicativo en este sentido: la inmovilidad, que en algunos casos produce improductividad, del bien gravado por la garantía es contraria a cualquier razón económica, por lo que conviene que el bien no escape a la economía y circuito productivo, e, incluso, que sea posible su sustitución y reposición en el tiempo, hasta la extinción de la relación crediticia, sin perjuicio de la existencia, en carácter de garantía, de la restricción de indisponibilidad y por tanto sin efecto de novación de la garantía constituida originalmente, novación que implicaba la consiguiente pérdida del efecto de la oponibilidad de la garantía frente a terceros.

2.3. – La reflexión sobre la desposesión estuvo a cargo del autor partiendo del análisis del efecto funcional que las partes realmente quieren lograr acudiendo al instituto prendario.

En esta investigación, tanto la historia de los institutos de garantía de bienes mobiliarios sin desplazamiento, como la comparación profunda y precisa con otras figuras, modelos y formas presentes en otros ordenamientos jurídicos europeos – como en el derecho alemán con la compraventa con reserva de dominio (*eigentumsvorbehalt*) y la transmisión del dominio con efectos de garantía (*sicherungsubereinigung*), las que se pueden calificar como garantías reales sin desplazamiento; bajo la ley inglesa con la *floating charge*; en el derecho norteamericano, con el art. 9 del *Uniform Commercial Code*, y la figura del *security interest* – demostraron ser valiosas herramientas conceptuales para otorgar a esos modelos y figuras una dimensión de utilidad concreta para el jurista latino, que pudo dibujar de sus ideas de estudio y espacios de reflexión sobre las propias experiencias nacionales.

El camino investigativo seguido y la reflexión del autor que de él se derivó, se llevó a cabo, según un riguroso criterio lógico que parte de la investigación de los negocios singulares de garantía mobiliaria – y de las modificaciones materiales de la realidad producidas por ellas – para remontarse al estudio de las únicas estructuras formales al interior de las cuales y a través de las cuales se manifestaron esos efectos concretos en términos de circulación de derechos y exigibilidad.

En efecto, se trataba de evaluar si el desposesamiento efectivo y material del constituyente era verdaderamente esencial tanto para la definición de la función de garantía de la prenda, como para la delimitación de su estructura formal típica.

En esta perspectiva de análisis, el autor en seguida destacó, en términos de la cuidadosa exégesis legal, que el art. 2786 del Código Civil italiano, en ambos párrafos, se refiere expresamente a una situación y un concepto fundamental para comprender la teoría de las garantías reales: la disponibilidad (exclusiva) de la cosa. Con la consecuencia de que el legislador italiano no afirmó que la desposesión del deudor – o la posesión del acreedor – fuera indispensable para la constitución de la garantía real y mobiliaria.

La entrega de la cosa, según Gabrielli, debe por tanto considerarse un elemento neutro en la secuencia que conduce a la constitución del derecho de garantía, con la consecuencia de que, en el pensamiento del autor. debe reconocerse a la desposesión un valor puramente instrumental respecto de la situación final, es decir, del efecto jurídico que se pretende producir, ya que en el esquema del contrato de prenda – al menos del sujeto a la regulación de la prenda de bienes muebles – la entrega en verdad representa, en la exploración del relato constitutivo, sólo el acto material prodrómico a una fase posterior, revestida de un sentido incisivo más eficaz en el iter que conduce a concretar la ejecución de la garantía del acreedor: la desposesión del deudor.



En efecto, en la secuencia conforme de la operación de negociación encaminada a garantizar al acreedor, la entrega, en la variedad de sus manifestaciones y modos de ejecución, resulta meramente accesoria a la producción de la desposesión del deudor – posesión del acreedor. Por lo que se puede argumentar que si este último efecto se logra igualmente, aunque con instrumentos técnicos distintos a la *traditio*, ésta sólo podría reservarse un papel subordinado en la descripción del esquema de configuración de la operación de negociación (páginas 92-93).

De hecho, en la reconstrucción propuesta, la *traditio rei* no es un fin en sí mismo, sino que representa el instrumento para la realización de una situación final sustantiva: la imposibilidad para el constituyente de realizar actos de disposición de la cosa objeto de la garantía, lo que se explica fácilmente, porque el derecho de prenda se constituye válidamente también por la entrega a un tercero, o por una situación de custodia conjunta de la cosa o del documento, siempre que "el constituyente no puede disponer de él sin la cooperación del acreedor" (art. 2786 del código civil italiano).

Según un riguroso criterio de lógica formal, se sigue, pues, para el autor, que si la *traditio rei* (en los contratos reales y en la prenda en particular) no es un elemento calificativo de tipo legal, puede ser excluida de la lista de los elementos que deben considerarse esenciales para la categorización de un contrato específico y concreto en el tipo legal de prenda. Es más bien al efecto al que está preordenada la entrega: la indisponibilidad, a lo que debe prestarse atención para verificar de su esencialidad o no, respecto del régimen legal típico. De hecho, si se excluyera, el esquema jurídico de la prenda se presentaría de otra manera.

Sin embargo, la investigación sobre la desposesión está íntimamente ligada a la de la función de garantía de la prenda, de modo que "sólo cuando se hayan delineado con precisión los límites y las notas caracterizantes de ésta, se podrá evaluar qué elementos, esenciales para la realización concreta de la prenda, son relevantes para la delimitación de su esquema jurídico típico" (pág. 94).

2.4. – Según Gabrielli, esencialmente, el fenómeno que se pretende representar mediante el concepto de garantía real se realiza a nivel funcional con la sustracción de la disponibilidad, no material sino jurídica, del bien objeto de la garantía, de la esfera del constituyente, con el resultado – en el plano constructivo – de que la indisponibilidad representa el efecto más evidente de la función de garantía, en tanto es socialmente relevante a los efectos de la protección de la buena fe de los terceros y de la circulación de bienes y derechos a nivel de preferencia y oponibilidad.

La indisponibilidad "como situación jurídica del bien y como síntesis lógica de una pluralidad de efectos– ofrece la ventaja de plantearse como una situación calificativa capaz de englobar de forma unitaria los diferentes aspectos de la garantía: objetivos (repercusión en el objeto de la garantía, etc.) y subjetivos (situaciones respectivas del acreedor y del deudor al interior de la relación y su posición erga omnes, derechos y deberes que se les reconocen en relación con la relación garantizada, etc.)" (pág. 126).

De este modo, la privación jurídica – no material – de la disponibilidad del bien, como concepto y como situación habilitante, ofrece la ventaja de comprender de manera unitaria, en una síntesis lógica, los diferentes aspectos de la garantía, ya que permite tanto implementar, conjuntamente con las demás facultades otorgadas al acreedor prendario, las formas de legítima defensa ejecutiva del acreedor prendario sobre el bien objeto del vínculo, como también privar al constituyente de la posibilidad de dar lugar, mediante la entrega del bien prendado, al efecto liberatorio de conformidad con el art. 1153 del código civil italiano.

La privación al constituyente de la facultad de disponer del bien otorgado en garantía responde también a



una razón sistemática precisa, dado que une los aspectos externos e internos del derecho de garantía, en la medida en que elimina la *res* objeto del vínculo de la circulación de derechos – resolviendo así un conflicto externo entre la pluralidad de posibles acreedores del constituyente – y, por otro lado, elimina posibles conflictos internos de atribución, entre eventuales adquirentes posteriores del mismo objeto de la garantía.

Gabrielli intuye y propone, entonces, que "el discurso sobre la función de garantía puede ser correctamente realizado separando el nivel de la función del de sus efectos, precisando los modos, las formas, las herramientas técnicas con las que puede implementarse en concreto" (p. 126), ya que esta función está dirigida a satisfacer una necesidad de perfeccionar las técnicas de realización y proteger los intereses tipificados en el modelo de garantía real.

En efecto, la función de garantía en la prenda puede igualmente ejercerse, sin perder los efectos propios del tipo contractual, utilizando instrumentos legislativos, o técnicas contractuales distintas o alternativas a la desposesión, como la inscripción de la garantía en régimen especial registros, o en los sistemas de gestión centralizada de instrumentos financieros desmaterializados, o en virtud la disciplina de las restricciones a los bienes sujetos a procesos de fabricación y transformación del producto inicial en un producto final diferente, siempre que aseguren que la *res* objeto de la garantía se sustrae en todo caso, mediante el establecimiento de la restricción, al poder de disposición del constituyente.

La conclusión sobre este punto es de gran importancia sistemática y tiene un fuerte impacto, ya que incide por un lado en la configuración estructural y funcional misma de la prenda como derecho real de garantía, y por otro lado, en su calificación como derecho, permitiendo calificar como tipo prendario supuestos que, aparentemente, no parecerían calificables como tales (los denominados "casos anómalos de prenda" señalados más arriba) porque se presentan según modelos formales distintos al esquema típico diseñado por el legislador. De esta forma se resuelve el problema – relevante sobre todo a los efectos de la disciplina aplicable en la práctica – de su encuadrabilidad en el modelo típico regulado en el código civil o en las leyes especiales.

De ello se deduce que, respecto de determinados tipos de garantías mobiliarias emergentes del derecho vivo, en orden de verificar si los mismos – que se presentan según un modelo formal y estructural de prenda "anómala" – pueden, con independencia del esquema adoptado, ser calificados según el esquema de la prenda de tipo legal, es necesario realizar un análisis de su estructura formal, a fin de evaluar si se encuadra o no en el tipo legal, o si da lugar a subtipos, o si, por el contrario, queda fuera del tipo legal con las correspondientes consecuencias aplicativas.

En este sentido, se trata de realizar un control sobre la realización concreta de la función (real) de garantía, ya que la misma, en algunos casos "anómalos" de prenda, se manifiesta a través de técnicas distintas o alternativas a la que consiste en la desposesión del constituyente, pero igualmente apta para el propósito.

2.5. – En la garantía real, la regulación general dictada por los contratantes, considerada en su perfil funcional, se encuentra – según el autor – encaminada a crear a favor del acreedor garantizado una reserva de utilidad real sobre los bienes del constituyente, sobre la que eventualmente podrá actuar para realizar y satisfacer su interés de forma ejecutiva en caso de incumplimiento.

El cuadro trazado sirve para volver más claro cómo, en función de la diversidad y variedad del bien jurídico objeto del único negocio contractual, es posible, para producir el efecto de garantía, utilizar aquellos instrumentos ya presentes en el sistema, o forjadas por el poder creativo de los particulares, que son concretamente más adecuadas para lograr el efecto que se han propuesto lograr.



La pertinencia de enmarcar la cuestión de las garantías en esta perspectiva reconstructiva queda confirmada precisamente por la configuración de su estructura formal y por el hecho de que la garantía opera en conexión con una relación (crediticia) a garantizar y por lo tanto excede, por razón de la realidad material sobre lo que incide, la limitada consideración del único hecho o relación, de modo que, para calificar un caso particular según el modelo de la realidad, conviene atribuir importancia al resultado económico perseguido por las partes, más que a la forma jurídica utilizada para llevar a cabo determinadas operaciones económicas.

En el libro de Gabrielli, en el plano teórico, la prenda se reconstruye pues como reserva *ad rem*, es decir, como reserva de utilidad que se asocia a la cosa. Gabrielli escribe "en el derecho de prenda, la realidad se expresa en la constitución, a favor del acreedor garantizado, de una reserva ad rem: el derecho no afecta todo el patrimonio del deudor, sino que se cristaliza en un bien específico, que lo sujeta a una reserva de utilidad. Utilidad alcanzable en un momento lógica y cronológicamente posterior al de la constitución de la reserva, mediante el ejercicio de las facultades ejecutivas reconocidas al acreedor sobre el bien objeto de la garantía; utilidad que, una vez lograda, constituye el resultado de la consumación, a posteriori de su ejercicio, de sus propios poderes. La prelación representa un perfil normativo, consecuencia de la constitución de la reserva, necesaria para la consecución, con preferencia sobre otros sujetos, de la utilidad a la que está predestinada la misma reserva. En efecto, tiene por único objeto realizar, con preferencia sobre otros posibles acreedores, la utilidad económica para cuya protección, con el derecho de prenda, se constituyó la reserva. Esto a raíz de la negociación de un título que se opondrá, en caso de conflicto, a los acreedores quirografarios" (p. 66).

La construcción teórica de la prenda como reserva de utilidad, así propuesta en el libro, fue luego recibida también por las Secciones Unidas de la Corte Suprema de Casación. [7]

2.6. – Una de las perspectivas más originales e innovadoras que ofrece el libro –esto es, la idea de que la función de garantía real consiste en la indisponibilidad del bien objeto del gravamen, en el sentido jurídico más que material– implica que, por la singularidad de la función, en muchos casos es posible, mediante técnicas apropiadas tanto legales como emergentes del poder de autonomía de los particulares, establecer el vínculo de garantía sobre bienes determinados, sin que el deudor quede privado de su disponibilidad material y pueda utilizar los mismos activos (mercancías, productos financieros) tanto en el desarrollo de su proceso de producción, como para obtener préstamos sobre ellos, pero sujetando el producto de su rendimiento financiero a la garantía, sin que el cambio material del objeto original del bien constituido en prenda tenga un efecto de novación de la obligación de garantía.

Esta reconstrucción de la prenda conlleva otras consecuencias de gran importancia sistemática y teórica, sobre todo en lo que se refiere a ciertos supuestos que se plantean según un modelo formal aparentemente diferente al propio de la prenda.

En algunos supuestos "anómalos" de prenda, la función de garantía se manifiesta a través de técnicas distintas o alternativas respecto de aquella que recurre a la desposesión del constituyente, aunque igualmente idóneas para el fin. De modo que esta función opera dentro de una pluralidad de modelos y estructuras que se presentan con una forma distinta a la tradicional.

Esta diversidad es, según el autor, meramente aparente, ya que la función de garantía – aunque implementada a través de instrumentos particulares (como, por ejemplo, los mecanismos de registro y anotación del

[7] Cass., sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16725, en *Foro italiano*, 2013, 558, espec. 562 en la motivación, que adhiere a la definición según la cual la prenda "se concreta en la creación de una reserva de utilidad".



vínculo real sobre los bienes y/o o sobre los valores a través de registros adecuados, como ocurre tanto en los sistemas de gestión centralizada de instrumentos financieros desmaterializados, como en la regulación de las restricciones a los activos sujetos a procesos de fabricación y transformación del producto inicial en otro producto final) o técnicas contractuales, distintas de la desposesión – se realiza con los efectos del tipo jurídico, dado que estas técnicas están siempre encaminadas a operar la sustracción del constituyente de la disponibilidad jurídica de la cosa objeto de la garantía.

Esto permite operar una asimilación coherente de estos casos "anómalos" dentro de la estructura formal y la disciplina propia del tipo legal de prenda. En estos casos, por lo tanto, no existe una caracterización del esquema más amplia o diferente a la del modelo típico, de manera de dar lugar a subtipos contractuales, o a transacciones atípicas o mixtas, ya que es, más bien, una cuestión de formas "anómalas" de explicación de la función de garantía del tipo (p. 123 ss.).

2.7. – La revisión y reconstrucción de la teoría general de la prenda y de las garantías mobiliarias así realizada por el autor, ha abierto la posibilidad de volver a llevar a la dimensión del tipo jurídico del contrato de prenda toda una serie de figuras que parecían ajenas a él, tales como la prenda ómnibus, las cláusulas de ampliación de la garantía prendaria, la prenda sobre bienes en curso de elaboración, la prenda de valores escriturales.

De esta manera, se reconoce y elabora conceptualmente tanto el caso de la prenda sin desplazamiento, como la figura de la llamada “prenda rotativa”, es decir, aquella forma de garantía real que permite la sustituibilidad o mutabilidad de su objeto en el tiempo sin que ello implique, con cada cambio, la necesaria repetición del cumplimiento de los procedimientos requeridos para la constitución originaria del vínculo o para el surgimiento del derecho de suscripción preferente, o sin que dicha modificación dé lugar a las condiciones de revocabilidad, ordinaria o concursal, de la operación económica así instrumentada.

2.8. – La prenda rotativa merece una discusión aparte, ya que es una “construcción teórica” del autor que cual ha recibido pleno reconocimiento, primero desde el punto de vista jurisprudencial y luego desde el punto de vista normativo.

La construcción y configuración formal de la prenda rotatoria propuesta por Gabrielli por primera vez en doctrina en el libro que comentamos, de hecho, después de algunas consideraciones realizadas por los tribunales menores [8], fue casi inmediatamente aceptado en su totalidad por la Corte Suprema de Casación con una histórica sentencia de Casación 28.5.1998, n. 5264 [9] (en la que, además, el autor del libro fue uno de los defensores de una de las partes en la sentencia), que desde entonces ha representado un caso destacado.

[8] Cfr. A. Roma, 30.10.1995, en *Giur. it.*, 1996, I, 2, 570, con nota de Chiné, *Il pegno «rotativo» tra realità e consensualità*, ove ampi richiami di dottrina e giurisprudenza; en *Banca borsa*, 1996, II, 186, con observación de Stingone; en *Riv. dir. comm.*, 1996, II, 151, con nota de Borsi, *Brevi note sull’ammissibilità del pegno bancario «rotativo»*; Trib. Genova, 30.5.1997, en *Banca borsa*, 1998, II, 578; Trib. Milano, 17.11.1997, en *Dir. fall.*, 1998, II, 97 ss., con nota de Stingone, *Sulla validità e opponibilità del pegno bancario «rotativo»: nuove conferme dalla giurisprudenza*; in *Fallimento*, 1998, 729, con nota de Finardi, *Orientamento antiformalistico della giurisprudenza di merito in tema di pegno rotativo*.

[9] Cass., 28.5.1998, n. 5264, en *Giust. civ.*, 1998, I, 2159, con nota de Maimeri, *Pegno rotativo: la dottrina ispira la Cassazione. Prime osservazioni*; en *Banca borsa*, 1998, II, 485, con nota de Azzaro, *Il «pegno rotativo» arriva in Cassazione: ovvero «come la dottrina diventa giurisprudenza»*; en *Fallimento*, 1999, 265, con nota de Panzani, *Pegno rotativo ed opponibilità della prelazione*;



La circunstancia de que luego de la publicación de un libro, la construcción jurídica y las ideas expresadas sean implementadas casi inmediatamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Casación es bastante rara en la experiencia jurídica italiana, tanto que el carácter excepcional del caso ha sido detectado y comentado no sólo por la doctrina italiana, sino también por la internacional [10].

A lo largo del tiempo, la jurisprudencia ha confirmado y consolidado el diseño reconstructivo que se ha elaborado y construido en el libro de la prenda rotatoria [11], su admisibilidad y su relevancia en el sistema regulatorio italiano, junto con la construcción, posteriormente realizada y desarrollada de manera más extensa y sistemática por el autor, de una categoría general de "garantías renovables" [12].

La "teoría de la prenda rotativa" de Gabrielli se basa en la idea de que es posible, mediante técnicas apropiadas libradas a la autonomía privada, o a esquemas formales especiales creados por el legislador, tener una forma de garantía real que permita la sustituibilidad o mutabilidad en el tiempo de su objeto sin que ello implique, con cada cambio, la necesidad de la renovación del cumplimiento de los procedimientos exigidos para la constitución de la garantía real o para el surgimiento del derecho de preferencia, y sin que dicho cambio dé lugar a las condiciones de revocabilidad, ordinaria o concursal, de la transacción económica así realizada.

2.9. – La enucleación sistemática y la construcción teórica de la garantía rotativa que el autor realiza en el libro para los casos de carácter convencional, se fundamenta en el acto de autonomía privada que es el "contrato de garantía rotativa".

El discurso se desarrolla a lo largo de unos pasajes lógicos fundamentales, estrictamente coherentes y sucesivos.

El uso de la autonomía privada, según el autor, permite resaltar y considerar, en la construcción de la operación de garantía, la calidad de los intereses concretamente involucrados en las operaciones económicas singulares, distinguiendo entre garantía para una sola relación de crédito y garantía para una actividad de financiación compleja y continua (como ocurre a menudo en el caso de la prenda sin desplazamiento o en la prenda sobre valores escriturales en gestión) de forma que permita superar los obstáculos que la necesaria desposesión del bien objeto de garantía impone a la modernización del sistema de garantías mobiliarias.

Leemos en el libro que "a nivel teórico, nada excluye que en la predisposición del reglamento negocial sea posible, mediante disciplina específica, indicar los bienes o valores sobre los cuales puede extenderse la

---

en *Dir. fall.*, 1998, II, 609, con nota de STINGONE, *Il pegno rotativo nella teoria delle garanzie reali*; *ivi*, 1999, II, 288, con nota de RAGUSA MAGGIORE, *Pegno rotativo e natura onerosa o gratuita della garanzia a favore di un terzo*; *ivi*, 1999, II, 484, con nota de RAGO, *Pegno rotativo e sostituzione dei beni*; en *Nuova giur. comm.*, 1999, I, 544, con nota de UNGARI TRASATTI, *Costituzione di pegno a favore di terzo e revocatoria fallimentare*; en *Corriere giur.*, 1998, 1320, con comentario de PORRARO, *Pegno, garanzia rotativa e revocatoria fallimentare nel sistema delle garanzie mobiliari*; en *Giur. comm.*, 1998, II, 673, con nota de MANCINI, *La riconosciuta normalità del pegno «rotativo»*; en *Riv. notariato*, 1999, 240, con nota de CENNI, *Il patto di rotatività nel pegno: una strada ormai in discesa.*

[10] A. BRAUN, *Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, 677; D. HENRICH, *Recensione* a E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4, 2007, 1170; R. OMODEI SALÈ, *Aktuelle Entwicklungen des italienischen Sachenrechts im Hinblick auf Eigennutzung, Kreditsicherung und Vermögensverwaltung*, en GEBAUER und HUBER, *Dingliche Rechtspositionen und Verkehrsschutz*, Berlin, 2015, 66.

[11] Cfr. Sobre el punto el análisis de G. PAVASINI, *Pegno rotativo*, in AA.VV., *Il pegno nei rapporti commerciali*, Milano, 2005, 279 ss.

[12] E. GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, en *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, en *Tratt. Galgano*, Torino, 1995, 853; ID., *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, 22; ID., *Rotatività della garanzia*, en *Digesto civ.*, Torino, 1999; ID., *Il pegno*, cit., 223 ss.; ID., *Rotatività della garanzia*, en *Digesto civ.*, *Agg.* 6, Torino, 2011, 821 ss.; ID., *Del pegno*, cit., 72 ss.



prenda originalmente constituida, previendo – propiamente en virtud de la naturaleza programática y de la estructura de la operación – las distintas fases a través de las cuales la operación se modulará y desarrollará en el tiempo, así como la *res* (bien, valor o derecho) sobre la que nacerá la garantía; creando así una especie de "garantía rotativa". En este sentido, junto a las posibles técnicas para la predisposición del contenido de la acto, podrá incluirse en el reglamento, como parte integrante del mismo, pacto específico de rotatividad de los valores dados en garantía" (p. 187).

No obstante, el acuerdo debe ser respetuoso del rigor imperativo de las leyes sobre circulación de derechos y, en particular, de las relativas a las materias de prelación, oponibilidad frente a terceros y concurso, ya que se debe impedir que la sustitución del objeto garantía produzca, por un lado, un perjuicio para los acreedores del constituyente, y por otro, un efecto de novación, anulando así la continuidad y estabilidad en el tiempo del vínculo de garantía originario y por tanto su oponibilidad erga omnes frente al sujeto garantizado.

El problema se plantea sobre todo respecto de la relación entre sustitución convencional del objeto de la prenda y condiciones de eficacia del derecho de prelación; así como entre la sustitución convencional de la prenda y la acción revocatoria, pues en el pasado la doctrina ya había sostenido que era posible sustituir el objeto dado en garantía, pero que para ello era necesario en todo caso renovar cada vez las condiciones para la oponibilidad del título frente a terceros.

Por lo contrario, Gabrielli cree que "es posible dar un enfoque diferente a la cuestión: creer que, si, por acuerdo de las partes, la cosa prendada se sustituye por otra, enfrentamos un caso de subrogación real ya que es consustancial a la configuración unitaria de la operación que en su desarrollo se modifique uno de los términos, sin que ello suponga, al mismo tiempo, el nacimiento de una relación nueva y diferente; circunstancia que entraría en contradicción con los fines del acto de autonomía, tal como fue previsto y querido por las partes.

Finalidades que consisten, precisamente, en la posibilidad de instrumentar una operación de garantía que perdure en el tiempo, superando el diafragma que representa el acto único y particular" (pp. 188-189).

En esta línea teórica, a través de un discurso sistemáticamente coherente y lógicamente riguroso, queda confirmada la configuración de la prenda como "reserva *ad rem*", es decir, como utilidad real.

En efecto, escribe el autor, "si con el derecho de prenda se tiende a constituir una reserva *ad rem*, para poder alcanzar una utilidad real, es claro que el perfil de interés de las partes en lograr un resultado específico útil representa el esquema a través de la cual configurar la operación.

En este contexto, disponiendo, mediante un acto de autonomía privada, los instrumentos y estructuras más adecuados a la función que se persigue, es posible sustituir el objeto de la prenda, ya que el interés protegido con la garantía específica no es el destinado a obtener de la res, sino la dirigida a la consecución de la utilidad real: del valor económico representado por la cosa.

Para ello, el fenómeno de la subrogación real se presenta como la herramienta más adecuada" (p. 189).

La subrogación, «como variante de la estructura y término de relevancia jurídica del negocio, representa, en los casos anómalos de prenda en que opera, un sustrato sustancial preciso de la manifestación de la voluntad configurativa, pues al excluir "cualquier efecto novativo" mantiene la identidad originaria de la relación en la unidad de la operación» y en este sentido también permite superar la barrera que las reglas de exigibilidad pueden poner en el cumplimiento del acuerdo (p. 190).

Observa el autor que del análisis estructural de la relación y del contenido del derecho de prenda, surge que el carácter de reserva ad rem del vínculo prendario, "en cuanto dirigido a preestablecer una utilidad real, mira al objeto de la prenda no en su individualidad, sino considerándola en su capacidad de traducirse en una utilidad: en un valor económicamente cuantificable.



Utilidad que, para la satisfacción del interés del acreedor, debe corresponder al importe del crédito garantizado" (p. 191).

El problema de la oponibilidad de la garantía rotativa frente a terceros, y en particular frente al concurso, que representa el caso más frecuente de conflicto en la práctica judicial, es resuelto por Gabrielli destacando cómo la idea de prenda rotativa está estrechamente relacionada vinculada a la función perseguida por determinadas transacciones, como ocurre en la pignoración de valores escriturales en la cual esté prevista – sin perjuicio de la garantía prendaria original, a favor del banco (acreedor prendario) – la reutilización, en el marco de una sola operación económica, de la suma obtenida de la enajenación de los valores originalmente pignorados. Reempleo que se concreta, después del vencimiento de los valores, en la compra de otros tantos que quedan sometidos a la restricción de indisponibilidad.

En estas operaciones, observa Gabrielli, "no se puede negar la unidad intrínseca de la operación, que se despliega en el tiempo a través de la sucesión articulada de secuencias predispuestas lógica y cronológicamente para crear un uso en garantía de los valores originalmente pignorados.

En este caso, la rotación de la garantía es consustancial al tipo de operación económica realizada, cuya función se vería frustrada si, en cada paso posterior del bono de garantía, fuera necesario preparar un nuevo título de constitución de prenda" (p. 216).

La comprobación de la eficacia de la restricción y su exigibilidad frente a terceros se realiza, por tanto, a través de una evaluación concreta del negocio.

En efecto, el intérprete puede, examinando los criterios adoptados por las partes para determinar el objeto de la garantía, determinar, con referencia a la naturaleza, tipo y régimen jurídico del bien o derecho objeto de la garantía, si han sido respetados los requisitos establecidos por las disposiciones legales para el funcionamiento de la prelación.

En este punto, el autor observa que las técnicas y criterios para la determinabilidad del objeto no son susceptibles de ser generalizados más allá de cierta medida, ya que en su funcionamiento concreto varían precisamente según el objeto a determinar, de modo que el problema relevante de la oponibilidad de la prenda rotativa se reduce en última instancia a un problema interpretativo a resolver concretamente, valorando – a efectos de determinar la eficacia del derecho de prelación originalmente establecido en ocasión de la constitución de la garantía – "si de la configuración de la operación en su unidad formal se desprenden las indicaciones necesarias para identificar, en el despliegue y alternancia de los sucesivos pasajes del vínculo de garantía, aquellos bienes o valores que constituyen su objeto" (p. 217).

Según Gabrielli, la rotatividad del vínculo sobre los bienes y valores amparados por la garantía y la oponibilidad de la prelación originaria creada sobre ellos no parece encontrar obstáculos, ni siquiera en cuanto a la viabilidad de la acción revocatoria ordinaria o concursal tendiente a afectar la constitución original, privando así a la función de garantía del derecho de preferencia conexo a la misma, ya que la revocabilidad de la constitución de garantía "debe ser excluida aun en el supuesto en que se crea que la reposición de los bienes y valores constituye un nuevo derecho de prenda".

Recordando una opinión destacada, Gabrielli señala que los terceros acreedores del fideicomitente no resultan perjudicados por la sustitución, que respecto de ellos se realiza siempre dentro de los límites del valor del bien originalmente pignorado, de manera que debe quedar excluida la acción revocatoria en contra del derecho real constituido. En caso contrario, y con independencia de que la sustitución implique o no la constitución de una nueva prenda, "entre otras cosas, se atribuiría a los acreedores quirografarios, por el solo hecho de la sustitución, una protección más intensa e incisiva que la que de ellos se derivaría si la prenda había seguido afectando el bien originario" (p. 218).



En cualquier caso, subraya el autor – y de este aspecto hizo especial uso la jurisprudencia formada posteriormente a partir de las ideas expresadas en el libro – el fundamento de la exigibilidad de la constitución original "rotativa" de la garantía prendaria se basa en la "necesaria equivalencia entre el valor del bien original y el valor del bien sustituido, relación que se medirá respecto del momento en que se produzca la sustitución y no del momento de la posible apertura de la ejecución forzosa.

Si las partes han previsto expresamente el pacto de rotatividad en el negocio de constitución de la garantía, el hecho efectivo de la sustitución no podrá, sin embargo, ser considerado como un hecho que manifieste sintomáticamente el cambio *in pejus* de las condiciones patrimoniales del constituyente" (p. 218).

De ahí el principio fundamental, desde entonces fielmente seguido y aplicado por la jurisprudencia del Tribunal de Casación [13], según el cual la necesaria equivalencia entre el valor del bien original y el valor del bien sustituto representa una salvaguardia ineludible para proteger a los acreedores del fideicomitente, especialmente a los que no pueden reclamar un título de preferencia sobre el bien obligado, y de la masa concursal, ya que para la celebración de la constitución de la prenda y su exigibilidad, debe constar que durante la operación de garantía económica, regida por el pacto de rotatividad, luego de las sustituciones realizadas, el valor original (del bien gravado) ha permanecido invariado con respecto al valor final (del bien sujeto a la restricción) a pesar de las modificaciones intervinientes en el ínterin (del bien sujeto a la restricción); y, según la cual, los acreedores, después de estas sustituciones, no han sufrido perjuicio alguno, ya que el valor (del bien sujeto a la restricción, y por tanto) de los bienes a dividir según los respectivos títulos ha permanecido siempre sin alterar.

2.10. – La garantía rotativa – y en particular la prenda rotativa – sobre la base de las ideas presentadas y la construcción teórica propuesta en el libro también ha sido implementada, y por lo tanto es ahora "típica", en numerosas normas en el sector de las garantías financieras que se han emitido a lo largo del tiempo, como por ejemplo, en Italia, el decreto legislativo 24.2.1998, n. 58; el decreto legislativo 24.6.1998, n. 213, y las resoluciones de implementación relacionadas del Banco de Italia y Consob; los decretos ministeriales 31.7.1998 27.11.1998, para la regulación de los títulos públicos y sucesivas normas sobre la materia.

Por su parte, el legislador comunitario se inspiró en esas ideas de la Directiva 2002/47/CE sobre contratos de garantía financiera, modificada posteriormente con la Directiva 2009/44/CE y que se implementó en Italia con el Decreto Legislativo 21.5.2004, n. 170 y luego con el decreto legislativo 24 de marzo de 2011, n. 48.

1.11. Finalmente, puede señalarse que la prenda sin desplazamiento, en la configuración formal establecida en el libro, fue implementada por el legislador italiano en la ley de garantías mobiliarias del 30 de junio de 2016, n.119 (con la cual se convirtió el decreto ley del 3 de mayo de 2016, n.59 con enmiendas); así como en

[13] El principio, expresado en el libro, se implementó desde la primera sentencia histórica (Cass.28 Mayo 1998, n.5264), que señala que en este caso "la reposición, dejando invariable el valor de los bienes destinados a satisfacción preferencial del acreedor embargador, no causa ningún perjuicio a los demás acreedores", posición luego constantemente retomada y reafirmada, más recientemente por la sentencia de la Corte de Casación 12733, de 13 de mayo de 2021, según la cual "a la utilidad reconocida del contrato destinado a permitir una reposición fisiológica de la cosa gravada por la garantía de la prenda se corresponde con la indicación de que el valor económico de la cosa inicialmente tomada en garantía actúa como un límite infranqueable para las reposiciones futuras de la cosa misma. Correspondientemente, la prestación de indicación suficiente de la cosa a que se refiere el art. 2787, párrafo 3, del Código Civil italiano debe interpretarse en el sentido de indicación suficiente del valor económico de la cosa.

En el caso de una prenda rotativa, la omisión de indicación de un límite de valor para la reposición del bien gravado por la garantía implica su falta de idoneidad para producir los efectos de continuidad y unidad de la relación prendaria. Con la consecuencia de que las sustituciones de la cosa que se produzcan, conducen a la formación de prendas distintas y por tanto nuevas".



leyes especiales posteriores dedicadas a sectores productivos individuales como en el Decreto Ministerial de 23 de julio de 2020, relativo a la constitución de la prenda rotatoria sobre productos agrícolas y alimenticios con denominación de origen protegida o indicación geográfica protegida.

3. – El aporte de Enrico Gabrielli a la teoría general de las garantías reales resulta, como vimos, sumamente significativo. Sin embargo, *Il pegno anomalo* proyecta su validez conceptual bastante más allá del campo de la teoría de la prenda e incluso de la doctrina general de las garantías reales.

En efecto, transitando por la consideración del elemento funcional como criterio rector para resolver la difícil cuestión de la tutela de la autonomía privada, se observa una conexión entre el concepto de anomalía del negocio, y el concepto de operación económica, noción y concepto utilizado y desarrollado por el autor en otros estudios sobre contratos en general y que también ha encontrado aceptación e implementación en las Cortes Supremas de Justicia de otros sistemas, como, por ejemplo, el uruguayo [14].

Observa el autor que, si se consideran los intereses efectivamente implicados en los negocios de garantía, queda en evidencia que su complejidad y variedad es tal que la relación entre la autonomía privada y la constitución de la garantía debe tener en cuenta la sustancia real de la operación económica, cualquiera que sea la denominación del tipo contractual a través de la cual se manifiesta, o más bien de la estructura externa del modelo de garantía, ya que los particulares pueden, mediante técnicas contractuales apropiadas, afectar el perfil funcional de la transacción constitutiva y por tanto crear el derecho real de prenda incluso sin desposeer al constituyente.

La perspectiva funcional, defendida por Gabrielli, "permite identificar de manera unificada el significado de los casos individuales y los elementos que los componen, enmarcándolos, a través de su perfil dinámico, en el nivel del desarrollo concreto de sus eventos" (p. 113), dado que "la operación se articula de hecho a través de módulos y secuencias procedimentales que, en su despliegue y articulados según un orden y programa prefijados, marcan los momentos singulares de relevancia sustancial y la disciplina relativa a la eficacia de cada una de las fases.

Los particulares pueden, por tanto, regular sus intereses también respecto de operaciones futuras o meramente eventuales, superando la necesaria actualidad del dato fenoménico a través de la configuración de su modelo o de sus notas caracterizantes" (p. 180).

3.1. – La función de garantía – y su perspectiva "funcional" que impregna todas las páginas del libro, es particularmente útil en este sentido – según el interés sustancial que se quiera perseguir concretamente, en cuanto rige una operación económica unitaria, se revela, como sucede por ejemplo en la garantía rotativa, como instrumento a través del cual la garantía persiste y continúa en el tiempo, más allá de la fijeza del obje-

[14] Cfr. *Suprema Corte de Justicia,* n. 1241 de 12 de agosto 2019, en *http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA;* así como las sentencias: SEF 3-7-2015; SEF 9-123-2014; SEF 2-310-2011; SEF 1-123-2012; SEF 1-21-2011; SEF 2-9198-2011; Tac 4° 315/2007.

En doctrina, J. Gamarra, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo,* vol. XXVI, *Teoría General del contrato,* Montevideo, 2009, 271; Juan Blengio, *El contrato y la operación económica*, en *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, Montevideo, 2013, 31 ss.; Alicia Castro Rivera, *La pregunta por la causa del contrato: un giro pragmático de la doctrina,* in *Doctrina y jurisprudencia de derecho civil*, Montevideo, 2013, 36.



to sobre el cual se materializa la fianza e, incluso, independientemente de su existencia material, como demuestra la regulación de las restricciones a la instrumentos financieros desmaterializados.

En este sentido, es claro que el aporte del autor al analizar la disciplina de la prenda anómala, se proyecta hacia la teoría general del contrato y del negocio, ya que el criterio utilizado para comprender la anomalía y discernir sus efectos es, en definitiva, la consideración de la causa o función concreta del negocio y de la operación económica.

3.2. – Para demostrar esta afirmación, basta observar que el recurso al que acude Gabrielli para proponer una reconstrucción dogmática del derecho de la prenda anómala – con la finalidad de encontrar soluciones normativas a negocios jurídicos que de alguna forma evaden los rígidos tipos establecidos en la ley (negocios típicos o nominados) – es, precisamente, el análisis de la causa o función concreta.

La demostración comienza por la siguiente pregunta: ¿en qué consiste la "anomalía" del negocio jurídico? ¿En qué sentido habla Gabrielli de "negocios anómalos"?

Partiendo de la perspectiva que coloca a los elementos esenciales del tipo como aquellos que tengan una importancia primaria para la realización de la función concreta del negocio,[15] Gabrielli habla de prenda "anómala" para referirse a negocios de garantía real que carecen de un elemento que podría considerarse esencial del tipo desde el punto de vista estructural (la entrega de la cosa, que se encuentra ausente en el caso de prendas sin desplazamiento).

3.3. – Efectivamente, en el modelo clásico de la prenda común – diseñado por el legislador moderno y cristalizado en el rígido molde napoleónico, según el cual "*dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties*" (art. 2076 del Código Civil francés) – la desposesión por parte del dador de la cosa constituye elemento esencial para la constitución del derecho real de prenda. Este modelo se manifiesta claramente insuficiente en la fase actual de desarrollo de la actividad económica, en razón de lo cual es posible observar negocios que, no obstante carecer de dicho elemento, despliegan su función de garantía real (derecho de preferencia y/o de persecución) mediante otros dispositivos.

Según Gabrielli, en el caso de la prenda, la anomalía puede también referirse a los casos de mutación o sustitución del objeto afectado por el gravamen real – circunstancia que, según el molde clásico, debería configurar una nueva prenda, perdiendo así el acreedor la prelación que la fecha original del negocio le hubiera conferido en casos de concurso, y sometiéndola a acciones revocatorias de las que quedaría indemne si conservase la fecha original – sosteniendo que el vínculo real de garantía subsiste a pesar de la rotación o mutación del objeto.

3.4. – Ahora bien: una simple operación de abstracción conduce a considerar en términos generales la cuestión del tipo contractual, y así lo hace con puntualidad y prolijidad Gabrielli, cuando analiza la prenda anómala bajo el prisma de la función de garantía que cumple.

[15] E. Gabrielli, *Il pegno anomalo*, Cedam, Padova, 1990, 82.



Afirma Gabrielli:

"El primer problema que se plantea es el de la comparación entre las especies anómalas y las especies típicas, y la determinación de si se trata de modalidades atípicas" [16].

Como se advierte, esta afirmación es de absoluta generalidad, va más allá de la cuestión de las garantías reales, y constituye el fundamento verdadero de la argumentación, la razón última sobre la cual Gabrielli construye su discurso sobre la prenda anómala.

En mi opinión, la teoría general de los tipos contractuales constituye uno de los capítulos más apasionantes y fundamentales de la teoría general del contrato. A partir de un origen en el derecho romano clásico, prolongado durante el período Justiniano y medioeval – en el cual prevalecía el principio de la tipicidad (*nudum pactum obligationem non parit*) – se va abriendo camino, en la modernidad, el principio del consensualismo [17], que se expresa, en el derecho italiano, en la formulación del art. 1322 c.c., que establece dos principios fundamentales para los sujetos privados: la posibilidad de variar el contenido de los contratos típicos y la posibilidad de concluir contratos no pertenecientes a tipos que posean una disciplina particular, siempre que se dirijan a realizar intereses meritorios de tutela según el ordenamiento jurídico [18].

El contrato atípico o innominado reconoce a la autonomía privada el poder de celebrar pactos vinculantes que no pertenezcan a un tipo legalmente establecido, los que se rigen por las reglas generales de los contratos. Además, la complejidad de los intereses negociales hace que se reconozca la existencia de negocios mixtos, que en realidad no son nominados ni innominados, sino que reconocen en su seno más de una causa correspondiente a dos o más categorías de negocios típicos.

En la misma línea, la doctrina ha identificado los denominados negocios irregulares [19]. El negocio irregular no se entiende en el sentido de negocio que no cumple con todas las formalidades legales o administrativas, sino, en cambio, de negocio que puede ser en principio calificado como perteneciente a un tipo determinado, pero presenta una irregularidad o anomalía respecto al tipo. El caso paradigmático es el llamado "depósito irregular". Mientras que el depósito típico (regular) no es título hábil para transferir el dominio, el depósito irregular, calificado por la circunstancia de que tiene por objeto un bien fungible, particularmente una suma de dinero, sí es título hábil para transferir el dominio. Ocurre ello en el caso del depósito bancario de dinero, negocio de enorme difusión y aplicación práctica, que se considera depósito porque contiene en sí una importante obligación de custodia, pero no implica que la propiedad permanezca en el depositante, sino que se transfiere al depositario y genera no la obligación del depósito típico de devolver la misma cosa depositada (*eadem re*), sino un equivalente del mismo género (*tantundem eiusdem generis*). La teoría del negocio irregular gira generalmente en torno a la incidencia de la circunstancia de que el objeto de un negocio típico tenga por objeto cosas fungibles, circunstancia que no determina la nulidad del contrato, sino la variación de los efectos del negocio.

Junto con el negocio irregular, la consideración de especificaciones en los tipos o modelos legales hace aparecer el negocio *subtípico*. Sostuvo Carnelutti que "los tipos singulares se prestan … a una progresiva especificación mediante la agregación a los requisitos y a los efectos típicos, de requisitos y efectos extratípi-

---

[16] E. Gabrielli, *Il pegno anómalo*, 74.

[17] C. De Cores, *La teoría general del contrato a la luz de la historia. Contribución de la Escuela de Salamanca*, IJ Editorial, Buenos Aires, 2018, *passim*.

[18] R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 786, observa que "tipicidad" significa "cosa muy diferente según que se refiera al contrato (o al negocio en general), o se refiera a la función del negocio elevada a causa"; y por otro lado, que la tipicidad de las figuras jurídicas es relativa "a la categoría con la cual las figuras son comparadas".

[19] M. De Simone, *I negozi irregolari*, Jovene, Napoli, 1952.



cos", de modo que "agregando a los requisitos y a los efectos típicos requisitos y efectos extratípicos se forman subtipos de situaciones o de hechos". [20] Caracterizaría al subtipo contractual la circunstancia de que todos los elementos esenciales del tipo se encuentran presentes, pero alguno de ellos es calificado.

El perfil del subtipo contractual representa un instrumento de individualización y de clasificación de un supuesto de hecho concreto, al fin de (excluirlo o de) colocarlo dentro de un esquema típico y de su disciplina. Como enseña Gabrielli, [21] el subtipo emergería, en algunos casos, de la circunstancia de que todos los elementos esenciales del tipo se encuentran presentes, pero alguno de ellos es calificado; en otros, de la misma sistematización dada a la materia por el código, aun cuando al subtipo le sea atribuida una *appelatio* diversa de aquella atribuida al tipo; por último, la calificación de subtipo, que pudiera atribuirse a un dado contrato nominado, debería deducirse por el intérprete sobre la base de un atento examen sistemático [22].

3.5. – Siguiendo la teoría aristotélico-tomista de los predicados y de la organización de los conceptos en géneros y especies, explica Gabrielli que "el esquema del tipo …, para calificarse, debe presentar todos los elementos indispensables para la configuración del tipo (género próximo), con el agregado de alguna nota ulterior (diferencia específica) que sirva para caracterizarlo en el ámbito del tipo" [23].

Se subraya, [24] en efecto, que en el subtipo "permanecen aspectos esenciales del tipo, integrados con otros elementos que la ley considera y disciplina en la configuración de tal negocio, que corresponde entonces, para ser más precisos, siempre a un tipo, pero diríamos de rango subordinado (y por tanto, por la parte no contemplada, sometido a la misma disciplina del tipo principal)". El esquema del subtipo, para ser tal, a su vez, debe presentar todos los elementos indispensables para la configuración del tipo, con el agregado de algunas notas ulteriores, que valga para caracterizarlo [25].

De la definición de la articulación de la relación entre tipo y subtipo, surge la observación de la necesidad de que el esquema del tipo tenga una elasticidad mayor que el del subtipo. Señala Gabrielli que "el grado de elasticidad del tipo determina la medida de producción de sus subtipos, que serán tantos cuantas puedan ser las posibilidades de agregar a aquel esquema notas individualizantes ulteriores respecto de aquellas propias del tipo que no hayan sido contempladas como esenciales para la definición del mismo" [26].

3.6. – Como se advierte, la noción de "elasticidad" del tipo resulta un componente esencial de la teoría. Como enseña Gabrielli, en la definición de la articulación de la relación entre tipo y subtipo, un primer elemento de individualización puede encontrarse en la necesidad de que el esquema del tipo tenga una elasticidad mayor que el del subtipo, de modo que el esquema del tipo debe – para tener una mayor capacidad expansiva – ser necesariamente menos articulado que aquel del subtipo. El grado de elasticidad del tipo deter-

[20] F. CARNELUTTI, Teoria generale del diritto, Roma, 1951, III ed., 232.

[21] E. GABRIELLI, Doctrina general del contrato, FCU, Montevideo, 2009, 60.

[22] MINERVINI, *Lo sconto bancario*, Napoli, 1949, 73.

[23] E. GABRIELLI, *Il pegno anómalo*, 79.

[24] R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, en *Tratt, di dir. civ.*, diretto da GROSSO e SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1977, 3a ed., 40-41 y ss.

[25] A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, cit., 80; L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, en *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, 10.

[26] E. GABRIELLI, *Doctrina general del contrato*, tomo I, FCU, Montevideo, 60 y ss.



mina entonces la medida de producción de sus subtipos, que serán tantos cuantas puedan ser las posibilidades de agregar a aquel esquema notas individualizantes ulteriores respecto de aquellas propias del tipo que no hayan sido contempladas como esenciales para la definición del mismo.

3.7. – Pero además del subtipo, Gabrielli analiza el concepto de "variaciones del esquema legal", que ocurren cuando estas modificaciones no asumen una entidad tal de producir una verdadera y propia alteración causal del acto de autonomía, siendo compatibles con el esquema típico originario y no determinando, en consecuencia, una derogación de su disciplina. No podrá ocurrir lo mismo, en cambio, en aquellas hipótesis en las cuales, respecto al esquema típico, no pueda apreciarse una variación, sino una verdadera y propia alteración.

Emerge, de ese contexto, la importancia de una exacta demarcación de los límites de elasticidad de cada tipo, al fin, precisamente, de señalar su eventual superación y de aplicar por tanto una disciplina diversa de la que es propia del tipo. El problema de la elasticidad del tipo legal se plantea cuando el supuesto de hecho concreto no entra completamente en el esquema típico y se trata por tanto de analizar si el mismo puede ser extendido hasta comprenderla [27]. Es aplicando este razonamiento que Gabrielli concluye en el sentido de la posibilidad de una prenda "anómala", la cual, no obstante presentar una variante muy importante desde el punto de vista de la estructura del tipo (falta de entrega, mutación del objeto), puede ser igualmente reconducida al esquema legal de la prenda, ya que se conserva la función concreta de garantía, como reserva de valor *ad rem*.

Los subtipos y las variaciones del tipo – sostiene el autor – no parecen representar otra cosa que los reflejos reportados sobre el delineamiento formal del esquema, de las modificaciones de la función. Es en este punto cuando hace su ingreso en el discurso la categoría de causa concreta del contrato y de operación económica, porque, según Gabrielli, la determinación de la elasticidad del esquema – y por ende de la capacidad del supuesto de hecho abstracto para comprender supuestos de hecho concretos que presenten entre ellos diferencias significativas – debe efectuarse en base a la valoración de la función concreta del contrato, ya que la respuesta del ordenamiento al acto de autonomía, que se concreta y expresa en el ligar al mismo los efectos jurídicos queridos por las partes, encuentra su razón en la valoración de la función concreta.

3.8. – En consecuencia, según Gabrielli quien sigue en este punto a Cataudella, para subsumir o no un supuesto de hecho concreto en un esquema típico – y, en lo que nos interesa, para identificar la disciplina de los supuestos "anómalos" – se debe determinar cuáles elementos tengan importancia primaria para la realización de la función concreta del contrato y por tanto determinar la existencia o no de una correspondencia entre los elementos así individualizados y aquellos descritos como esenciales por el legislador para configurar el tipo legal [28].

¿En qué medida el intérprete puede acudir a la disciplina de un tipo contractual, cuando el supuesto de hecho bajo examen presenta variaciones respecto de dicho tipo, que parecen afectar elementos esenciales del mismo? La respuesta que da Gabrielli es que es necesario recorrer la línea metodológica que remonta a

[27] A, CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, 70 y ss.
[28] A, CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., 70 y ss.



la causa, como elemento individualizante dotado de operatividad general. Y la causa alude específicamente a la función. Pero no a la función económica y social, propia del pensamiento de Emilio Betti, que no aporta utilidad en tanto en cuanto ella coincide con el tipo legal, sino a la función concreta e individual, introducida por las reflexiones de Giovanni Battista Ferri, que apunta a la operación económica creada por las partes.

"La determinación de la elasticidad del esquema – y por ende de la capacidad del supuesto de hecho abstracto para comprender supuestos de hecho concretos que presenten entre ellos diferencias significativas – *debe efectuarse en base a la valoración de la función concreta del contrato*. Esto es así porque la respuesta del ordenamiento al acto de autonomía, que se concreta y expresa en vincularlo con los efectos jurídicos queridos por las partes, encuentra su razón en la valoración de la función concreta" [29] (resaltado nuestro).

Es la valoración de la función concreta de la prenda anómala es lo que le permite a Gabrielli sostener la viabilidad de la constitución del derecho real de prenda, aún en ausencia de elementos estructurales como la entrega de la cosa y su inmutabilidad.

De ahí la conexión inescindible entre teoría de la anomalía contractual, y teoría de la función concreta del negocio y de la operación económica.

Reitera Gabrielli:

"la investigación sobre el punto – puesto que la distinción entre elementos principales y secundarios es susceptible de muy variadas graduaciones – deberá referirse siempre al examen concreto del supuesto de hecho singular, y luego de haber considerado en su complejo la organización de intereses que las partes pretenden realizar, se detendrá a analizar los elementos singulares de los cuales se compone. Es a partir de esta perspectiva teleológica que emerge la importancia y la función que cada elemento singular reviste respecto del reglamento de intereses en su globalidad y de su total realización. Deberá en efecto ser considerado esencial cada elemento en ausencia del cual la organización de intereses pretendida no pueda realizarse en sus líneas fundamentales. Cuando las reglas dictadas por las partes se encuentren en grado de incidir sobre la función modificándola, el supuesto de hecho concreto no será subsumible en el tipo legal; diversamente ocurrirá cuando, aun no coincidiendo completamente el supuesto de hecho concreto con el abstracto, no se perciban modificaciones de la función".

Los límites de elasticidad del esquema legal están por tanto constituidos – igual que las mutaciones identificables en el modelo formal – por las modificaciones de la función, de modo que para señalar – en ambos casos – su medida y su intensidad, es preciso desarrollar una investigación sobre la función concreta del acto de autonomía singular.

De modo que la existencia de una anomalía, o como expresa Gabrielli, "la simple falta de coincidencia del reglamento negocial con el legal" no es suficiente para excluir respecto del contrato singular la calificación según el tipo: para este último fin es necesario determinar la compatibilidad de la función concreta con aquella abstractamente diseñada por el tipo [30].

3.9. – Es aquí que se encuentra la fundamentación teórica de la viabilidad de los supuestos anómalos de prenda, carentes de elementos del tipo que podrían desde el punto de vista estructural ser considerados esenciales, pero que desde el punto de vista de la función concreta son perfectamente congruentes con el esquema

[29] E. GABRIELLI, *Doctrina general del contrato*, tomo I, FCU, Montevideo, 60 y ss.
[30] E.GABRIELLI, "*Il pegno* "*anomalo*", Padova, 1990, 74 y ss.



típico de la prenda, en tanto son idóneos para constituir un derecho real sobre cosas que ostentan un valor económico.

De la comparación entre el significado que expresa la operación económica diseñada en el esquema típico y los intereses que en concreto las partes han deducido y cristalizado en la organización de intereses convencionalmente programada, emerge, en definitiva, si estos últimos – aun persiguiendo la obtención de finalidades ulteriores, accesorias o complementarias a las típicas – son compatibles o no con el esquema típico.

4. – A modo de resumen, puede decirse que la obra de Enrico Gabrielli *Il pegno anómalo* ha ganado su justo lugar entre los clásicos del derecho italiano.

Por una parte, constituye un aporte decisivo para la modernización del derecho de las garantías, encontrando una justificación para modalidades de gravámenes reales totalmente impuestos por la dinámica de los negocios pero que necesitaban el adecuado encuadramiento sistemático que se puede encontrar en la obra.

Por otra parte, contiene reflexiones de gran proyección, muy útiles para la formulación de conceptos de la más amplia generalidad, tal vez medulares, para la teoría general del contrato. Ésta no puede comprenderse adecuadamente sin una referencia, por un lado, a la idea de contrato en general, y por otra, a los diversos tipos diseñados por el legislador, según una tradición milenaria que encuentra en ellos esquemas de regulación que representan un justo equilibrio entre los intereses privados implicados.

El estudio contenido en la obra sobre la cuestión de la anomalía negocial – en cuanto medida y límite dentro de los cuales un supuesto de hecho concreto producto de la autonomía privada puede ser subsumido en un tipo, o dicho en otros términos, en cuanto margen dentro del cual las variaciones respecto de los tipos legales implican o no un apartamiento del tipo y un abandono o no de la relativa disciplina, margen que está señalado, según el autor, por la función concreta del negocio y la operación económica subyacente – constituye un indudable avance científico que justifica el reconocimiento que representa la inclusión de *Il pegno anómalo* en la nómina de los grandes libros jurídicos que el talento cultural italiano ha legado al mundo.

JUS CIVILE



ANTONIO PALMIERI

Professore ordinario – Università degli Studi del Molise

EMERGENZA EPIDEMICA E LOCAZIONI COMMERCIALI

SOMMARIO: *1. L'emergenza epidemica attraverso le lenti del giurista. – 2. L'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e l'inadempimento di obbligazioni pecuniarie. – 3. I rapporti locativi: l'obbligo di "far godere" e l'obbligo di pagamento del canone. – 4. L'incidenza dell'emergenza epidemica sulle locazioni di immobili ad uso diverso dall'abitativo. – 5. I rimedi demolitori: una* lose-lose situation*. Le prospettive della rinegoziazione.*

1. – Il giurista è chiamato a guardare alla realtà attraverso le lenti del diritto.

Gli accadimenti della storia ed i rapporti fra gli uomini debbono essere letti attraverso le norme; ed è alla luce dello *jus positum* che è possibile attribuire ad essi giuridica rilevanza, determinarne gli effetti, individuare la *regula iuris* ad essi applicabile [1].

Può accadere, tuttavia, che sul proscenio della storia facciano irruzione fatti del tutto nuovi, imprevisti e persino inimmaginabili; e che le lenti del giurista sembrino, allora, appannate: strumenti inadeguati a restituire una immagine nitida e definita del presente, ad acquisire piena intelligenza della mutata realtà, a ricondurre il *novum* alle categorie giuridiche della tradizione.

E così come accade a chi, inoltrandosi nel sentiero della vita, avverte progressivamente l'indebolirsi dei propri occhi e cerca strumenti di correzione del *visus* sempre più efficaci, anche il giurista può essere tentato di considerare le proprie lenti come non più adeguate ed indotto a vagheggiarne di nuove.

Ma il giurista è consapevole di non potersi dotare di nuove lenti se non è il legislatore a donargliele. E fino a quando il dono non sopraggiunga, non potrà far altro che togliere dalle proprie lenti le opacità su di esse formatesi nel tempo; ma dovrà, comunque, continuare ad utilizzare le lenti di cui è dotato.

Nel tempo presente l'emergenza epidemica, correlata alla diffusione del virus Covid-19, ha provocato un profondo sconvolgimento sanitario, sociale ed economico; ed ha determinato le pubbliche Autorità ad adottare provvedimenti volti a contenere la diffusione del morbo che hanno inciso sulle libertà personali degli individui, sullo svolgimento delle attività produttive, sui flussi reddituali di famiglie ed imprese, sulle prospettive economiche future dell'intera comunità nazionale.

Appare allora evidente che il fatto nuovo in relazione al quale il giurista è chiamato ad interrogarsi non è tanto il fatto naturale – di rilevo scientifico e sanitario – dell'improvviso ed epidemico propagarsi di un virus prima d'ora sconosciuto, quanto il fatto squisitamente giuridico costituito dal complesso dei provvedimenti adottati, in relazione all'emergenza sanitaria ed ai fini di tutela della salute pubblica, dalle Autorità competenti.

[1] Sul tema rimangono imprescindibili le pagine di N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1976, p. 1094 ss.



Sono, dunque, le disposizioni emergenziali adottate dal Governo e le conseguenze giuridiche ad esse correlate l'oggetto dell'attenzione del giurista e della riflessione che il medesimo è chiamato a compiere, soprattutto ora che l'emergenza è terminata poiché questo tipo di situazioni è destinato tristemente a ripetersi, ed è bene che il giurista – soprattutto il giurista d'impresa, vicino alle esigenze delle aziende – tragga delle lezioni per il futuro.

Tra le disposizioni emergenziali adottate nel momento più drammatico della diffusione virale assume centrale rilievo quella contenuta nell'art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 marzo 2020: «*Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19, sull'intero territorio nazionale (...) sono sospese tutte le attività produttive industriali e commerciali* (…)».

Il provvedimento, che si risolve nella mera enunciazione di un divieto (immediato, sebbene di durata limitata nel tempo) di tutte le attività produttive, industriali e commerciali (con la sola esclusione di quelle espressamente consentite dallo stesso d.P.C.M.) non reca menzione alcuna – né, tanto meno, si occupa – delle conseguenze inevitabilmente correlate alla disposta "sospensione" delle attività economiche sull'intero territorio nazionale. E lascia senza risposta l'interrogativo circa le sorti dei rapporti tra privati, in corso di esecuzione al tempo di introduzione del divieto, incisi – direttamente o indirettamente – dalla preclusione dell'ordinario svolgimento delle attività di produzione e di commercio.

In particolare – ed il profilo assume rilevanza in relazione all'oggetto di questa indagine –, tace delle conseguenze del divieto su quelle attività economiche per lo svolgimento delle quali l'imprenditore industriale o commerciale utilizzava non immobili di proprietà ma locali detenuti in forza di titoli contrattuali con causa locativa.

Assumendo il punto di osservazione dell'imprenditore-conduttore non v'è chi non veda come la sospensione delle attività economiche esercitate all'interno di locali produttivi o commerciali altrui interrompa repentinamente gli ordinari flussi reddituali del conduttore (destinati anche a sostenere il costo locativo); renda, almeno temporaneamente, privo di concreta utilità il godimento del bene detenuto in locazione; ma non limiti né sospenda in modo automatico l'obbligo di corrispondere al locatore, alle scadenze contrattuali, il canone periodico originariamente convenuto tra le parti.

Ed ancora: non v'è chi non veda come i provvedimenti emergenziali adottati dalle Autorità governative non potranno essere considerati come idonei a creare una mera parentesi temporale tra *un prima*, caratterizzato da normalità ed *un dopo*, parimenti caratterizzato da una nuova e recuperata normalità: una volta cessati gli effetti della sospensione, la ripresa delle attività produttive e commerciali – pur sottoposta a limiti e vincoli e condizionata al rispetto di nuove prescrizioni ed adempimenti amministrativi – dovrà necessariamente essere avviata e condotta in un contesto generale segnato da una profonda crisi economica, da carenze di liquidità, dall'espansione della disoccupazione, dalla contrazione della propensione al consumo. In questa drammatica – ma, purtroppo, verosimile – prospettiva anche i canoni delle locazioni commerciali, nella misura liberamente concordata in epoca anteriore all'adozione delle misure emergenziali di contenimento dell'epidemia virale, potrebbero rivelarsi – nella prospettiva dei conduttori – come particolarmente onerosi e persino insostenibili.

Il giurista, sollecitato – anche in questo caso e come di consueto – a dare risposta al perenne quesito: *quid juris*? si vedrà necessariamente costretto (in mancanza di nuove disposizioni legislative di diritto sostanziale dettate *ad hoc* in relazione alla crisi epidemiologica) ad utilizzare le lenti offerte delle norme vigenti ed a risolvere nuovi problemi facendo ricorso agli sperimentati strumenti del passato.



2. – Per il vero, nella produzione normativa del periodo emergenziale si rinviene una norma di diritto sostanziale di rilievo privatistico: si tratta dell'art. 91, comma 1, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 – *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

Sotto la rubrica «*Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*» è riportata la seguente previsione: «*All'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: "6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*».

La disposizione riecheggia – seppure con minore nitidezza e non comparabile efficacia – i contenuti della legislazione di guerra del primo conflitto mondiale, e, in particolare, il dettato dell'art. 1 del d.lgs. 27 maggio 2015, n. 379: «*A tutti gli effetti dell'art. 1226 codice civile*[2] *la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione generale*».

Sulla norma introdotta dal d.l. n. 18/2020 appare opportuno svolgere taluni rilievi:

Il legislatore dell'emergenza sanitaria si colloca nella prospettiva (in verità, limitata) dell'inadempimento delle obbligazioni e della mancata esecuzione della prestazione dovuta, al fine di escluderne l'effetto necessario e tipico previsto – in via generale – dall'art. 1218 cod. civ.: «*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*»;

Tuttavia, la disposizione normativa non vale ad escludere in via automatica e radicale la responsabilità risarcitoria del debitore inadempiente, atteso che: in primo luogo, sembra richiedere che l'inadempimento sia eziologicamente ricollegabile al «*rispetto delle misure di contenimento*», con la conseguenza che la sussistenza in concreto del nesso di causalità dovrà essere, di volta in volta, dedotta e provata; in secondo luogo, l'incidenza del rispetto delle misure di contenimento sullo sforzo adempitivo del debitore non viene presunta (né con una presunzione *iuris e de iure* e neppure con una presunzione semplice) ma è rimessa alla valutazione del giudice [«*è* (…) *valutata ai fini dell'esclusione* (…) *della responsabilità*»]; infine, considerato il richiamo operato al disposto dell'art. 1223 cod. civ., la valutazione giudiziale dell'incidenza causale del rispetto delle misure di contenimento potrebbe condurre al più modesto esito di influire non sull'*an* ma sul *quantum debeatur* e, dunque, sulla misura del risarcimento concretamente dovuto dal debitore inadempiente al creditore insoddisfatto[3].

Pur superando tutti i dubbi interpretativi derivanti dalla formula linguistica adottata dal Legislatore emergenziale, quel che sembra certo ed incontestabile è che il rispetto delle misure di contenimento si configuri come un impedimento meramente temporaneo all'esecuzione della prestazione dovuta.

Alla temporaneità dell'impedimento si correla – sul piano logico, prima che giuridico – la temporaneità della giustificazione.

---

[2] Giova ricordare che l'art. 1226 cod. civ. 1865 così disponeva: «Il debitore non è tenuto a verun risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato».

[3] Per una attenta esegesi della disposizione in esame v. A.M. Benedetti, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustiziacivile.com*, aprile 2020.



Ne discende che alla temporaneità dell'impedimento dovrebbe corrispondere, in linea generale, una situazione di semplice ritardo nell'adempimento; ad essa dovrebbe comunque seguire un adempimento ritardato (ancorché depurato – a cagione dell'operare della causa di giustificazione – dalle correlate conseguenze risarcitorie).

In altre parole, l'art. 91 del d.l. n.18/2020 solleva il debitore dalle conseguenze risarcitorie del suo (incolpevole) ritardo, ma non estingue il suo dovere di condotta in ordine alla prestazione dedotta in obbligazione.

Per altro, nella medesima direttrice è dato di collocare la disposizione codicistica dell'art. 1256: «*L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile*» (comma 1).

«*Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla*» (comma 2).

Anche nella ipotesi di prestazione temporaneamente impossibile la responsabilità per il ritardo è esclusa fino a quando perduri la causa impossibilitante; ma, una volta cessata l'impossibilità, l'obbligazione deve essere adempiuta (salvo che, nel periodo di temporanea impossibilità, la prestazione non sia divenuta inesigibile o sia venuto meno l'interesse creditorio ad ottenerla).

Il richiamo all'art. 1256 cod. civ. ed alla nozione di impossibilità temporanea della prestazione suggerisce un ulteriore tema di riflessione: l'art. 91 del d.l. n.18/2020 è applicabile anche alle obbligazioni aventi ad oggetto somme di danaro? Con altra formula: assumono rilievo, in relazione alle obbligazioni pecuniarie, cause di giustificazione idonee ad escludere la responsabilità risarcitoria del debitore inadempiente?

Facendo applicazione degli insegnamenti ereditati dalla tradizione e recepiti nella codificazione del 1942 ben si può ricordare, in rapida sintesi, che: a norma dell'art. 1218 cod. civ. il debitore può sottrarsi alla responsabilità risarcitoria per inadempimento soltanto qualora sia in grado di provare «*che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*»; la prestazione avente ad oggetto una somma di danaro è ontologicamente insuscettibile di diventare impossibile, atteso che il danaro è cosa di genere e riconducibile ad un genere illimitato (*genus numquam perit*); ed anche nell'ipotesi in cui si volesse temperare il rigore dell'art. 1218 cod. civ. invocando il canone normativo della diligenza nell'adempimento enunciato nell'art. 1176 cod. civ., si dovrebbe comunque affermare che, in ragione dello specifico oggetto della prestazione dedotta nell'obbligazione pecuniaria, il grado di diligenza richiesto al debitore è massimo e non incontra limite alcuno, neppure nell'impotenza finanziaria dell'obbligato o nell'insufficienza suoi mezzi patrimoniali [4].

Si dovrebbe, pertanto, giungere alla conclusione che l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020 è limitato e circoscritto alle sole obbligazioni di fare e di dare (cose diverse dal danaro), l'esecuzione tempestiva delle quali abbia trovato insuperabile impedimento nel divieto di esercizio di attività produttive, industriali e commerciali; mentre non ricomprende in alcun modo le obbligazioni pecuniarie [5], quale che sia il titolo – legale o negoziale – da cui esse traggano fonte.

---

[4] A. Di Majo, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 271 ss.

[5] Sul punto si veda la recentissima decisione del Trib. Pordenone, 8 luglio 2020, resa – per altro – in relazione ad una controversia in materia di affitto di azienda: «nessuna norma connessa all'emergenza conseguente alla pandemia da Covid-19 ha previsto che l'affittuario d'azienda o il conduttore di un immobile possano sospendere o rifiutare il pagamento del canone nell'ipotesi in cui l'attività esercitata sia risultata interdetta dai provvedimenti emergenziali; il decreto c.d. "Cura Italia" [all'art 91] (…) fa chiaro riferimento a profili diversi da quelli del pagamento del canone di affitto o di locazione, il cui obbligo ne risulta, semmai, confermato».



3. – I rilievi che precedono dovrebbero essere di per sé soli sufficienti ad escludere qualsiasi incidenza delle misure di contenimento della diffusione del virus Covid-19 sui rapporti locativi in corso.

Ciò non di meno, numerose sono le voci che si sono levate per evidenziare, in relazione alle locazioni di immobili urbani ad uso diverso dall'abitativo, la profonda alterazione del sinallagma contrattuale conseguente alle misure emergenziali adottate dal Governo e la conseguente pressante esigenza di individuare strumenti correttivi idonei a riequilibrare un assetto di interessi – pur liberamente accettato dalle parti al momento della stipulazione ma – meritevole di ripensamento e revisione a cagione del *factum principis* sopravvenuto.

La sollecitazione – apprezzabile, nelle motivazioni e nei propositi – può ben essere raccolta, purché il giurista (secondo il monito d'esordio) continui ad utilizzare, nell'osservazione del presente e del nuovo che lo caratterizza, le lenti normative dello *jus positum*.

Si muova, allora, dalla nozione generale del contratto di locazione offerta dall'art. 1571 cod. civ.: «*La locazione è il contratto col quale una parte si obbliga a far godere all'altra parte una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo*» [6].

La norma consegna all'interprete un contratto tipico, oneroso, di scambio, a prestazioni corrispettive e di durata; che attribuisce al conduttore un diritto personale di godimento di cosa altrui a fronte di un determinato corrispettivo.

L'obbligo del locatore di «*far godere*» la cosa (probabilmente, si tratta di una sorta di iperbole utilizzata dai codificatori per esigenze sistematiche ed al fine di escludere la natura reale del diritto di godimento attribuito al conduttore) si scioglie – poi – o meglio si esplicita nei suoi contenuti nel successivo art. 1575: «*Obbligazioni principali del locatore. Il locatore deve: 1) consegnare al conduttore la cosa locata in buono stato di manutenzione; 2) mantenerla in stato da servire all'uso convenuto; 3) garantire il pacifico godimento durante la locazione*».

L'obbligo di far godere si sostanzia, pertanto, nella consegna della cosa, nel mantenimento del bene nelle condizioni strutturali che lo rendano idoneo all'altrui fruizione, nella garanzia del pacifico godimento in relazione ad eventuali molestie e turbative di terzi che il godimento ostacolino o impediscano, vantando diritti sul bene.

Nella formula definitoria, nella disciplina delle obbligazioni principali del locatore e finanche nella norma dell'art. 1587 dedicata alle obbligazioni principali del conduttore, non vi è riferimento alcuno al tipo di godimento che il locatario voglia o possa fare del bene altrui. Anzi si ritiene comunemente che il diritto di godimento del conduttore, compatibilmente con le caratteristiche strutturali del bene locato, sia libero ed insindacabile nel suo esercizio (a meno che specifici limiti di utilizzazione non siano espressamente previsti, nell'interesse del locatore, nel titolo contrattuale); e che il diritto di godimento del conduttore possa esercitarsi in concreto anche mediante il non uso [7] del bene (ovviamente se si tratta di bene non produttivo [8]).

Si potrebbe dire, in modo più netto e nitido, che il locatore non promette – né tanto meno garantisce – l'effettiva utilizzazione del bene locato da parte del conduttore, ma la mera idoneità strutturale (e giuridica) della cosa a consentire il godimento altrui.

---

[6] Sul contratto di locazione sarà consentito di limitare i richiami di dottrina a: A. GUARINO, *Locazione*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1956; C. LAZZARA, *Il contratto di locazione (profili dommatici)*, Milano, 1961; G. GABRIELLI, PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2005; B. INZITARI, *Locazione I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.

[7] B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979, p. 189 ss.

[8] Si veda, in proposito, il disposto dell'art. 1615 cod. civ.



Ed è, altresì, vero ed innegabile che il locatore rinuncia alla utilizzazione diretta del bene in favore del conduttore; e quest'ultimo è chiamato, con la corresponsione del canone convenuto, a compensare proprio tale rinuncia del locatore all'uso diretto della cosa propria o ad altra modalità alternativa di godimento del suo bene. E fino a quando tale rinuncia persista (ed il conduttore conservi la materiale detenzione del bene altrui) il corrispettivo convenuto sarà dovuto.

Con la conseguenza – ad un tempo, logica e giuridica – che il diritto alla compensazione del mancato utilizzo diretto del bene viene meno (per il futuro) soltanto nel momento in cui il conduttore restituisca il bene oggetto della locazione [9].

La nozione di locazione e le note distintive e caratterizzanti del rapporto locativo non cambiano se si assume come parametro normativo di riferimento quello della disciplina speciale introdotta con la Legge n. 392 del 1978 in materia di locazione di immobili urbani ad uso diverso dall'abitativo.

In proposito, si consideri che la Legge speciale non offre una nuova o diversa nozione del contratto di locazione, che mostra invece di mutuare dalla disciplina generale del Codice civile e, in particolare, dall'art. 1571.

Ma quel che più rileva è che lo specifico uso – diverso dall'abitativo – che le parti abbiano espressamente indicato in contratto non vale a modificare (o ad integrare) in alcun modo il contenuto dell'obbligo del locatore di far godere ad altri il proprio bene immobile, ma assume rilevanza al solo fine di sottrarre il contratto alla disciplina imperativa dettata per i contratti di locazione di immobili urbani ad uso abitativo, nonché di decidere le norme in concreto applicabili al rapporto [10] (si pensi alla durata minima, ai limiti al diniego di rinnovazione alla prima scadenza, al diritto di prelazione a favore del conduttore in caso di vendita dell'immobile locato, all'indennità di avviamento dovuta in caso di cessazione di rapporti di locazione relativi ad immobili utilizzati per lo svolgimento di attività che comportino contatti diretti con il pubblico) [11].

In linea conclusiva si può affermare che l'obbligazione avente ad oggetto il pagamento del canone è insensibile alla natura ed alle vicende dell'attività svolta dal conduttore (attività, rispetto alla quale, il bene assolve una funzione di potenziale strumentalità). Il canone locativo è, pertanto, sempre dovuto; a meno che, a causa di un evento sopravvenuto che incida sulla consistenza e sulle caratteristiche oggettive ed intrinseche del bene locato, il bene stesso non sia più idoneo a soddisfare l'interesse del conduttore al suo godimento.

4. – Richiamata – seppur con rapido tratto – la natura del contratto di locazione e ricordate le obbligazioni da esso derivanti a carico di ciascuna delle parti, non risulta agevole comprendere come e sotto quale profilo

[9] Ed a poco rileva se tale compensazione si attui in concreto con il perdurare dell'obbligo di pagamento del canone contrattuale o con il subentrare a tale obbligo di un'obbligazione di natura risarcitoria il cui importo sia commisurato all'entità del canone dovuto nella vigenza del contratto locativo.

[10] Preziosa, sul punto, la ricognizione operata da F. TRIFONE, *Locazione VI), Locazioni ad uso non abitativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, p. 1 ss.

[11] È appena il caso di ricordare che lo specifico uso dell'immobile indicato in contratto costituisce un limite di fonte convenzionale al diritto di godimento del conduttore; e che la violazione di tale limite costituisce inadempimento che può condurre, se non tollerata, alla risoluzione del contratto. Tanto si evince dall'art. 80 della Legge n. 392/1978: «Se il conduttore adibisce l'immobile ad un uso diverso da quello pattuito, il locatore può chiedere la risoluzione del contratto entro tre mesi dal momento in cui ne ha avuto conoscenza. Decorso tale termine senza che la risoluzione sia stata chiesta, al contratto si applica il regime giuridico corrispondente all'uso effettivo dell'immobile. Qualora la destinazione ad uso diverso da quello pattuito sia parziale, al contratto si applica il regime giuridico corrispondente all'uso prevalente».



si potrebbe ipotizzare una diretta incidenza dell'emergenza epidemica e delle correlate misure adottate dal Governo sui contratti di locazione di immobili destinati dal conduttore all'esercizio di attività di produzione o di commercio; e revocare in dubbio la doverosità del pagamento del canone.

Si frappongono, infatti, taluni nodi di ordine logico-giuridico che meritano di essere districati e sciolti.

4.1. – Si sostiene che il mancato pagamento dei canoni potrebbe considerarsi giustificato dalla sospensione delle attività produttive, industriali e commerciali disposta dalle competenti Autorità.

Sul punto si è già avuto come modo di ricordare come l'art. 91 del d.l. n. 18/2020 non sembri applicabile alle obbligazioni aventi ad oggetto somme di danaro.

E che – anche a voler forzare il tenore letterale della disposizione – in ogni caso l'applicazione della norma potrebbe condurre ad escludere soltanto le conseguenze risarcitorie correlate al ritardo, mentre lascerebbe integro l'obbligo di corresponsione del canone (e dei ratei comunque maturati nel periodo di "blocco delle attività economiche") una volta cessata l'efficacia delle misure di contenimento della diffusione del virus.

In questa seconda prospettiva (che considera come giustificato o, comunque, non imputabile il ritardo nel pagamento), si porrebbe – a rigore – un ulteriore delicato problema: il ritardo nell'esecuzione della prestazione pecuniaria (sebbene improduttivo di conseguenze risarcitorie) potrebbe legittimare il locatore ad avvalersi del rimedio della risoluzione del contratto per inadempimento di cui all'art. 1453 cod. civ., o della clausola risolutiva espressa (art. 1456) contenuta nel contratto o, infine, della diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 cod. civ.?

Se si considera che il rimedio risolutorio – così come risulta dalla nitida formulazione dell'art. 1453 cod. civ. – prescinde dalla imputabilità dell'inadempimento, costituendo una reazione ad un sopravvenuto difetto funzionale del sinallagma, all'oggettiva inattuazione dello scambio ed alla vanificazione della funzione tipica del negozio, la risposta non potrebbe che essere affermativa [12].

Il conduttore che omettesse di pagare il canone locativo si esporrebbe, dunque, al rischio di subire la risoluzione (giudiziale o automatica) del contratto e di non poter continuare a godere del bene funzionalmente destinato all'esercizio della propria attività.

4.2. – Si ipotizza che la sospensione autoritativa delle attività produttive, industriali e commerciali abbia reso impossibili le prestazioni dovute dalle parti del contratto di locazione.

La nozione di impossibilità non sembra, in verità, evocabile in modo proprio e pertinente in relazione all'ipotesi di fatto oggetto di esame.

Le misure di contenimento della diffusione virale adottate dall'Autorità hanno certamente impedito l'ordinario svolgimento di talune attività economiche ma non hanno – né direttamente, né indirettamente – reso impossibile, per gli esercenti le attività temporaneamente inibite, il pagamento dei canoni locativi dai medesimi dovuti per il godimento di immobili strumentali [13].

---

[12] Contra, v., V. CUFFARO, *Il* contratto *di locazione nelle disposizioni emergenziali*, in *Giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020 ed anche A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit.

[13] «Poiché il locatore esegue la propria prestazione consentendo il godimento del bene al conduttore, il sinallagma non sembra risultare alterato: ne deriva che il conduttore sarebbe comunque tenuto al pagamento del canone» M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle*



Ed allora, potrebbe adottarsi una diversa prospettiva di indagine, nella quale assumerebbe rilievo non l'impossibilità della prestazione del conduttore ma l'impossibilità della prestazione del locatore [14]: in conseguenza dei divieti autoritativi di svolgimento di attività produttive e/o commerciali i locatori si sarebbero trovati nella impossibilità di far godere la cosa locata in conformità alla destinazione d'uso contrattualmente convenuta.

La prospettazione è suggestionante, ma non persuasiva. E non è agevole comprendere a quali esiti possa condurre.

In proposito si è già ricordato [15] come il locatore non prometta – né tanto meno garantisca – l'effettiva utilizzazione del bene locato da parte del conduttore; e come, una volta effettuata la consegna dell'immobile, abbia già adempiuto la propria obbligazione principale e rimanga del tutto indifferente alle vicende dell'attività svolta in concreto dal conduttore.

Si deve aggiungere che le inibizioni disposte dall'Autorità: hanno per oggetto diretto, l'attività economica e non il godimento dei beni strumentali utilizzati per il suo svolgimento; e, per destinatario diretto, l'imprenditore industriale o commerciale e non il locatore di beni dei quali cui l'imprenditore si avvalga [16].

Sarebbe, dunque, del tutto illogico ed incoerente affermare che il conduttore si trova nell'impossibilità di far godere la cosa locata in conformità alla destinazione d'uso contrattualmente convenuta a cagione di un divieto d'attività imposto al conduttore, ed in conseguenza di un provvedimento autoritativo che non incide in alcun modo sulla idoneità strutturale del bene a fornire al conduttore le utilità ritraibili dalla cosa.

Ma, anche a voler superare i rilievi che precedono, a quali esiti potrebbe condurre siffatta ricostruzione? Rimanendo nella prospettiva della impossibilità temporanea della prestazione tornerebbe in rilievo la prima parte del comma 2 dell'art. 1256: «*Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento*». Sarebbe, dunque, escluso l'effetto dell'estinzione dell'obbligazione; ma si dovrebbe comunque tornare a ragionare – in modo davvero paradossale – della responsabilità risarcitoria di un locatore che non ha tenuto alcuna condotta idonea, sul piano eziologico, ad impedire al conduttore il godimento della cosa in conformità alla destinazione d'uso contrattualmente convenuta.

In una diversa prospettiva ci si potrebbe interrogare sulla applicabilità al caso in esame della disposizione di cui all'art. 1463 cod. civ.: «*Nei contratti con prestazioni corrispettive la parte liberata per sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuta secondo le regole della ripetizione dell'indebito*».

L'interrogativo proposto si può giustificare soltanto nella prospettiva di un ripensamento, nell'ambito dei contratti ad esecuzione continuata, sia della nozione di «prestazione» che di «rapporto sinallagmatico fra pre-

---

sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19, in *Giustiziacivile.com*, n. 4/2020 (p. 5).

[14] Ricorda che «la giurisprudenza, distinguendo tra impossibilità della prestazione del debitore e impossibilità di fruizione della prestazione da parte del creditore, ha affermato che il contratto si risolve per impossibilità sopravvenuta non solo quando il debitore non può tenere la condotta dovuta, ma anche quando la prestazione non può essere fruita dal creditore per causa a lui non imputabile (Cass., 10 luglio 2018, n. 18047)», M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., p. 4.

[15] V., *supra*, § 3.

[16] Sembra opinare diversamente U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, n. 4/2020: «quello che in apparenza è un divieto nei confronti delle attività, si rivela piuttosto un limite all'uso degli immobili (…): si potrebbe pertanto sostenere che (…) il rischio dell'impossibilità deve essere riferito all'uso convenuto del bene e conseguentemente ricadere sul locatore» (p. 6).



stazione e controprestazione». Il tema, come forse è intuibile, è quello della frazionabilità *ratione temporis* di prestazioni apparentemente unitarie.

In ambito locativo si usava ripetere che l'obbligazione a carico del locatore si dovesse adempiere «*quotidie et singulis momentis*», evocando – in tal modo – l'idea che l'unitaria prestazione del locatore, destinata a svolgersi nel suo complesso per tutta la durata del rapporto contrattuale, potesse al suo interno scomporsi in singole – e, ad un tempo, plurime e consecutive – unità temporali. Questo modo di concepire la prestazione del locatore può essere applicato specularmente alla controprestazione del conduttore: ad ogni momento di esecuzione della prestazione del locatore corrisponde sinallagmaticamente una porzione del canone complessivo. Questo significa, in relazione ai contratti ad esecuzione continuata, che il rapporto sinallagmatico non si stabilisce soltanto tra prestazione e controprestazione considerate unitariamente e nel loro complesso, ma anche tra le singole frazioni di prestazione e le corrispondenti frazioni di controprestazione.

Di questo percorso logico rende ragione la disposizione normativa dell'art. 1458, comma 1, cod. civ., a tenore della quale: «*La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite*».

Ci si dovrebbe, allora, interrogare sulla possibilità di utilizzare il criterio della frazionabilità temporale delle prestazioni anche in relazione alla disciplina dettata in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione, attribuendo rilevanza alla impossibilità – non dell'intera prestazione complessivamente considerata – ma di una sua frazione temporale.

Se il percorso logico-giuridico fosse corretto si potrebbe così argomentare: se la frazione di prestazione da eseguirsi in un momento determinato non può essere eseguita, essa è da considerarsi come definitivamente impossibile; alla definitiva impossibilità della frazione di prestazione consegue – a norma dell'art. 1256, I co., cod. civ. – l'estinzione dell'obbligazione limitatamente alla frazione di prestazione attinta dall'effetto estintivo nonché la conseguente liberazione dell'obbligato; in ragione della corrispettività a coppie [17] che lega prestazioni e controprestazioni, la parte che beneficia dell'effetto liberatorio – ancorché limitatamente alla frazione della propria prestazione divenuta impossibile – non può chiedere (e se già ottenuta, trattenere) la corrispondente frazione di controprestazione (art. 1463 cod. civ.).

Si deve, per altro, segnalare come l'impossibilità di cui si va ragionando sarebbe soltanto parziale, atteso che nel periodo di sospensione delle attività il conduttore è comunque rimasto nella detenzione del bene locato, ritraendone una utilità che – nella prospettiva del locatore – deve trovare corrispettivo almeno in una quota parte del canone di periodo [18].

Occorre avvertire, infine, che l'intera costruzione potrebbe cadere rovinosamente qualora si negasse in radice il suo presupposto logico-giuridico: l'idoneità delle misure di contenimento della diffusione epidemica a determinare l'impossibilità di esecuzione della prestazione del locatore [19].

---

[17] Sul tema, da ultimo, E. GABRIELLI, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice argentino*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 267 ss.

[18] Dischiudendo così le porte al problema, di non agevole soluzione della quantificazione della quota parte del canone comunque dovuta.

[19] U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, cit., suggerisce l'introduzione di una nuova disposizione, così formulata «Nei contratti di affitto e di locazione di immobili per uso non abitativo e nei contratti di noleggio, la sospensione o la chiusura delle attività commerciali o produttive, ai sensi dell'art. 3 del d.l. n. 6 del 2020, che non consente l'uso convenuto del bene, si intende quale impossibilità temporanea della prestazione del locatore» (p. 10).



4.3. – Si prospetta, da ultimo, la possibilità per il conduttore di conseguire la risoluzione del contratto di locazione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

A norma dell'art. 1467, comma 1, cod. civ.: «*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto con gli effetti stabiliti dall'art. 1458*».

Si può senz'altro convenire sulla straordinarietà ed imprevedibilità dell'evento pandemico e delle sue ripercussioni macroeconomiche.

Qualche dubbio può invece sussistere in ordine alla idoneità di tale evento a determinare significative alterazioni dell'originario rapporto di proporzione tra le prestazioni corrispettive di specifici contratti ed, in particolare, dei contratti di locazione di immobili urbani ad uso diverso dall'abitativo.

Occorre ricordare, infatti, che la sopravvenuta onerosità di una delle prestazioni – per assumere rilevanza ai fini del rimedio risolutorio – deve risultare «eccessiva»; e che tale eccessività deve essere riguardata, valutata ed accertata sul piano squisitamente oggettivo, con esclusivo riferimento all'equilibrio tra i contrapposti interessi dei contraenti, da questi ultimi raggiunto ed accettato in sede di costituzione del vincolo negoziale.

Ed occorre ricordare, altresì, che al controllo della eccessiva onerosità sopravvenuta dovrebbe risultare estranea qualsiasi (eventuale) mutata valutazione di convenienza di una delle parti in ordine alla conservazione del contratto ed alla prosecuzione del rapporto.

Si tratta, allora, di stabilire in concreto se una delle prestazioni sia divenuta eccessivamente onerosa in sé, o in relazione alla controprestazione che abbia subìto uno significativo svilimento ed una perdita di valore economico.

Con riferimento ai contratti di locazione ad uso diverso dall'abitativo non è agevole sostenere e dimostrare che il valore della prestazione dovuta del locatore abbia subìto – per effetto dell'evento pandemico – un definitivo, apprezzabile e significativo svilimento, tale da rendere eccessivamente onerosa la controprestazione del conduttore; né sembra agevole sostenere e dimostrare che la prestazione pecuniaria dovuta dal conduttore – e che deve essere adempiuta facendo applicazione del principio nominalistico – sia divenuta, rispetto al periodo anteriore all'evento pandemico, intrinsecamente più onerosa.

In verità, l'avvenimento straordinario ed imprevedibile della diffusione pandemica del virus Covid-19 e delle difficoltà economiche da essa ingenerate non ha reso le prestazioni dei conduttori eccessivamente onerose su di un piano oggettivo, ma – in molti casi e su di un piano squisitamente soggettivo ed individuale – ne ha determinato la difficile sostenibilità.

Ne consegue che, lungi dall'invocare il rimedio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta – di dubbia utilizzabilità, dai tempi giudiziali non brevi e dagli esiti incerti –, in caso di sopravvenuta insostenibilità economica e finanziaria del costo locativo, sarebbe preferibile che il conduttore si avvalesse del rimedio del recesso convenzionale (se contrattualmente pattuito) o, in difetto, del recesso legale per gravi motivi, previsto dall'art. 27 della legge n. 392/1978.

5. – Le norme di diritto privato attualmente vigenti non sembrano lasciare al conduttore altra alternativa: o proseguire nell'esecuzione del contratto in corso, alle condizioni originariamente accettate; o fare ricorso a rimedi di tipo demolitorio (risoluzione o recesso).

Sia l'una che l'altra delle soluzioni ipotizzabili comportano la consapevole accettazione di un pregiudizio



economico: correlato, nel primo caso, alla necessità di sopportare un costo di difficile sostenibilità a cagione della contrazione – attuale e di prospettiva – dei flussi reddituali originati dalla propria attività di produzione e/o di commercio; derivante, nel secondo caso, dalla cessazione dell'attività o dalla necessità di trasferire altrove il luogo di esercizio dell'impresa.

Di fronte ad un simile scenario si vagheggia il rimedio della rinegoziazione [20] obbligatoria del contratto, che presenterebbe l'indiscutibile vantaggio di conservare i rapporti in essere, riequilibrandone i contenuti economici secondo buona fede ed in ossequio al principio di solidarietà sociale enunciato nell'art. 2 della Carta fondamentale.

Tuttavia, il fondamento positivo di un vero e proprio obbligo di rinegoziazione è difficile da rinvenire.

Debole, il richiamo all'esecuzione del contratto secondo buona fede di cui all'art. 1375 cod. civ.: qui non si tratterebbe di operare un controllo delle concrete modalità attuative della condotta contrattualmente dovuta, ma di intervenire – modificandolo – sul contenuto oggettivo delle prestazioni [21].

Incerta, l'evocazione dell'equità come fonte di integrazione del contratto (art. 1374 cod. civ.) [22]; non è dato di comprendere come una fonte di integrazione, potrebbe condurre alla disapplicazione delle regole pattizie (che, per altro, hanno «*forza di legge tra le parti*» – art. 1372, comma 1, cod. civ.).

Suggestivo, infine, il richiamo al principio costituzionale di solidarietà sociale; principio che, tuttavia, attende che il legislatore ordinario – nella materia che ci occupa – provveda a dargli concreta attuazione con l'emanazione di norme specifiche e puntuali. Tuttavia, ad oggi il legislatore non ha ancora provveduto. Giace presso il Senato della Repubblica (SSL Senato 1151) il disegno di legge delega al Governo la revisione del codice civile (SSL Senato 1151). In esso è tra l'altro previsto il: «*diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fece ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti*» [23].

E, dunque: il percorso rimediale della rinegoziazione obbligatoria del contratto non è ancora utilmente percorribile.

È, tuttavia, dischiusa ed aperta la strada della rinegoziazione volontaria [24].

Riprendendo le fila del discorso avviato in precedenza si deve segnalare come il ricorso a rimedi demolitori esponga al rischio di pregiudizi economici anche la categoria dei locatori: lo scioglimento del rapporto locativo comporterà, infatti, l'interruzione della percezione dei canoni; la necessità di reperire un nuovo conduttore; la stipulazione di un nuovo contratto di locazione a condizioni economiche verosimilmente meno

---

[20] F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1966; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, 2003; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr impr*., 2003, p. 667 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

[21] Cfr. C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 1983, p. 205 ss.

[22] Sul *tema* è d'obbligo il rinvio all'opera classica di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

[23] F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "Coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, fasc. n. 3/2020.

Merita piena adesione il rilevo di C. SCOGNAMIGLIO: «…l'affermazione della centralità del valore della solidarietà, e della buona fede, come tecnica di risposta all'emergenza in atto, non può essere esaustiva: potendosi effettivamente dubitare se non sia proprio l'eccezionalità del momento a richiedere che la solidarietà sia, in questo caso, quanto più possibile governata dal legislatore, piuttosto, e prima ancora, che essere affidata alla concretizzazione da parte del giudice nel singolo caso concreto» (*L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020).

[24] Sulla rinegoziazione volontaria, prevista da apposite clausole negoziali, si veda E. DEL PRATO, *Clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016.



vantaggiose che in passato, atteso il presumibile aumento sul mercato dell'offerta di locali commerciali liberi (o, meglio, che si saranno nel frattempo liberati, proprio a cagione della crisi economica generale).

Dunque: una tipica *lose-lose situation*. Una situazione, cioè, in cui tutte le parti della relazione considerata perdono qualcosa. Tutti perdono, nessuno vince.

Ma questa situazione di oggettiva e diffusa negatività può ben essere superata tornando a fare ricorso all'antico e sperimentato strumento dell'autonomia privata.

Le parti possono tornare a valutare liberamente i propri interessi in relazione alle mutate situazioni attuali ed alle prospettive economiche future; ed, all'esito, altrettanto liberamente determinarsi a rinegoziare il contratto, dando nuovo assetto (temporaneo o definitivo) ai reciproci interessi in una prospettiva di conservazione del vincolo e di prosecuzione del rapporto.

JUS CIVILE



FRANCESCA MOLLO

Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Bologna

LA PROSPETTIVA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO NEL DIALOGO MULTILIVELLO IN TEMA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. Il diritto alla protezione dei dati personali nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – 3. Tra le Corti e le Carte: l'articolo 8 CEDU a confronto con gli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 4. La questione del controllo sui dati e il tema della sorveglianza nel dialogo tra Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. La prospettiva della Corte dei diritti dell'uomo tendenzialmente sbilanciata in favore della tutela della libertà di informazione di cui all'art. 10 CEDU. – 6. Conclusioni.*

1. – Nell'odierna «società dell'accesso» [1] la persona è sempre più digitalizzata, profilata e trasparente [2]. Si viene così sempre più delineando una società dell'integrale trasparenza che rievoca la metafora dell'«uomo di vetro» [3], e che legittima la pretesa di altri di richiedere e ottenere ogni informazione [4], implicante la classificazione (quindi la divisione in classi, già di per sé foriera di disuguaglianze) come «sospetto, cattivo cittadino, nemico dello Stato» di chiunque rivendichi di mantenere spazi di intimità [5]).

Dall'altro lato, però, «l'orizzonte giuridico dell'Internet» [6] consente nuove declinazioni di diritti fondamentali, tra cui la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., esplicandosi sempre di più nella dimensione digitale l'inclusione della persona nel contesto sociale, economico e politico.

---

[1] RIFKIN, *La fine del lavoro*, Milano, 1995, 17 ss.

[2] Si può qui richiamare la figura del carcere ideale Panopticon teorizzato da BENTHAM, *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, Venezia, 2009, in part. 36, che ben rappresenta il concetto di sorveglianza costante ancorché potenziale, e che va ad investire l'insieme delle relazioni sociali, da cui si può evincere che la sorveglianza è idonea a generare assetti nuovi dei poteri. Come evidenziato da FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it., Torino, 2014, 225, «il dispositivo panoptico non è semplicemente una cerniera, un ingranaggio tra un meccanismo e una funzione; è un modo di far funzionare delle relazioni di potere entro una funzione, e una funzione per mezzo di queste relazioni di potere».

[3] Per una interessante analisi della figura dell'«uomo di vetro» in relazione ai totalitarismi e al rispetto della vita privata si veda NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy*, Padova, 2006, 33-35.

[4] Cfr. BAUMAN, LYON, *La sorveglianza nella modernità liquida*, Bari, 2015, in cui si legge che «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] RODOTÀ, *Tecnopolitica*, *La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione,* Roma-Bari, 2004, 175. Nello stesso senso, ID., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 104.

[6] FROSINI, *L'orizzonte giuridico dell'Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2000, 2, 271 ss.



Internet rappresenta un mondo senza confini, «il più largo spazio pubblico che l'umanità abbia mai conosciuto» [7], che ha contribuito a costruire quella «società nell'era dell'accesso» [8] e a conferire nuove sfumature al fenomeno della globalizzazione, nonché la «forma di comunicazione di massa più partecipativa che sia stata finora realizzata» [9], anche perché – grazie a Internet – oggi tutti possono essere al tempo stesso comunicatori e diffusori [10].

Di pari passo, negli anni Novanta si assiste una vera e propria esplosione dei "diritti digitali", con un conseguente «assalto alla *privacy*» [11], ricollegato in qualche modo al *digital tsunami* [12] che ha investito nel suo vortice il mondo di quegli anni, correlato all'avvento di Internet e del c.d. *web* 1.0. A cavallo tra gli anni '80 e '90, infatti, si è entrati in una seconda fase del rapporto uomo-macchina, che ha comportato una ridistribuzione delle risorse di calcolo e la trasformazione del computer in un bene diffuso e di massa (tanto da parlare non a caso di personal computer), capace di consentire nel decennio successivo all'individuo l'accesso al mondo di Internet, fino ad allora inesplorato dai più. Internet rappresenta un mezzo di comunicazione capace di moltiplicare esponenzialmente e vertiginosamente gli scambi tra le persone, ma è anche vero che la rete può essere avvertita come uno spazio privo di padroni e regole [13], in cui si annulla di fatto ogni confine geografico, rendendo illimitate le potenzialità lesive della comunicazione così realizzata.

La struttura di Internet, quindi, tipicamente decentralizzata, costituita da sottoreti, non gerarchicamente ordinata, in cui è difficile rintracciare il luogo fisico dal quale un messaggio viene spedito e ricostruirne il

---

[7] Cfr. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet?*, in *Pol. dir.*, 2010, 344-350, in cui l'a. sottolinea, oltre alla necessità di salvaguardare la neutralità della rete, che «cimentarsi con il problema della costituzione di Internet, del modo complessivo in cui la tecnologia incontra il tema delle libertà e istituisce lo spazio politico, significa proprio fare i conti con processi reali. Le trasformazioni determinate dalla tecnologia possono essere comprese, e governate, solo se si è capaci di mettere a punto strumenti prospettici, e se questo avviene ridefinendo i principi fondativi della libertà individuali e collettive». Proprio per evidenziare l'astrazione dal fattore spaziale nella realtà della rete, appare particolarmente suggestiva l'immagine del «popolo della rete, disteso sull'intero pianeta, diffuso al di là di ogni confine, che si organizza in nuove "nazione". RODOTÀ, *Il mondo della rete*, Roma-Bari, 58, in cui l'a. sottolinea che «la comunità di Facebook è la terza al mondo come popolazione, dopo la Cina e India». Questa realtà ha portato anche una parte della dottrina a sottolineare come in tali comunità si venga a realizzare un vero e proprio ordinamento giuridico, diverso da quello tipicamente riconducibile allo Stato nazione e che coesiste con altri ordinamenti giuridici, tanto da strutturarsi come una *societas*, intesa come gruppo ordinato e dotato di un'organizzazione e di regole proprie applicabili a tutti consociati, sottoposti al potere normativo-tecnologico del gestore monarca. Si fa qui riferimento all'interessante contributo di BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. e impr.*, 2016, 6, 1344-1390, in cui a 1368 si sottolinea anche come «Nella community planetaria di *Facebook* (così come in altre communities che facciano uso di determinate piattaforme di *social network*), il contratto diviene strumento istitutivo e normativo di un dato "ordinamento", che si trova in rapporto di "rilevanza giuridica" con altri "ordinamenti", secondo quanto chiarito da Santi Romano nella nota impostazione teorica della "pluralità" degli ordinamenti, riassunto nell'adagio *ubi societas ibi ius, ubi ius ibi societas*». L'appartenenza alla community attribuisce una sorta di cittadinanza digitale. Per il concetto di cittadinanza digitale cfr. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, cit., 13 ss. L'espressione è stata pure utilizzata anche dal legislatore italiano, nella l. n. 124 del 2015, recante delega al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, il cui art. 1 è rubricato testualmente «carta della cittadinanza digitale». Alla diversa ma contigua nozione di identità digitale, fa invece riferimento ALPA, *L'identità digitale la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, 723 ss.

[8] RIFKIN, *La fine del lavoro*, Milano, 1995, 17-18, in cui si sottolinea come «Le nuove tecnologie e delle comunicazioni hanno il potenziale per liberare, come per destabilizzare, le società nel prossimo secolo».

[9] *American Civil Liberties Union v. Reno* [E.D. Pa 1996], tr. it. in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996, 4-5, 604 (con nota di V. ZENO ZENCOVICH, *Manifestazione del pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso "Internet"*); con sviluppi in Corte Suprema 521 US 844 (1997), in *Foro It.*, Parte IV-2, 1998, 23 ss., con nota di CUCINOTTA.

[10] Cfr. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet, in Aic.*

[11] RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, Roma-Bari, 2014, 7.

[12] RODOTÀ, *Controllo e privacy della vita quotidiana*, cit.

[13] Cfr. RODOTÀ, *Una costituzione per Internet?*, in *Pol. del dir.*, 2010, 3, 337-351.



tracciato, costituisce una caratteristica genetica di Internet, e comporta un cambiamento non solo della quantità delle informazioni, ma la natura stessa della loro comunicazione [14].

A ciò si aggiungano le implicazioni della globalizzazione [15], che annulla di fatto la distanza spazio/tempo, pone nuove sfide alla tutela dei diritti e impone la creazione di nuove regole giuridiche [16]; dall'altro della multimedialità, che va di pari passo con l'evoluzione tecnologica da un lato, tanto da poter essere paragonata ad una quarta rivoluzione industriale, e con l'evoluzione sociale dall'altro, per cui dalla piazza fisica si è passati alla piazza virtuale [17], da una dimensione di riserbo [18] si è passati ad una dimensione della ostentazione, nello slancio continuo proteso alla creazione di una identità digitale [19].

In questo quadro si colloca, nel suo complesso, la strategia europea di protezione dei dati personali, nel cui solco si inserisce il dialogo tra la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte dei diritti dell'uomo, ciascuna nel proprio ambito di giurisdizione e competenza. Una digressione in tema, pertanto, ripercorrendo in primo luogo gli spunti che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo offre sul punto, può condurre a qualche riflessione di più ampio respiro.

---

[14] V. ZENO ZENCOVICH, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in *Dir. inform.*, 2007, 266.

[15] Sugli aspetti giuridici della globalizzazione si veda: GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; ID., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e Impr.*, 2000, 189 ss.; ID., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; ID., *Prefazione. Il volto giuridico della globalizzazione* e ALPA, *Postfazione*, entrambi in *Il contratto telematico*, a cura di RICCIUTO, ZORZI, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da GALGANO, XXVII, Padova, 2002, rispettivamente alle XIII ss., 345 ss.; GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, Roma-Bari, 2011; ALPA, *New economy e libere professioni*: *il diritto privato e l'attività forense nell'era della rivoluzione digitale*, in *Contr. e impr.*, 2000, 1175 ss.; RODOTÀ, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2000; BARCELLONA, *Le passioni negate: globalismo e diritti umani*, 2001; IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione, in Riv. dir. civ.*, 2002, 5, 625 ss..; ID., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001; ID., voce *Geo-diritto*, in *Enc. Treccani*, 2004, disponibile su Internet all'indirizzo *http://www.treccani.it/enciclopedia/geo-diritto_(Enciclopedia-del-Novecento)*; RODOTÀ, *Diritto, diritti, globalizzazione,* in *Riv. giur. lav*., 2000, 4; CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; ID., voce *Globalizzazione del diritto*, in *Enc. Treccani*, 2009, disponibile su Internet all'indirizzo *www.treccani.it/enciclopedia/globalizzazione-del-diritto_%28XXI-Secolo%29*; FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e il tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; ID., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; ID., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012; FRANZONI, *Vecchi e nuovi diritti nella società che cambia*, in *Contr. e impr*., 2003, 2, 565 ss.; ID., *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. e impr.*, 2013, 1, 69 ss. Nella letteratura straniera si segnalano in particolare, *ex multis*, BOULLE, *The Law of Globalization. An Introduction*, Alphen aan den Rijn, 2009; MICHAELS, *Globalization and Law*: *Law Beyond the State, in Law and Social Theory*, a cura di Banakar e Travers, II ed., Oxford-Portland, 2013, 287 ss.; TWINING, *Globalization and Legal Theory*, London, 2000; AUBY, *La globalisation, le droit, l'Etat*, II ed., Parigi, 2010.

[16] Sotto altro profilo, si tenga sempre presente quanto affermato in ZAMAGNI, *Della globalizzazione. Un'analisi pluridisciplinare,* in *L'informazione bibliografica*, 2000, 277, in cui si legge che «Ci sono parole che entrano con tale forza nel lessico anche non specialistico e vengono usate con tale frequenza da provocare dibattiti accesi e lacerazioni profonde prima ancora di essere propriamente comprese o, quanto meno, chiarificate. È questo il caso della globalizzazione».

[17] Cfr. PASSAGLIA, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei Social media, tra regole generali e ricerca di una specificità*, in *consulta online*, 2016, 343.

[18] Sul riserbo «differenziato» a seconda dell'ambiente cfr. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, nonché CATAUDELLA, *Riservatezza* (*diritto alla*) *– diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, 4.

[19] Cfr. ALPA, *Introduzione alla new economy e diritto nell'era della rivoluzione digitale*, in *La tutela del navigatore in internet*, a cura di PALAZZO e RUFFOLO, Milano, 2002, 4 ss. Sulla costruzione dell'identità individuale a partire dai dati direttamente elaborati dalle macchine, invece, cfr. RODOTA, *Law, Human Agency and Anatomic Computing: The Philosophy of Law Meets the Philosophy of Technology*, New York, 2011, 179 ss.



2. – Nel quadro, peraltro un po' frammentario [20], della giurisprudenza della Corte EDU in tema di protezione dei dati personali, che va in ogni caso letta secondo i criteri della *case law* inglese [21], va subito detto che essa riveste una funzione quasi del tutto strumentale alla tutela del diritto al rispetto della vita privata [22], giocando un ruolo fondamentale [23] per l'esercizio del diritto stesso, atteso che non esiste nella CEDU un riferimento esplicito alla protezione dei dati personali.

La nozione di vita privata di cui all'art. 8 CEDU – a cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte riconosciuto una sorta di efficacia orizzontale [24] – è ampia e non suscettibile di definizione esaustiva, includendo molteplici aspetti dell'identità, oltre che fisica, anche sociale e relazionale dell'individuo, siccome essa si esplica nello sviluppo della personalità individuale e dello svolgersi della vita in relazione con gli altri, per cui non può non rilevarsi come anche le informazioni costituiscano un importante elemento della vita privata dell'individuo [25].

Nel trattare il tema, occorre partire dall'importante premessa che l'art. 8, comma 2, CEDU, come si vedrà nel par. 3, nel prevedere la clausola di interferenza, prevede da un lato un obbligo di astensione rivolto allo

---

[20] BYGRAVE, *Data Protection pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 1998, 6, 247 ss.; KOKOTT e SOBOTTA, *The Distinction between Privacy and Data Protection in the Jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, in *International Data Privacy Law*, 2013, 3, 222 ss., GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights. Commentary*, Monaco, 2014, 183 ss.

[21] 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.

[22] Cfr. MASTROIANNI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 137.

[23] 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*, su cui *infra*.

[24] Cfr., ad esempio la sentenza *X e Y c. Paesi Bassi*, del 26 marzo 1985, ric. n. 8978/80, nella quale si legge che «*si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale* (*arrêt Airey 9 octobre 1979*). *Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individu entre eux*».

[25] Cfr. BARTOLE, DE SERRA e ZAGREBLESKY, *Commentario breve alla CEDU*, Padova, 2012, 299 ss. Alla tutela della vita privata, a titolo esemplificativo, la Corte ha ricondotto il diritto di scegliere il proprio orientamento sessuale (Corte EDU 22 ottobre 1981, n.7525/76; Corte EDU 26 ottobre 1988, n. 8225/78; Corte EDU 22.4.1993, n. 15070/89; CEDU 19 febbraio 1997. nn.21627/93. 21628/93, 21974/93 e, da ultimo, Corte EDU 17 febbraio 2005, nn. 42758/98,45558/99), la protezione contro lesioni dell'integrità fisica (Corte EDU, 26 marzo 1985, n, 8978/80: CEDU 22 ottobre 1996, nn. 22083/93, 22095/93), il diritto di mantenere i legami personali (Corte EDU 7 agosto 1996, n. 21794/93), il diritto al nome (Corte EDU 22 febbraio 1994, n.16213/90; CEDU 25 novembre 1994, n. 18131/91), il diritto ad evitare immissioni nocive (Corte EDU 9 dicembre 1994, n. 16798/90), il diritto ad avere informazioni circa l'ambiente (Corte EDU 19.2.1998. n. 14967/89), la rimozione delle barriere architettoniche (Corte EDU 24.2.1998. n. 21439/93). Nella nozione rientrano l'immagine (Corte EDU 21 febbraio 2002, *Schüssel c. Austria*, par. 52) che differenzia una persona dall'altra, evidenziandone l'unicità (Corte EDU 15 gennaio 2009, *Reklos e Davourlis c. Grecia*, par. 40), la reputazione (Corte EDU 15 novembre 2007, *Pfeifer c. Austria*, par. 35) e l'onore (Corte EDU 4 ottobre 2007, *Sanchez – Cardenas c. Norvegia* par. 38; Corte EDU 9 aprile 2009, *A. c. Norvegia*, par. 64). Le attività professionali non sono escluse (cfr. Corte UE, grande sez. 9 novembre 10, *Schecke e Eifert* già citata, par. 59 che richiama Corte EDU 16 dicembre 1992, *Niemietz c. Germania*, par. 29; Corte EDU 7 agosto 1996, *C. c. Belgio*, par. 25; 16 febbraio 2000, *Amann c. Svizzera*; 4 maggio 2000, *Rotaru c. Romania*; 28 gennaio 2003. *Peck c. Regno Unito*, par. 57). Rientrano poi nell'ambito dell'art. 7 talune delicate questioni bioetiche, tra cui quelle connesse alla procreazione medicalmente assistita (Corte EDU, grande camera, 10 aprile 2007, *Evans c. Regno Unito*; 3 novembre 2011, *SH. c. Austria*; 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*) e all'interruzione di gravidanza (Corte EDU 12 luglio 1977, *Brüggemann e Scheuten c. Germania*, par. 54; Corte EDU 5 settembre 2002, *Boso c. Italia*; g.c., 8 luglio 2004. *Vo c. Francia*, par. 80 e 82; 20 marzo 2007, *Tysiac c. Polonia*; 16 dicembre 2010; 30 ottobre 2012, *P.e S. c. Polonia*. In definitiva, «il diritto al rispetto della vita privata ha una portata tale da assicurare all'individuo una sfera nell'ambito della quale egli possa liberamente perseguire lo sviluppo e la realizzazione della propria personalità anche intrecciando relazioni con i propri simili». Cfr. sentenza Corte EDU *Brüggemann e Scheuten c. Germania*, 12 luglio 1977, in part. par. 55.



Stato da ogni ingerenza nella vita privata, e dall'altro implica un obbligo positivo inerente all'effettivo rispetto della vita privata da parte di questi [26], e che questo rappresenta l'ambito di elezione prediletto dell'interpretazione della Corte EDU in materia, che nel tempo si è sforzata di far emergere dalla disposizione di cui all'art. 8 della CEDU, nell'accezione che caratterizza tipicamente il nucleo duro delle libertà negative, intese appunto come obbligo di non interferenza da parte della autorità, una dimensione dinamica e positiva come quella che connota il diritto al controllo dei propri dati personali [27].

Occorre evidenziare fin d'ora la variegata e multiforme casistica in tema [28], nonché la pluralità di tipologie di informazioni prese in considerazione dalla Corte [29], dalle informazioni inerenti lo stato di salute, a quelle concernenti la professione, a quelle inerenti un'appartenenza ideologica o un'affiliazione partitica, talora anche risalente, del soggetto interessato.

Nelle pronunce meno recenti, comunque tradizionalmente ricondotte nell'alveo di applicabilità dell'art. 8

---

[26] Cfr., *infra*, Corte EDU sentenza *Godelli c. Italia*, 2012.

[27] Sottolinea la gradualità della transizione da una dimensione statica a una dinamica, nonché dell'intervento «manipolativo» compiuto in proposito dalla Corte EDU, POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2014, 3, 601-645, in cui si ravvisa il primo intervento dei giudici di Strasburgo stimolato dall'incedere incalzante della tecnologia nella sentenza CEDU, 6 settembre 1978, n. 5029/71, *Klass e altri c. Germania*, in cui la Corte, nell'includere nell'art. 8 CEDU la tutela della privatezza delle conversazioni telefoniche ha affermato che «*Although telephone conversations are not expressly mentioned in paragraph 1 of Article 8* (*art. 8-1*), *the Court considers, as did the Commission, that such conversations are covered by the notions of "private life" and "correspondence" referred to by this provision*».

[28] A voler tentare, per quanto sommaria, una ricostruzione degli ambiti di incidenza dell'attività interpretativa della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di protezione di dati personali, potrebbe operarsi una divisione per ambiti. In materia di accesso ai dati personali cfr *Gaskin c. Regno Unito*, n. 10454/83, 7 luglio 1989 *Godelli c. Italia*, n.33783/09, 25 settembre 2012 *K.H. e a. c. Slovacchia*, n. 32881/04, 28 aprile 2009 *Leander c. Svezia*, n. 9248/81, 26 marzo 1987 *Odièvre c. Francia* (GC), n. 42326/98, 13 febbraio 2003. Sul delicato equilibrio tra protezione dei dati e libertà di espressione cfr. invece *Axel Springer AG c. Germania* (GC), n. 39954/08, 7 febbraio 2012 *Von Hannover c. Germania,* n.59320/00, 24 giugno 2004 *Von Hannover c. Germania* (n. 2) (GC), nn. 40660/08 e 60641/08, 7 febbraio 2012. Sulle sfide della protezione dei dati online *K.U. c. Finlandia*, n. 2872/02, 2 dicembre 2008. In tema di corrispondenza *Amann c. Svizzera* (GC), n. 27798/95, 16 febbraio 2000 *Bernh Larsen Holding AS e a. c. Norvegia*, n. 24117/08, 14 marzo 2013 *Cemalettin Canli c. Turchia*, n. 22427/04, 18 novembre 2008; *Dalea c. Francia*, n. 964/07, 2 febbraio 2010 *Gaskin c. Regno Unito*, n. 10454/83, 7 luglio 1989 *Haralambie c. Romania*, n. 21737/03, 27 ottobre 2009 *Khelili c. Svizzera*, n. 16188/07, 18 ottobre 2011 *Leander c. Svezia*, n. 9248/81, 26 marzo1987 *Malone c. Regno Unito,* n. 8691/79, 2 agosto 1984 *McMichael c. Regno Unito*, n. 16424/90, 24 febbraio 1995 *M.G. c. Regno Unito*, n. 39393/98, 24 settembre 2002 Rotaru c. Romania (GC), n. 28341/95, 4 maggio 2000 *S. e Marper c. Regno Unito*, nn. 30562/04 e 30566/04, 4 dicembre 2008 *Shimovolos c. Russia*, n. 30194/09, 21 giugno 2011 *Turek c. Slovacchia*, n. 57986/00, 14 febbraio 2006. Quanto invece alle informazioni sulle attività professionali *Michaud c. Francia*, n. 12323/11, 6 dicembre 2012 *Niemietz c. Germania*, n. 13710/88, 16 dicembre 1992. Nell'ambito delle intercettazione delle comunicazioni, *Amann c. Svizzera* (GC), n. 27798/95, 16 febbraio 2000 *Copland c. Regno Unito*, n. 62617/00, 3 aprile 2007 *Cotlet c. Romania*, n. 38565/97, 3 giugno 2003 *Kruslin c. Francia*, n. 11801/85, 24 aprile 1990 *Lambert c. Francia*, n. 23618/94, 24 agosto 1998 *Liberty e a. c. Regno Unito*, n. 58243/00, 1 luglio 2008 *Malone c. Regno Unito*, n. 8691/79, 2 agosto 1984 *Halford c. Regno Unito*, n. 20605/92, 25 giugno 1997 *Szuluk c. Regno Unito*, n. 36936/05, 2 giugno 2009. In tema di campionatura di voci *P.G. e J.H. c. Regno Unito*, n. 44787/98, 25 settembre 2001 *Wisse c. Francia*, n. 71611/01, 20 dicembre 2005, mentre in tema di fotografie *Sciacca c. Italia*, n. 50774/99, 11 gennaio 2005 *Von Hannover c. Germania*, n. 59320/00, 24 giugno 2004. Sul diritto all'oblio *Segerstedt-Wiberg e a. c. Svezia*, n. 62332/00, 6 giugno 2006, mentre sul diritto di opposizione *Leander c. Svezia*, n. 9248/81, 26 marzo 1987 *Mosley c. Regno Unito*, n. 48009/08, 10 maggio 2011 *M.S. c. Svezia*, n. 20837, 27 agosto 1997 *Rotaru c. Romania* (GC), n. 28341/95, 4 maggio 2000. Sulle categorie di dati sensibili *I. c. Finlandia*, n. 20511/03, 17 luglio 2008 *Michaud c. Francia*, n. 12323/11, 6 dicembre 2012 *S. e Marper c. Regno Unito*, nn. 30562/04 e 30566/04, 4 dicembre 2008. In tema di sorveglianza e attuazione *I. c. Finlandia*, n. 20511/03, 17 luglio 2008 *K.U. c. Finlandia*, n. 2872/02, 2 dicembre 2008 *Von Hannover c. Germania*, nn. 40660/08 e 60641/08, 7 febbraio 2012, *Allan c. Regno Unito*, n. 48539/99, 5 novembre 2002 *Associazione "21 Décembre 1989" e a. c. Romania*, nn.33810/07 e 18817/08, 24 maggio 2011 *Bykov c. Russia* (GC), n. 4378/02, 10 marzo 2009 *Kennedy c. Regno Unito*, n. 26839/05, 18 maggio 2010 *Klass e a. c. Germania*, n. 5029/71, 6 settembre 1978 *Rotaru c. Romania* (GC), n. 28341/95, 4 maggio 2000 *Taylor-Sabori c. Regno Unito*, n. 47114/99, 22 ottobre 2002 *Uzun c. Germania*, n. 35623/05, 2 settembre 2010 *Vetter c. Francia*, n. 59842/00, 31 maggio 2005.

[29] MURGO, *op. cit.*, 1164 ss.



CEDU all'ambito della protezione dei dati personali, il riferimento era solo alla vita privata. In particolare, nella sentenza *Leander c. Finlandia* del 1987, infatti, in un caso di raccolta e memorizzazione di dati in un registro segreto di polizia, non si fa alcun riferimento alla protezione dei dati personali, limitandosi la Corte a vagliare se tale memorizzazione costituisca un'ingerenza giustificabile alla luce del comma 2 dell'art. 8, e concludendo per un'assenza di violazione in tal senso.

A poco più di un decennio di distanza, invece, nella sentenza *Rotaru c. Romania*, la Corte in un caso analogo di memorizzazione di dati relativi alla affiliazione politica e risalenti alla gioventù del soggetto interessato, con conseguente creazione di un dossier che lo riguardava, muta orientamento, assumendo a referente esterno di valutazione inerente la protezione dati personali – come accadrà poi in altre pronunce successive – la Convenzione del Consiglio d'Europa n. 108/1981, sottolineando «la rispondenza di un'interpretazione estensiva della nozione di vita privata e quella elaborata dalla Convenzione del 1981, il cui scopo è garantire il rispetto della vita privata con riferimento ai trattamenti automatizzati» [30]. Proprio valorizzando tale riferimento e il suo collegamento con l'art. 8 CEDU, la Corte afferma che anche dati pubblici possono rientrare nella sfera privata del soggetto se sistematicamente acquisiti, memorizzati e utilizzati dalle pubbliche autorità, per cui è ravvisabile un'ingerenza laddove vi siano tre condizioni, consistenti nella memorizzazione dei dati, nel loro utilizzo da parte dell'autorità, nonché nella impossibilità di confutare tali informazioni da parte dell'interessato, venendo con ciò in gioco anche un profilo problematico in relazione all'opposizione o quantomeno alla rettifica degli stessi dati. Tale ingerenza viene ritenuta non giustificabile dalla Corte alla luce del carattere generalizzato, indistinto e sistematico con cui le autorità trattano i dati *de quibus*, nell'assoluta assenza di criteri oggettivi di selezione e individuazione delle informazioni e dei soggetti, nonché di procedure e di meccanismi di controllo di tali operazioni, tali da implicare concretamente «il rischio di minare, persino distruggere, la democrazia per difenderla», creando di fatto un sistema di sorveglianza su base indiscriminata e generalizzata, e svelando con ciò le stesse preoccupazioni e critiche mosse dalla Corte di Giustizia in *Digital Rights Irelands*, nonché andando più indietro nel tempo, dalla Corte costituzionale tedesca del 1983, su cui *infra.*

Riveste poi un rilievo significativo nella giurisprudenza della Corte EDU in materia la sentenza *Marper c. Regno* unito del 2008, richiamata anche dalla Corte di giustizia nella sentenza Digital Rights Ireland [31] – su cui *infra* – 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 [32]. Pro-

[30] Dello stesso anno anche la sentenza della Corte EDU 16 febbraio 2000, n. 27798/95, *Amann c. Svizzera*, in cui la Corte, facendo leva ancora una volta sul parametro esterno alla CEDU costituito dalla Convenzione n. 108 del 1981, afferma che «*That broad interpretation corresponds with that of the Council of Europe's Convention of 28 January 1981 for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, which came into force on 1 October 1985 and whose purpose is to secure in the territory of each Party for every individual [...] respect for his rights and fundamental freedoms, and in particular his right to privacy, with regard to automatic processing of personal data relating to him, such personal data being defined as any information relating to an identified or identifiable individual*».

[31] Cfr. par. 47 della sentenza.

[32] 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



prio in questa pronuncia è contenuta l'enunciazione chiara e forte da parte della Corte EDU che la protezione dei dati «è fondamentale per il rispetto della vita privata» (par. 103). 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 [33] – 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 [34], 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 [35].

In tema di conservazione di materiale genetico, la Corte si è pronunciata anche più di recente con la sentenza del 13 giugno 2020 nel caso *UK. vs Gau hran* (ric. 45245/15), in un caso riguardante la conservazione a tempo indeterminato dei dati personali del ricorrente (profilo del DNA, impronte digitali e fotografia) acquisiti in relazione a una condanna scontata in Irlanda del Nord per un reato di guida in stato di ebbrezza, in cui la Corte europea ha ritenuto che il carattere indiscriminato dei poteri di conservazione, unito all'assenza di garanzie sufficienti, eccedesse il margine di discrezionalità accettabile dello Stato al riguardo. Ancora, medesime censure la Corte ha mosso con sentenza del 14 agosto 2020 nel caso *SER vs. Dragan Petrovic* (ric. 75229/10)*, in relazione* al prelievo di un campione di DNA, avvenuto nel contesto di una perquisizione durante un'indagine per omicidio. La Corte ha qui ritenuto che il prelievo del campione di saliva del DNA non fosse stato conforme all'articolo 8 CEDU, in particolare, laddove l'ordinanza che autorizzava la polizia a prelevare un campione della saliva del ricorrente non faceva riferimento ad alcuna specifica disposizioni di legge, in quanto il codice di procedura penale non conteneva alcun riferimento al prelievo di campioni di DNA. Inoltre, le autorità non avevano preparato un verbale ufficiale della procedura.

---

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 dati. Invece nel caso *PG e JH c. Regno Unito* n. 44787/1998, 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.

[33] Par. 119 della sentenza.

[34] Par. 112 della sentenza.

[35] Il fattore tempo risulta rilevante anche nella giurisprudenza di Strasburgo, come pure aveva assunto rilevanza nelle pronunce della Corte di giustizia *Digital Rights Ireland*, su cui *infra*, con riferimento alla conservazione dei dati prevista dalla dir. 24/2006 e *Google Spain* con riferimento invece all'attualità della notizia di cui si chiedeva la deindicizzazione. In particolare, 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.



La Corte ha poi avuto modo di affrontare medesimi problemi, in più occasioni [36], anche con riferimento alle banche dati dei casellari giudiziari [37].

Un altro ambito particolarmente frequentato dalla giurisprudenza della Corte EDU è quello della sorveglianza per finalità di sicurezza, in cui si rinvengono due casi emblematici, denotanti una vera e propria inversione di tendenza nell'atteggiamento della stessa Corte EDU, concomitante con la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema. Nel 2010, infatti, nel caso *Kennedy c. Regno Unito*, la Corte, pronunciandosi sulla compatibilità con l'art. 8 CEDU di alcuni sistemi di captazione delle informazioni su base generalizzata e sistemica implementati dal Regno Unito, aveva rigettato la questione in assenza di allegazione da parte del ricorrente di una violazione specifica, assumendo e mantenendo quella prospettiva di *individual justice* che da sempre l'aveva contraddistinta. Ma nel 2015, nel caso *Zakharov c. Russia* [38], tale interpretazione subisce una vera e propria battuta d'arresto, nella misura in cui viene riconosciuto, in accordo con le precedenti statuizioni in tema dei giudici di Lussemburgo, che la mancata allegazione di un pregiudizio o una conseguenza ricollegata al sistema di sorveglianza non costituisce un ostacolo per concludere sulla incompatibilità con l'art. 8 CEDU del sistema russo di captazione delle comunicazioni su base generalizzata e non ancorato a criteri oggettivi né a procedure di controllo specifiche. Anche di recente, con sentenza 8 marzo 2021, nel caso *MDA / Bostan (ric. 52507/09*), in relazione ad una perquisizione condotta dalla polizia presso l'abitazione del ricorrente nell'ambito di un procedimento per contravvenzione nei confronti di una terza persona, senza mandato o permesso giudiziario, contrariamente al diritto interno.

Pure con sentenza del 5 marzo 2020, resa nel caso *ARM / Hambardzumyan* (ric. 43478/11), riguardante una denuncia della ricorrente di assenza di valido mandato giudiziario per sottoporla a sorveglianza segreta durante le indagini penali sulle accuse di corruzione, incluso l'utilizzo di apparecchiature di registrazione durante un incontro con il ricorrente, l'intercettazione di conversazioni telefoniche e la videoregistrazione della consegna del denaro della tangente, dato in banconote contrassegnate; in tale occasione la Corte ha criticato, in particolare, che il mandato fosse troppo vago, privo di dettagli circa l'oggetto della misura di sorveglianza, nonché l'insufficiente controllo giudiziario.

Anche l'aspetto dell'accesso ai dati e della loro divulgazione è stato in più occasioni affrontato dalla Corte di Strasburgo.

Quanto al primo profilo, si segnalano le pronunce in materia di accesso ai dati relativi alle proprie origini in caso di parto anonimo, in particolare la sentenza *Godelli c. Italia* del 2012, in cui la Corte istituisce un forte collegamento tra la procedura che riguardi il legame di filiazione e la nozione di vita privata (e non solo, comunque, quella della vita familiare), che «comprende aspetti importanti dell'identità personale di cui fa parte l'identità dei genitori» [39], ricordando [40] anche come, se da un lato l'art. 8 CEDU tende fondamentalmente a difendere l'individuo da ogni ingerenza arbitraria da parte dei pubblici poteri, esso non si limita a rivolgere allo Stato un comando di astenersi da tali ingerenze, ma a questo impegno negativo intende «aggiungere

[36] Sul tema delle banche dati dei casellari giudiziari si vedano invece *B.B. c. Francia*, n. 5335/06, 17 dicembre 2009 *M.M. c. Regno Unito*, n. 24029/07, 13 novembre 2012.

[37] Cfr. anche Corte EDU, sentenza del 24 ottobre 2019 nel caso *UK. / Catt* (ric. 43514/15), in relazione alla di conservazione in una banca dati della polizia di dati personali appartenenti ad un soggetto noto solo per il proprio attivismo nell'ambito di associazionismo pacifista, mai condannato per alcun reato e in assenza di alcuna esigenza cautelare. La Corte ha qui ritenuto che la perdurante conservazione di tali dati fosse sproporzionata, anche a causa delle garanzie inadeguate per consentirne la rettifica e la cancellazione.

[38] Corte EDU, sentenza del 4 dicembre 2015, *Roman Zakharov c. Russia*, n. 47143/06.

[39] Cfr anche le sentenze della Corte EDU *Ciubotaru c. Moldova*, n. 27138/04, 27 aprile 2010 e *Odièvre c. Francia* (GC), n. 42326/98, 13 febbraio 2003, richiamate nella sentenza stessa.

[40] Par. 60 della sentenza citata.



obblighi positivi inerenti a un rispetto effettivo della vita privata», implicanti finanche l'adozione di misure volte al rispetto della stessa, fino ad attingere alle relazioni degli individui fra loro. Nell'ambito di applicazione dell'art. 8 CEDU, alla stregua del ragionamento della Corte, ricade pertanto sia, da un lato, il diritto a conoscere le proprie origini del figlio, il cui «interesse vitale» nel suo sviluppo è ampiamente riconosciuto nell'economia generale della Convenzione, quanto, dall'altro, il «diritto all'oblio» della madre [41], consistente nell'interesse della donna a conservare l'anonimato per tutelare la propria salute partorendo in condizioni sanitarie adeguate. La delicatezza delle posizioni prese in considerazione nello sviluppo argomentativo della Corte esige quindi una accorta ponderazione, che la stessa nel caso concreto ha ritenuto non essere stata operata affatto, nella misura in cui il ricorrente si era visto «opporre un rifiuto assoluto e definitivo di accedere alle proprie origini personali» senza alcun bilanciamento dei diritti e degli interessi presenti e senza alcuna possibilità di ricorso [42].

Anche altri dati sensibili sono stati presi in considerazione nella giurisprudenza relativa all'accesso alle informazioni, in particolare i dati inerenti alla salute degli interessati, come nel caso *Roche c. Regno Unito* del 2009 in cui la Corte ha affermato la necessità di garantire tale accesso in misura ancora maggiore laddove ci si trovi in presenza di specifici rischi per la salute, come nel caso concreto in relazione all'esecuzione di alcuni *test* effettuati con gas tossici [43].

Quanto invece all'aspetto della divulgazione dei dati, la Corte nel tempo se ne è occupata in più casi, relativi in particolare a dati concernenti lo stato di salute. 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» [44].

---

[41] Sul punto, cfr. MURGO, *Il diritto al rispetto della vita privata*, in *I diritti fondamentali nell'unione europea. La carta di Nizza dopo il trattato di Lisbona*, a cura di GIANNITI, Bologna, 2013, 1173 ss.

[42] Si segnala in tema l'interessante *dissenting opinion* di uno dei giudici, il Giudice Sajò, 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».

[43] Cfr. Corte EDU *Roche c. Regno Unito*, 19 ottobre 2005, nonché *McGinley e Egan c. Regno Unito*, 9 giugno 1998, in relazione a rischi sanitari per ragioni professionali, quali la partecipazione a test nucleari.

[44] 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).



La dimensione della tutela della protezione dei dati personali, garantita dalla Corte EDU nella lente del diritto al rispetto della vita privata, è restituita anche dall'attenzione della stessa in punto di effettività delle proprie pronunce sul piano delle ricadute nei singoli Stati. Sul punto, si segnala il recente report del settembre 2022 [45], a cura del dipartimento dell'esecuzione delle sentenze della stessa Corte, contenente una cospicua serie di esempi di misure generali e individuali segnalate dagli Stati nell'ambito dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea e riguardanti vari aspetti della protezione dei dati personali: raccolta e utilizzo dei dati personali, ricerca e sequestro dei dati personali, compresa la corrispondenza, monitoraggio della corrispondenza in carcere, dati personali relativi alla salute, accesso, cancellazione e distruzione dei dati personali, intercettazione delle comunicazioni e dei dati personali, sorveglianza sui luoghi di lavoro e sorveglianza di massa.

3. – Per cogliere i tratti salienti del dialogo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di protezione dei dati personali, può risultare qui utile anzitutto istituire un confronto tra i referenti normativi relativi nella CEDU e nella Carta di Nizza.

In particolare, il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare» trova tutela nell'art. 7 della Carta di Nizza [46], che afferma che «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio delle proprie comunicazioni», codificando un valore che costituisce in sostanza patrimonio del sistema europeo dei diritti.

L'articolo in questione si ispira esplicitamente all'art. 8 CEDU, secondo cui «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza», come esplicitamente confermato dalle «Spiegazioni relative alla Carta», discostandosene però per due aspetti. In primo luogo, accanto al diritto al rispetto della vita privata, della vita familiare e di domicilio, si colloca oggi il diritto al rispetto delle «comunicazioni» anziché della «corrispondenza», per tenere conto dell'evoluzione della tecnica, come sottolineato dalle note del *Presidium*. In secondo luogo, non viene riprodotto il par. 2 dell'art. 8 CEDU, che prevede la cosiddetta clausola di interferenza, in virtù della quale non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio del diritto, a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e

[45] *Personal data protection, Thematic factsheet, Department for the Execution of Judgments of the European Court*, consultabile al link *https://www.coe.int/en/web/execution*.

[46] La bibliografia sull'art 7 CDFUE è particolarmente ampia. Si vedano, in proposito: GRUPPI, *sub art. 7*, in *L'Europa dei diritti, commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di BIFULCO, CARTABIA e CELOTTO, Bologna, 2001, 76 ss.; BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *RDC*, 2002, 509 ss.; PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; KILKELLY, *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, *Council of Europe*, 2003; PIZZORUSSO, ROMBOLI, RUGGERI, SAITTA e SILVESTRI (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale*: *Italia e Spagna a confronto*, Torino, 2003; CELOTTO e PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (*rassegna giurisprudenziale 2001-2004*), in *GI*, 2004, 112 ss.; ZANOBETTI, PAGNETTI e POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario. Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, Milano, 2005; SCIARABBA, *Le "spiegazioni" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *DPCE*, 2005, 59 ss.; ERIKSSON, *sub art. 7. Respect for private and family life*, in (a cura di), DE SCHUTTER, *Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *E.U. Network of Independent Experts on Fundamental Rights*/ *Le Réseau UE d'Experts independants en matière de droits fondamentaux*, 2006, 78 ss.; LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *FA*, 2006, 1 ss.; BUSNELLI, *Importanza e limiti dei valori fondamentali nella Carta europea*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di Vettori, Padova, 2007, 138 ss.; BIANCHI, *Il parametro superfluo. La Carta di Nizza nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti*, a cura di CAMPANELLI, DAL CANTO, MALFATTI, PANIZZA, PASSAGLIA e PERTICI, Torino, 2010, 145 ss.



che costituisca una misura necessaria per una società democratica per la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il benessere economico del Paese, la difesa dell'ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, la protezione dei diritti e delle libertà altrui. A riguardo, le note del Presidio indicano che le limitazioni suscettibili di essere apportate ai diritti protetti sono comunque quelle previste nel predetto art. 8 CEDU, in base a quanto stabilito nell'art. 52, par. 3 della Carta; tuttavia non è mancato chi [47] ha rilevato che la genericità delle limitazioni siccome indicate nel par. 2 dell'art. 8 CEDU potrebbe portare ad un sostanziale svuotamento del diritto protetto, e che quindi sarebbe più opportuno applicare, in assenza della riproposizione delle singole limitazioni, la clausola limitativa generale prevista dall'art. 52.

Se è vero che l'opera della Corte di giustizia è stata piuttosto incisiva, dal momento che già a partire dagli anni '80 la stessa ha spesso richiamato i diritti fondamentali oggi tutelati dall'art. 7, in particolare il diritto al rispetto della vita privata (*ex multis*, sentenza CGUE 26 giugno 1980, C-136/79 *National Panasonic*), della vita familiare (sentenza CGUE del 18 maggio 1989 causa C-249/86), e l'inviolabilità del domicilio (sentenza CGUE 17 ottobre 1989, causa C-99/1987 *Dow Chemical Iberica*), non manca chi sottolinea come l'art. 7 risulti dotato di un potenziale [48] non pienamente sviluppato dalla Corte di giustizia, al di là dell'effetto «centripeto» o di richiamo che la Carta ha giocato nelle questioni relative a diritti fondamentali, avendo influenzato soprattutto il linguaggio utilizzato dalla Corte [49], laddove appare ben più cospicua e incisiva l'elaborazione interpretativa della Corte EDU sul corrispondente art. 8 CEDU [50].

Il diritto alla protezione dei dati personali, a differenza del diritto al rispetto della vita privata, non trova

---

[47] PAVONI, *Informazione e stampa*, cit., 834. Cfr. anche GROPPI, *sub art. 7*, cit., 78, sottolinea che «in realtà l'art. 52 stabilisce che laddove la carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti nella CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione, ed è sempre possibile per il diritto dell'unione concedere una protezione più estesa. Come le note del presidio evidenziano, ciò significa che nel limitare i diritti in questione, il diritto comunitario e quello nazionale nell'attuazione del diritto comunitario dovranno rispettare gli stessi standard fissati dalla CEDU, e in esso la portata dei diritti garantiti sono definiti non solo dal testo della CEDU, ma anche dalla giurisprudenza che lo ha interpretato, tanto della Corte EDU che della Corte di giustizia. L'affermazione del presidium a commento dell'art. 7 non pare quindi del tutto pertinente, tenuto conto del gran numero e della genericità delle clausole limitative contenute nell'art. 8 par. 2, che potrebbero consentire lo sfruttamento del diritto protetto: si pensi alle misure necessarie per "il benessere economico del paese" o per la "protezione della morale". Sembrerebbe pertanto che, opportunamente, in assenza di una specifica clausola limitativa, debba applicarsi la clausola limitativa generale contenuta nell'art. 52 par. 1 che fa riferimento al rispetto del contenuto essenziale, il principio di proporzionalità, alla necessarietà della limitazione alla rispondenza alla finalità di interesse generale riconosciute dall'unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

[48] Per quanto attiene il nostro ordinamento interno, si segnala che da una ricerca effettuata sul sito della Corte in data 15 marzo 2016 risulta che la Corte costituzionale ha richiamato solo in cinque pronunce l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Cfr. in particolare Corte costituzionale, 24 aprile 2002, n. 135, quando ancora era priva di efficacia vincolante, nonché Corte cost. 12 novembre 2002, sentenza n. 445. Si segnala tra l'altro che la Corte costituzionale italiana è stata una delle prime corti costituzionali a richiamare la carta, dopo il *tribunal constitucional* nella sentenza numero 292 del 30 novembre 2000.

[49] MARTINICO, *Sub art 7 CDFUE*, cit., 119.

[50] Si tenga finora presente che riguardo all'interpretazione dell'articolo 8 CEDU si è sviluppato in passato uno dei più significativi conflitti interpretativi che hanno diviso la Corte di giustizia e la Corte europea di Strasburgo, in una vera e propria «guerra delle Corti», dal momento che la corte europea ha mostrato la tendenza a un'interpretazione estensiva della nozione di vita privata, nel senso che non copre solo «l'integrità fisica e morale della persona» ma comprende anche il diritto del singolo a stringere e a sviluppare relazioni con i suoi simili, nel mondo esterno, attinenti a una molteplicità di aspetti. In particolare, ad esempio, la Corte di Lussemburgo ha rifiutato di considerare in più occasioni i locali professionali coperti dalla stessa garanzia del domicilio privato (sentenza Corte di Giustizia 21 settembre 1989, cause 46/1987 227/1988 caso *Hoechst*, già richiamato altrove), mentre la Corte di Strasburgo ritiene che l'articolo 8 fornisca la stessa protezione anche a locali professionali (Corte EDU, 30 marzo 1989, *Chappell c. Regno unito*). In altri casi in cui viene in gioco l'interpretazione dell'art. 8, la Corte di Giustizia, invece, non ha esitato a fare espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, come nel caso *X c. Commissione*, sentenza CGCE del 5 ottobre 1994, C-404/92.



invece espressa menzione nella CEDU, né nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, né nella Dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sui diritti e libertà fondamentali del 1989.

Invece, con la formulazione dell'art. 8 della Carta di Nizza [51] si compie non solo quel percorso [52] di costituzionalizzazione del diritto alla protezione dei dati personali, nel solco di quanto già accaduto in alcune costituzioni nazionali [53], ma anche il processo di autonomizzazione rispetto ad altre situazioni soggettive giuridiche soggettive, in particolare il diritto al rispetto della vita privata [54], costituzionalizzando altresì, in modo isolato tra le Autorità indipendenti, il ruolo dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, che verrà enfatizzato in più occasioni dalla Corte di Giustizia [55], e valorizzato nell'impianto normativo di matrice comunitaria [56].

Il diritto alla protezione dei dati personali viene quindi inteso dalla Carta dei diritti fondamentali come un «diritto plurifunzionale» [57], volto ad apprestare una tutela globale ed effettiva alla persona [58], che, nella socie-

---

[51] La bibliografia sull'art. 8 CDFUE è quantomai ampia e variegata. Cfr. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974; DONATI, *sub art. 8. Protezione dei dati di carattere personale*, in *L'Europa dei diritti, commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di BIFULCO, CARTABIA e CELOTTO, Bologna, 2001, 83 ss.; FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; ZENO ZENCOVICH, *sub art. 8*, in *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertá fondamentali*, a cura di BARTOLE, CONFORTI e RAIMONDI, Padova, 2001, 307 ss.; DI MARTINO, *La protezione dei dati personali: aspetti comparatastici e sviluppo di un modello europeo di tutela*, in *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, a cura di PANUNZIO, Napoli, 2005, 65 ss.; CORTESE, *La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2013, 313 ss.; BASSINI, *Il diritto all'oblio ai tempi di Internet: la Corte di giustizia sui motori di ricerca*, in *QC*, 2014, 3, 730 ss.; FROSINI, *Diritto all'oblio e Internet*, in *DPCE*, 2014; 1 ss.; POLLICINO e BASSINI, *The Luxembourg Sense of the Internet: Towards a Right to Digital Privacy*?, *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2014, 223 ss.; BUTTARELLI, *Privacy, sicurezza e nuove tecnologie al bivio di nuove scelte strategiche,* in *federalismi.it*, 2015, 1 ss.; FABBRINI, *Human Rights in the Digital Age. The European Court of justice Ruling in the Data Rentention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance in the U.S.*, in *Harvard Human Rights J.*, 2015, 28, 65; RESTA e ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015; RESTA e ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali, Roma*, 2016.

[52] Risulta utile in questo contesto rimarcare fin da subito come tale percorso tragga ispirazione, come si legge pure nelle Spiegazioni anche dall'art. 8 CEDU: «Questo articolo si fonda sull'art. 286 del trattato che istituisce la Comunità europea, sulla Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati, nonché sull'art. 8 della CEDU e sulla convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981, ratificata da tutti gli Stati membri. Il diritto alla protezione dei dati personali si esercita alle condizioni previste dalla suddetta direttiva e può essere limitato alle condizioni previste dall'art. 53 della Carta».

[53] Tra di esse, l'art. 18, comma 4, della costituzione spagnola; la l. cost. 20 dicembre 1997, n. 1 del Portogallo; l'art. 10 della Costituzione irlandese; l'art. 13 Cost Svizzera; l'art. 10 Cost. finlandese; l'art. 35 della Cost. albanese.

[54] Cfr. DE SIERVO, *La privacy*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di PANUNZIO, Napoli, 2005, 345; ID., *Tutela dei dati personali riservatezza*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 2003, 297; RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, a cura di BOVERO, Roma-Bari, 2004 52.

[55] In particolare nel noto caso *Schrems*, nonché, seppur in misura minore nella sentenza Corte UE, 5 giugno 2018, nella causa C-210/16 *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein contro Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, con l'intervento di *Facebook Ireland Ltd e Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht.*

[56] Sul punto, si veda BUSIA, *Il ruolo dell'autorità indipendente per la protezione dei dati personali*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*., a cura di Zorzi Galgano, Milano, 2019, 293 ss.

[57] MURGO, *op. cit*., 779 sottolinea il forte legame con il diritto all'identità personale, per cui «la società dell'informazione è caratterizzata da implacabili forme di classificazione delle persone, che, attraverso l'uso mirato delle informazioni raccolte, le scompongono e le frammentano, in una incessante produzione dei profili parziali che fanno perdere l'unitarietà della persona».

[58] Cfr. KRANENBORG, *Article 8*, in *The EU Charter of Fundamental Rights: a Commentary,* a cura di Peers, Harvey, Kenner e Ward, Oxford-Portland, Oregon, 2014, 224 ss., 229, in cui si sottolinea come l'art. 8 riflette un *acquis* comunitario in materia di



tà dell'informazione, si identifica sempre di più e sempre più spesso nei propri dati [59], e la cui difesa dai rischi ormai posti dalle tecnologie informatiche passa attraverso l'esercizio di una vera e propria autodeterminazione informativa, e non più soltanto attraverso la predisposizione di uno strumento per sottrarsi agli occhi indiscreti del mondo, quanto di modalità tali da garantire quei contenuti essenziali di libertà e dignità proclamati così solennemente dalla Carta stessa, con l'individuazione di un diritto di accesso e di rettifica dei dati, che devono comunque essere trattati secondo il principio di lealtà e in ogni caso per finalità determinate su base di consenso o di altro fondamento legittimo previsto dalla legge [60].

La Corte di Giustizia nel tempo ha fatto largo uso dell'art. 8 della Carta [61], dimostrando, anche in questo ambito, un accentuato attivismo [62] a fronte dell'incedere dell'evoluzione tecnologica; stante la necessità di trovare un «giusto equilibrio» tra *privacy* e diritti con essa confliggenti, in particolare la libertà di espressione.

Nel tempo, sulla scia di questa vera e propria «ondata costituzionalizzatrice» [63], la Corte di Giustizia ha quindi, anche in tema di riservatezza e protezione dei dati personali, trovato un riferimento di cui ha fatto largo utilizzo, ancorando a detti parametri la ricerca di un «giusto equilibrio» tra i valori che di volta in volta entrino in conflitto, in un'ottica di bilanciamento tipicamente adottata dalle Corti Costituzionali. Come accorta dottrina non ha mancato di sottolineare [64], il Trattato di Lisbona e l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in definitiva, ha finito per estendere la portata del primato del diritto europeo anche sul fronte dei diritti fondamentali, in qualche modo svilendo il ricorso alla teoria dei controlimiti, per cui la Corte di Lussemburgo è legittimata a operare un vaglio di compatibilità con i diritti fondamentali sia nelle questioni pregiudiziali interpretative, sia in relazione a quelle concernenti la validità degli atti dell'Unione europea, altresì «sterilizzando in gran parte l'azione controlimitante delle Corte costituziona-

---

protezione dati che «*looks beyond consent only and create a system of checks and balances which ensures lawful processing also without asking the consent of the person involved*».

[59] Cfr. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, cit., p 723.

[60] MURGO, *ult. op. cit*., 779, nella parte in cui si afferma che «(…) l'art. 8 tutela separatamente il diritto alla *privacy*, inteso come protezione dei dati personali. Emerge in questo modo quanto lungamente maturato dai singoli ordinamenti di alcuni Stati membri come la Svezia o la Germania, nonché da parte dello stesso diritto comunitario. (…) In Europa, nel momento in cui il concetto è stato preso in considerazione dalle istituzioni, quale diritto cui garantire un rango giuridico, si è usata l'espressione *data protection*. La Corte di Strasburgo, ad esempio, è stato uno dei tribunali più attento allo sviluppo del nuovo modello interpretativo relativa alla *privacy*, accogliendo l'idea di un diritto connesso all'identità personale e all'autodeterminazione dell'individuo».

[61] La Corte ha reso infatti numerose e importanti decisioni in materia di riservatezza, si veda Corte UE, 21 settembre 1989, *Hoechst AG vs Commission*, nelle cause C-46/87, C-227/88; sentenza del 30 marzo 1993, *Christos Konstantinidis v. Stadt Altensteig et al.*, C-168/9, tutte i curia.eu; sentenza del 20.5.2003, cause C-465/00, C-138/01, C-139/01, *Rechnungshof (C-465/00) contro Österreichischer Rundfunk e altri e Christa Neukomm C-138/01) e Joseph Lauermann (C-139/01) contro Österreichischer Rundfunk*, in *Foro it*., 2003, IV, 310; sentenza del 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Bodil Lindqvist*, in *Foro it*., 2004, IV, 57; sentenza del 9 ottobre 2001, C-377/98, *Regno dei Pasxi Bassi contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, leggibile nel sito internet della Corte *http://www.curia.europa.eu*.

[62] Più in generale, sul ruolo oggi e per una prospettiva contemporanea del «diritto giurisprudenziale» si veda LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Jus civile*, 2016, 7, 295; ID., *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ*., 2010, 5, 635; ALPA, *La dialettica tra legislatore interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*: *riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Contr. e impr*., 2015, 3, 646; ID., *Comparazione diritto straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Contr. e impr*., 2016, 4-5, 879 ss.

[63] POLLICINO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Dir. inform*., 2015, 741 ss.

[64] BRAVO, *Il bilanciamento proporzionale dei diritti e delle "libertà fondamentali", tra mercato e persona: nuovi assetti nell'ordinamento europeo?,* in *Contr. e impr*., 2018, 1, 199, che sul punto richiama CARDONE, voce *diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir.*, Milano 2011, 361, nonché ID., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.



li domestiche o, quantomeno, ponendosi in concorrenza con quest'ultime», nella – peraltro malcelata – ambizione di diventare essa stessa una sorta di vero e proprio giudice costituzionale.

Allo stesso modo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha mostrato nel tempo «la tendenza (che spesso va oltre anche quanto sarebbe teoricamente consentito dal parametro normativo rilevante) ad attribuire alla propria giurisprudenza una capacità di penetrazione di influenza assai più elevata di quella caratteristica delle corti internazionali; e che, per molti versi, è assimilabile a quella propria delle corti costituzionali» [65]. Proprio su queste premesse si innesta il dialogo tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo nei temi qui di interesse.

4. – In prima battuta, appare interessante notare come sia la stessa Corte di Giustizia, nel contesto del circuito di dialogo tra le Corti europee in tema di diritti [66], a istituire e rafforzare il solido collegamento tra la protezione dei dati personali e l'interpretazione dell'art. 8 CEDU. Ciò emerge, ad esempio, dalla sentenza *Digital Rights Ireland*, su cui *infra,* che sottolinea [67] la possibilità che «la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 8 CEDU possa fornire indicazioni interpretative rilevanti ai fini dell'interpretazione» dell'art. 8 CDFUE in materia di protezione dei dati [68]; nonché dalle conclusioni dell'Avvocato generale nel noto caso *Google Spain* [69], in cui si evidenzia che «conformemente all'art. 52,

[65] Cfr. POLLICINO e SCIARABBA, *La Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo quali Corti costituzionali*, in *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di Mezzetti, Padova, 2009, in part. 90.

[66] Il tema è ampiamente studiato in dottrina. Nell'impossibilità di richiamare in maniera esaustiva la bibliografia inerente, ci si limita qui a richiamare i seguenti: GIANNITI, *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2015; COSIO e FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013; BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in *La tutela multilivello dei diritti*, a cura di BILANCIA e DE MARCO, Milano, 2005; CARTABIA, DE WITTE, PÉREZ e TREMPS (a cura di), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, 2005; GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007; SCHILLACI, *Cooperazione tra ordinamenti e parametro di giudizio. Modelli teorici ed esperienze costituzionali*, Roma, 2011; POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010; FALLETTI e PICCONE (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Roma, 2010; VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Torino, 2012; FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012; RANDAZZO, *La CEDU. Nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 2012; MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2013; SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008; MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009; POLLICIN-SCIARABBA, *La Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo quali Corti costituzionali*, in *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di MEZZETTI, Padova, 2011, II; TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012; TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013.

[67] Cfr. punto 21, questione n. 2 lett. *e*) della sentenza richiamata.

[68] Più in generale, sul tema della equivalenza/comparabilità tra le tutele approntate in difesa dei diritti fondamentali a livello comunitario e della CEDU si vedano ZAGREBELSKY, *L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *DUDI*, 2015, 1 ss.; DE SCHUTTER, *Bosphorus Post-Accession: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties*, in *The EU Accession to the ECHR*, edited by Kosta, Skoutaris e Tzevelekos, Oxford, 2014, 177 ss.; DOUGLAS e SCOTT, *The Relationship between the EU and the ECHR Five Years on from the Treaty of Lisbon*, in *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, edited by De Vries, Bernitz e Weatherill,Oxford, 2015.

[69] Sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione) del 13 maggio 2014, *Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, causa C-131/12. Tra i commenti, *ex multis,* RESTA e ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "safe harbour principles" al "privacy shield",* Ro-



par. 3, della Carta, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 8 della CEDU è rilevante tanto ai fini dell'interpretazione dell'art. 7 quanto ai fini dell'applicazione della Direttiva in conformità con l'art. 8 della Carta».

Una questione, come si è visto *supra*, ampiamente affrontata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è quella della sorveglianza [70] legata al controllo dei dati. Vale ora qui la pena di istituire un confronto con i ragionamenti della Corte di Giustizia in tema. Non può quindi non venire in rilievo, sul punto, la prima di quel trittico di sentenze [71] in materia di *privacy* e protezione dei dati personali, assunte tra il 2014 e il 2015, che hanno contribuito all'«emersione, sempre più prepotente, (…), di un vero e proprio digital right to *privacy*» [72], poi confluito nel GDPR [73], in cui gli artt. 7 e 8 della Carta si pongono per la Corte di Giustizia nel bilanciamento tra esigenze di sicurezza e protezione dei dati nella dimensione interna della loro circolazione [74] quali veri e propri «fari», immagine evocativa suggerita proprio dalla Corte nei numerosissimi passaggi in cui afferma di ragionare «*in the light of the Charter*».

La Corte si è infatti occupata della circolazione dei dati personali nella «dimensione interna» nel noto caso *Digital Rights Ireland*, con sentenza, resa l'8 aprile 2014 [75], con riferimento al regime di conservazione

---

ma, 2016; FROSINI, *Diritto all'oblio e Internet, in www.federalismi.it*, 10 giugno 2014; PIZZETTI, *La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, in *www.federalismi.it,* 10 giugno 2014; VIGEVANI, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano,* in *Danno e resp.*, 2014, 7, 751 ss.; BLENGINO, *La Corte di giustizia e i motori di ricerca: una sentenza sbagliata*, in *www.medialaws.eu,* 19 maggio 2014; POLLICINO e BASSINI, *Reconciling Right to Be Forgotten and Freedom of Information: Past and Future of Persona Data Protection in Europe,* in *DPCE*, 2014, 2, 641; BASSINI, *Il diritto all'oblio ai tempi di Internet: la Corte di giustizia sui motori di ricerca,* in *Quad. cost.,* 2014, 3, 730.

[70] Sul tema della sicurezza e della sorveglianza cfr. RESTA, *La sorveglianza elettronica di massa il conflitto regolatorio USA/UE*, in *Dir. inform.*, 2015, 4-5, 697 ss.; BUTTARELLI, *Privacy, sicurezza e nuove tecnologie al bivio di nuove scelte strategiche*, in *federalismi.it*, 2015, (14 gennaio 2015); OROFINO, *Diritto alla protezione dei dati personali sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in *Riv. dir. dei media*, 2018; SARTOR e DE AZEVEDO CUNHA, *op. cit*. Per i profili più prettamente pubblicistici del tema, si vedano DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, Bologna, 2004; ID., *Il bilanciamento tra sicurezza e libertà civili nella stagione del terrorismo*, in *Sicurezza: le nuove frontiere*, a cura di AA.VV., 2005, 110; GIUPPONI, *Contro il "diritto alla sicurezza". Immigrazione, sicurezza e autonomie territoriali nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, a cura di AA.VV., Padova, 2015, I, 719 ss.

[71] Cfr. POLLICINO e BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Dir. inform.*, 2015, che parla di «trittico di decisioni».

[72] 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.

[73] Per un approfondimento sul ruolo e influenza della 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*, cit., 779 ss.

[74] Cfr TRUCCO, *Data retention*: *la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali*, in *Giur. it*., 2014, 1855 sulla funzione nomopoietica della Corte di Giustizia a partire dalla Carta di Nizza. Cfr. anche CARTABIA (a cura di), *I diritti nazione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle corti europee*, Bologna, 2007, 29 ss.

[75] 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. dir. pen. cont.*, 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 *Nuov 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.



dei dati previsto dalla 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, nonché 11 della Carta in tema di libertà di espressione, che, vale qui la pena di sottolineare, non è stato neppure esaminato dalla Corte di Giustizia, ritenendolo assorbito nelle precedenti.

In particolare la Corte, chiamata a giudicare in primo luogo su quale sia il rapporto tra il «diritto dell'Unione», di cui fa menzione il par. 3 dell'art. 52 della Carta, e la normativa in materia di protezione dei dati, nonché sulla necessità di tener conto, nell'interpretazione dell'art. 8 della Carta stessa, dei cambiamenti derivanti dalle norme successive di diritto derivato, sulla portata dei limiti alle restrizioni che il diritto derivato può apportare in relazione all'ambito dei diritti fondamentali, nonché infine sulla possibilità che «la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 8 CEDU possa fornire indicazioni interpretative rilevanti ai fini dell'interpretazione di quest'ultimo articolo» (punto 21, questione n. 2 lett. *e*)[76], esordisce con la constatazione che l'obbligo di conservazione dei dati contenuto nella disciplina portata al suo esame solleva questioni relative alla protezione della vita privata, in considerazione del fatto che i dati conservati, considerati nel loro complesso, sono suscettibili di consentire di «trarre conclusioni molto precise riguardo la vita privata delle persone», permettendo, in ultima analisi di tracciare un quadro completo e fedele dell'identità individuale e relazionale della persona, quale essa si esplica nell'ambito della propria vita privata[77].

La Corte, pertanto, ravvisa nel sistema approntato dalla direttiva un'ingerenza «di vasta portata e (...) e particolarmente grave»[78] nei diritti fondamentali sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta, sottolineando come l'obbligo di conservazione dei dati costituisca di per sé un'interferenza nel diritto al rispetto della vita privata, mentre l'accesso costituisca «un'ingerenza supplementare in tale diritto fondamentale» – richiamando significativamente sul punto la giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 8 CEDU[79] in tema di memorizzazione di dati a fini di creazione di dossier – dal momento che, imponendo la conservazione delle informazioni e permettendone l'accesso alle autorità, la direttiva deroga al regime di tutela del diritto al rispetto della vita privata istituito dalla normativa in materia di protezione dei dati personali, indipendentemente dal carattere

---

[76] Vale la pena di sottolineare, comunque, che nella domanda di pronuncia pregiudiziale la *High Court* irlandese si era rifatta alla CEDU in maniera molto più ampia e diffusiva.

[77] Analoghe considerazioni si ritrovano anche nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Cfr. *BverfG*, 2 marzo 2010, I, Bvr 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08., in cui la Corte costituzionale tedesca, nel dichiarare l'incostituzionalità della normativa tedesca di recepimento della Direttiva del 2006 per contrasto con l'art. 10.1 del *Grundgesetz*, ha considerato particolarmente grave l'ingerenza prodotta dalla sorveglianza delle comunicazioni nella vita privata degli utenti intercettate, perché le relazioni sociali di ciascuno sarebbero potute essere agevolmente ricostruite, proprio muovendo dai dati personali sul traffico telematico o telefonico. Pertanto la Corte aveva dichiarato illegittimità costituzionale della predetta disciplina, in quanto lesiva del principio di proporzionalità, dal momento che la normativa di recepimento non prevedeva sufficienti garanzie a tutela della vita privata degli utenti intercettati.

[78] Cfr. par. 37 della sentenza.

[79] Corte EDU, sentenze *Leander c. Svezia* 26 marzo 1987, nonché *Rotaru c. Romania* n. 28341/1995, e *Weber e Saravia c. Germania*, n. 54934/00, richiamate al punto 35 della sentenza. È qui interessante notare come il richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU da parte della Corte di Giustizia, particolarmente in questa materia, non sia affatto isolato, ma costituisca soltanto una battuta del dialogo incessante tra le corti sul punto. Nella stessa sentenza *Digital Rights Ireland* la Corte a più riprese cita la giurisprudenza EDU, in particolare al punto 47 in relazione alla declinazione del principio di proporzionalità nell'ambito dei diritti fondamentali (richiamandosi alla sentenza EDU *S e Marper c. Regno Unito*, nn. 30562/04 e 30566/04 par. 102), nonché al punto 54 in relazione alla necessità di prevedere regole chiare e precise disciplinanti la portata, l'applicazione e requisiti minimi delle misure che incidono sulla tutela dei dati personali, per scongiurare il rischio di abusi e gli eventuali accessi e usi illeciti di dati (qui, tra le altre, richiamando invece la sentenza Corte EDU *Liberty e altri c. Regno Unito*, n. 58243/00 del 1 luglio 2008), e infine al punto 55 in relazione ai trattamenti automatizzati di dati personali.



sensibile dell'informazione o degli eventuali inconvenienti o pregiudizi subiti dagli interessati a seguito di tale ingerenza, finendo per ingenerare nelle persone interessate «la sensazione che la loro vita privata sia oggetto di costante sorveglianza» [80], amplificata peraltro dal fatto che tale conservazione e utilizzo ulteriore possono essere effettuati senza che l'utente ne sia neppure informato [81].

Sottolinea in primo luogo come la conservazione, pur costituendo un'ingerenza particolarmente grave in tali diritti, non permettendo di venire a conoscenza del contenuto delle comunicazioni elettroniche in quanto tale, «non è tale da pregiudicare il (...) contenuto» essenziale del diritto al rispetto della vita privata, così come non è idonea di per sé a pregiudicare neppure il contenuto dell'art. 8. D'altra parte, le limitazioni contenute nella direttiva rispondono indubbiamente, nel ragionamento della Corte, ad un obiettivo di interesse generale perseguito dall'Unione, contribuendo alla lotta contro la criminalità e contro il terrorismo internazionale in particolare, dal momento che «l'art. 6 della Carta enuncia il diritto di ogni persona non solo alla libertà, ma altresì alla sicurezza» (par. 44).

Giungendo poi ad effettuare il vaglio di proporzionalità dell'ingerenza constatata, sottolineato ancora una volta il «ruolo importante (…) svolto dalla protezione dei dati personali sotto il profilo del diritto fondamentale al rispetto della vita privata» [82], al fine di accertare se la restrizione peraltro riguardante «la quasi totalità della popolazione europea» operi entro i limiti dello stretto necessario, la Corte si sofferma su tre profili: la mancanza generale di limiti alla conservazione dei dati nella dir. 2006/24/CE, l'assenza di alcun criterio oggettivo che permetta di delimitare l'accesso a tali dati da parte delle autorità nazionali, nonché la durata stessa della conservazione.

Sulla base della valutazione di questi tre profili, la Corte conclude che «adottando la dir. 2006/24/CE, il legislatore dell'Unione ha ecceduto i limiti imposti dal principio di proporzionalità alla luce degli artt. 7, 8, 52 par. 1 della Carta», dal momento che la stessa da un lato non prevede norme chiare e precise che regolino la portata dell'ingerenza nei diritti fondamentali in questione, tali da garantire che essa sia effettivamente limitata a quanto strettamente necessario; né prevede garanzie sufficienti che consentano una protezione efficace dei dati contro i rischi di abusi, accessi ovvero utilizzi illeciti degli stessi.

Preme qui sottolineare che il profilo della durata della conservazione appare 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, così come il fattore tempo gioca un ruolo fondamentale nella conservazione dei dati anche nella interpretazione della Corte EDU, come già si è visto [83].

Sulla scorta delle stesse premesse, poi, la Corte di Giustizia è intervenuta pure successivamente, ancora una volta, nella propria affermazione quale «giudice dei diritti» [84] che contribuisce a fondare l'Unione Euro-

---

[80] Cfr. par. 37 della sentenza.

[81] Sullo sfondo di questa vicenda, e più in generale degli sforzi recente della Corte di giustizia, si colloca la problematica della sorveglianza globale, destinato a tornare ciclicamente di prepotente attualità, e su cui si rinvia anche al capitolo uno. Cfr. anche Rossi Dal Pozzo, *Protezione dei dati personali e diritti fondamentali della persona: le nuove norme sui "codici di prenotazione" (PNR)*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, 4, 1020 ss.

[82] Sul punto, la Corte di Giustizia richiama significativamente la Corte EDU nel caso *Marper c. Regno Unito* del 2008 in materia di *privacy* genetica, su cui *infra*, ultimo paragrafo di questo capitolo.

[83] Cfr. ad esempio, Corte EDU, 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.

[84] Cfr. Trucco, *Data retention*, cit., 1850.



pea come «ordinamento a protezione avanzata» [85], nel dicembre 2016 [86], a istituire un solido collegamento tra riservatezza e comunicazioni elettroniche, affermando che «la Direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, interpretata alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, osta a una normativa nazionale la quale, a fini di lotta contro la criminalità: *a*) preveda una conservazione generalizzata e indifferenziata dell'insieme dei dati relativi al traffico e all'ubicazione di tutti gli utenti; *b*) non limiti l'accesso delle autorità nazionali competenti alla sola lotta contro la criminalità grave e non ne sottoponga l'esercizio al controllo preventivo di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente; *c*) non richieda che i suddetti dati siano conservati nel territorio dell'Unione», mantenendo ancora una volta una lettura sostanziale dei diritti fondamentali in connessione con la tecnologia delle comunicazioni nella società dell'informazione, e inquadrando la questione della conservazione dei dati nel prisma di un triangolo di libertà [87]: libertà di domicilio e di vita privata, ricavabili dagli artt. 7 e 8, nonché di espressione, di cui all'art. 11, fondando con ciò un ancor più stretto legame tra riservatezza, sorveglianza e libertà di espressione [88], in una logica che ricorda molto i ragionamenti della Corte EDU [89] nell'opera di interpretazione dell'art. 8 CEDU.

Sul punto, però, il possibile «dialogo con la CEDU», a fronte – ancora una volta – di un ampio richiamo da parte della Corte di Giustizia alla giurisprudenza CEDU [90], è stato sostanzialmente interrotto dalla dichiarazione di irricevibilità di una terza questione, che era stata sollevata [91], concernente la lettura degli artt. 7 e 8, in particolare sulla compatibilità con l'art. 8 CEDU di una loro interpretazione riduttiva, che consenta agli Stati un controllo generalizzato e privo di ragioni concrete, questione già ridimensionata anche dall'Av-

---

[85] Cfr., CAROTTI, *La Corte di Giustizia costruisce un ponte tra riservatezza e comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 4, 479 ss., che valorizza l'immagine di un «ponte» tra le due, nell'ambito dell'Unione quale ordinamento dotato di strumenti di protezione rafforzata, richiamando sul punto BECK, *Case Comment: C-203/15 Tele2 Sverige AB v Post-och telestyrelsen and C-698/15 SSHD v Tom Watson & Others*, in *Eutopia Law*, 13 gennaio 2017, su *https://eutopialaw.com*, laddove afferma che «*the Cjeu reiterated its judgment,in Digital Rights Ireland and Schrems*, *that generalised and indiscriminate surveillance is not permissible under EU law*».

[86] Corte UE, 21 dicembre 2016, nelle cause riunite C-03/15 e C-698/15, *Tele2SverigeAB c. Post-och Telestyrelsen, e Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson et al.*

[87] CAROTTI, *La Corte di Giustizia costruisce un ponte tra riservatezza e comunicazioni elettroniche*, cit., 487.

[88] Distinguendo, ancora una volta, tra la vita privata dell'art. 7 della Carta e la tutela dei dati dell'art. 8; inoltre, la Corte riconduce la tutela della riservatezza alla libertà di espressione, dal momento che la conservazione dei dati – e il loro accesso, soprattutto se incontrollato – sono infatti idonei a condizionare la libera espressione dell'individuo. Se, infatti, ognuno è a conoscenza del fatto che le proprie conversazioni sono monitorate costantemente e a priori, si limita fortemente l'esercizio della libertà, in quanto la consapevolezza di essere costantemente sotto osservazione induce il singolo a contenere la manifestazione delle proprie idee. Cfr. par. 94 della sentenza.

[89] Si veda la giurisprudenza EDU in tema di equilibrio tra protezione dei dati e libertà di espressione, in particolare le sentenze *Axel Springer AG c. Germania* [*GC*], n.39954/08, 7 febbraio 2012; *Von Hannover c. Germania*, n. 59320/00, 24 giugno 2004 *Von Hannover c. Germania* (n. 2) [GC], nn. 40660/08 e 60641/08, 7 febbraio 2012; nonché in tema di sorveglianza *Allan c. Regno Unito*, n. 48539/99, 5 novembre 2002 *Associazione "21 Décembre 1989" e a. c. Romania*, nn. 33810/07 e 18817/08, 24 maggio 2011 *Bykov c. Russia* [GC], n. 4378/02, 10 marzo 2009 *Kennedy c. Regno Unito*, n. 26839/05, 18 maggio 2010 *Klass e a. c. Germania*, n. 5029/71, 6 settembre 1978 *Rotaru c. Romania* [GC], n. 28341/95, 4 maggio 2000 *Taylor-Sabori c. Regno Unito*, n. 47114/99, 2 ottobre 2002 *Uzun c. Germania*, n. 35623/05, 2 settembre 2010 *Vetter c. Francia*, n. 59842/00, 31 maggio 2005.

[90] Sul punto, CAROTTI, *La Corte di Giustizia costruisce un ponte tra riservatezza e comunicazioni elettroniche*, cit., 488, sottolinea che «Ciò, forse, viene fatto al fine di giocare "d'anticipo" rispetto alla Brexit e imporre, per altre vie, obblighi stringenti che verranno meno con l'uscita del Regno Unito dall'UE. La Corte, in altri termini, ancorando le statuizioni di questa sentenza a quanto statuito dalla Convenzione di Roma e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sembra vincolare in anticipo lo Stato (ex) membro al rispetto di obblighi analoghi (se non identici), anche quando l'uscita dall'Unione sarà definitiva».

[91] La questione, in particolare si sostanzia nell'invito a «precisare se la sentenza DRI estenda l'ambito di applicazione degli articoli 7 e/o 8 della Carta al di là di quello dell'art. 8 della CEDU quale interpretato dalla Corte Edu».



vocato generale Saugmandsgaard (parr. 75 e 76) alla luce della considerazione del fatto che «in assenza di adesione dell'Unione a tale Convenzione, quest'ultima non costituisce uno strumento giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione» [92], pur facendo parte i diritti fondamentali della CEDU del diritto dell'Unione in quanto principi generali a norma dell'art. 6, par. 3 TUE.

Più in generale, il tema della sorveglianza ricollegata al controllo dei dati si rivela una preoccupazione da sempre ricorrente della giurisprudenza multilivello. Già la Corte costituzionale tedesca, in una importante pronuncia del 1983 [93] in materia di autodeterminazione informativa, aveva fondato il proprio sindacato di costituzionalità, incentrato sul valore della dignità dell'uomo, proprio sulla necessità di «impedire un passo importante, forse decisivo, per la trasformazione della Germania federale in uno stato di sorveglianza». Chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità di una legge sul censimento approvata dal Parlamento federale nel 1982, con una nota e importante decisione del 1983 [94], aveva segnato un'evoluzione nella nozione di *privacy* e protezione dei dati personali, giungendo al riconoscimento un diritto all'autodeterminazione informativa (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*) radicato nell'art. 2, comma 1, che sancisce il principio della libertà individuale, letto in combinato disposto con l'art. 1, comma 1, della *Grundgesetz* sulla dignità dell'uomo. Il ricorso al sindacato di costituzionalità veniva inteso come l'ultima possibilità per «porre un limite alla "fame di dati" dello Stato e impedire un passo importante, forse decisivo, per la trasformazione della Germania federale in uno "Stato di sorveglianza", trasformazione che avrebbe comportato la vanificazione di quelle garanzie che si riassumono nella formula "Stato di diritto"» [95]. Richiamando sul punto alcune proprie precedenti significative sentenze [96], la Corte riconosceva allora il diritto all'autodeterminazione sulle informazioni, inteso come la «facoltà del singolo di decidere essenzialmente da sé circa la cessione e l'uso dei propri dati personali», segnando con ciò un'importante evoluzione giurisprudenziale rispetto alla precedente cosiddetta «teoria delle sfere (*Sphärentheorie*)», fondata sull'assunto che l'intensità della tutela della persona dovesse essere inversamente proporzionale alla «socialità» del comportamento. La Corte afferma altresì che «non c'è nelle condizioni della moderna elaborazione dei dati alcun dato senza importanza, ha rilievo al fine di determinare il significato di un dato per il diritto della personalità, la conoscenza del suo contesto di utilizzo (…) solo quando vi sia chiarezza sugli scopi per i quali dati sono stati richiesti, e sulle possibilità di connessione e

[92] Sul punto, non può non richiamarsi il parere reso dalla Corte di giustizia il 18 dicembre 2014 (2/13), essendosi peraltro già espressa in senso negativo con un precedente parere, ritenendo che l'art. 235 del Trattato dell'Unione non consentisse di istituire questo tipo di accordi a livello internazionale. La Corte aveva precisato che: «secondo costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito. In tale contesto la Corte ha precisato che la Convenzione riveste un significato particolare (Cfr. sentenza 18 giugno 1991, *ERT*, causa C-260/89, *Racc*. p. I-2925, punto 41). Se il rispetto dei diritti dell'uomo costituisce, quindi, un requisito di legittimità degli atti comunitari, si deve tuttavia rilevare che l'adesione alla Convenzione determinerebbe una modificazione sostanziale dell'attuale regime comunitario di tutela dei diritti dell'uomo, in quanto comporterebbe l'inserimento della Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto, nonché l'integrazione del complesso delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento giuridico comunitario. Una siffatta modifica del regime della tutela dei diritti dell'uomo nella Comunità, le cui implicazioni istituzionali risulterebbero parimenti fondamentali sia per la Comunità sia per gli Stati membri, rivestirebbe rilevanza costituzionale ed esulerebbe quindi, per sua propria natura, dai limiti dell'art. 235. Essa può essere quindi realizzata unicamente mediante modifica del Trattato».

[93] Cfr. *supra*.

[94] *Bundesverfassungsgericht*, sentenza 15 dicembre 1983, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 1984, 65, 1-71.

[95] SARTOR, *Tutela della personalità e normativa per la «protezione dei dati». La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul censimento del 1983 nel dibattito dottrinale sui profili costituzionalistici del «Datenschultz»*, in *Inf. e dir.*, 1986, 98-99.

[96] Per una disamina di tali precedenti, si veda ROPPO, *I diritti della personalità*, in *Banche dati, telematica e diritti della persona*, a cura di ALPA e BESSONE, 73 ss.



di utilizzo che sussistano, è possibile rispondere alla domanda circa l'ammissibilità di una limitazione del diritto all'autodeterminazione informativa» [97].

Allo stesso modo il tema appare centrale da sempre nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle violazioni dell'art. 8, ad esempio in relazione alle attività di intercettazione di comunicazione e di sorveglianza per finalità di sicurezza. Sul punto, si è registrata un'inversione di tendenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, successiva alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, segnatamente al caso *Digital Right Ireland*, ma ancor di più al successivo caso *Schrems* [98], in cui la Corte ripropone le medesime argomentazioni fornite nel primo caso nel bilanciamento tra esigenze di sicurezza e protezione dei dati personali nella dimensione esterna della loro circolazione (flusso transfrontaliero con gli USA).

In particolare con la sentenza *Zakharov c. Russia*, con cui, nel dicembre 2015, la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 CEDU da parte della Russia, che aveva predisposto un sistema di intercettazione di comunicazioni mobili che non stabiliva adeguate garanzie contro il rischio di abusi ed interferenze arbitrarie nella vita privata dei cittadini, a prescindere dall'allegazione di una lesione in concreto del diritto del ricorrente, in difformità dalla propria precedente giurisprudenza [99] che valorizzava piuttosto la prospettiva di una *individual justice*, e in senso conforme, invece, proprio all'impostazione accolta dalla Corte di Lussemburgo.

Impostazione poi mantenuta nelle più recenti sentenze della Corte di Strasburgo del 2021 in tema di sorveglianza di massa. Ci si riferisce qui alla sentenza del 25 maggio 2021 nel caso *UK. / Big Brother Watch and Others* (ric. 58170/13). la questione riguardava alcune carenze nel regime di sorveglianza segreta, tra cui l'intercettazione di massa e l'ottenimento di dati sulle comunicazioni da fornitori di servizi di comunicazione nel Regno Unito prima del 2018, sotto il profilo della violazione degli articoli 8 e 10 CEDU. Pur ritenendo che la Convenzione non proibisca l'uso dell'intercettazione in massa di per sé per proteggere gli interessi di sicurezza nazionale e altri interessi nazionali essenziali contro gravi minacce esterne, la Corte ha sottolineato la necessità di "salvaguardie *end-to-end*" e ha definito l'approccio da seguire in tali casi. La Corte ha rilevato che, nonostante le sue salvaguardie, comprese alcune solide, il precedente quadro giuridico nel Regno Unito, la *Regulation of Investigatory Powers Act (RIPA)* 2000, in vigore fino al 2018, non conteneva sufficienti "end-to-end salvaguardie" per fornire adeguate ed efficaci garanzie contro l'arbitrarietà e il rischio di abusi. Succesivamente, l'*Investigatory Powers Act* (IPA) ha sostituito il precedente quadro giuridico RIPA, introducendo un "doppio blocco" che richiede che i mandati per l'uso dei poteri investigativi siano autorizzati da un Segretario di Stato e approvati da un giudice dell'Ufficio del commissario per i poteri investigativi e garantendo un solido controllo indipendente sull'utilizzo di tali poteri.

Ancora, la Corte EDU nel caso *SWE / Centrum for Rättvisa* (ric. 35252/08), con sentenza del 25 maggio 2021, in relazione al presunto rischio che le comunicazioni della fondazione ricorrente venissero intercettate

---

[97] *Bundesverfassungsgericht*, sentenza 15 dicembre 1983, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 1984, 65, 45. A p. 43 si legge anche che «un ordinamento sociale ed un ordinamento giuridico (…), nel quale i cittadini non potessero sapere da chi, come, quando, in quale occasione sono conosciute informazioni che ti riguardano, sarebbero incompatibili con il diritto all'autodeterminazione informativa. Chi è incerto se comportamenti devianti siano registrati, memorizzati durevolmente, utilizzati e trasmessi come informazione, sarà portato ad evitare quei comportamenti. Chi ritiene che la sua partecipazione ad una riunione o ad una iniziativa civica possa essere registrata dalle autorità e che da ciò possano derivare per lui dei rischi, rinuncerà forse ad esercitare i corrispondenti diritti fondamentali (…). Ciò pregiudicherebbe non solo le possibilità di realizzazione dell'individuo, ma anche l'interesse generale, in quanto l'autodeterminazione è una condizione elementare di una società libera e democratica (...)».

[98] Tanto da essere definita il c.d. «*follow up*» di Schrems. Cfr. POLLICINO e BASSINI, *op. cit*., p. 101.

[99] In particolare, si veda sentenza Corte EDU 10 marzo 2009 *Kennedy c. Regno Unito*, n. 26839/05, su cui si veda *supra*, par. 2.



ed esaminate tramite segnali di intelligence, in quanto comunicava quotidianamente con individui, organizzazioni e società in Svezia e all'estero via e-mail, telefono e fax, spesso su questioni delicate, ha rilevato, in particolare, che il regime delle intercettazioni in blocco presentava tre carenze. In primo luogo, l'assenza di una norma chiara sulla distruzione del materiale intercettato che non conteneva dati personali; l'assenza di un requisito nel *Signals Intelligence Act* o in altra legislazione pertinente che, quando si decide di trasmettere materiale di intelligence a partner stranieri, si tenga conto degli interessi privati delle persone; e l'assenza di un effettivo riesame *ex post*. Di conseguenza, il sistema non soddisfaceva il requisito delle tutele "end-to-end", oltrepassava il margine di discrezionalità lasciato allo Stato convenuto al riguardo e, nel complesso, non metteva in guardia dal rischio di arbitrarietà e abusi [100].

5. – Se da un lato, come si è detto, l'approccio della Corte di Strasburgo alla protezione dei dati personali è inteso in ottica strumentale rispetto al diritto al rispetto della vita privata, dall'altro, occorre anche dire che essa appare nel proprio decidere sempre fortemente sbilanciata verso la tutela della libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU, e non solo in tema di protezione dei dati personali. Più in generale, la Corte dei diritti dell'uomo porta talora il ragionamento di prevalenza dell'art. 10 CEDU ad un massimo grado di tutela, anche nel bilanciamento con esigenze di sicurezza e sorveglianza in senso lato, ad esempio in tema di accesso ad Internet dei soggetti ristretti nella libertà personale, per restare in un ambito che riguardi le tutele nella società dell'informazione.

Premesso che l'assunto in base al quale l'accesso a Internet costituisca «un attributo della persona che il diritto sia chiamato ad assicurare con forza» [101] rappresenta in qualche modo il substrato di quello che viene definito il "diritto di accesso ad internet" [102], non può sottacersi che il collegamento oggi imprescindibile

---

[100] Come rilevato dal report già richiamato in punto all'effettività delle pronunce in tema di protezione dei dati personali di cui *supra*, Nel gennaio 2022 è entrata in vigore la legge sul trattamento dei dati personali presso l'istituto radiofonico della difesa nazionale. Contiene disposizioni dettagliate che impongono all'Istituto radiofonico della difesa nazionale, prima di decidere di trasmettere materiale di intelligence a partner stranieri, di analizzare e valutare se un destinatario straniero di dati fornisca una protezione sufficiente per tali dati, affrontando così in parte le carenze individuate dalla Corte riguardante la legislazione sulla trasmissione di informazioni di materiale a partner stranieri. Resta da fornire una risposta concreta in merito alle altre carenze riscontrate dalla Corte europea in questo caso.

[101] PASSAGLIA, *La problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni*, in *MediaLaws*, 2021, 3, 2.

[102] Sul punto la letteratura è ormai vasta. *Ex multis*, RODOTÀ, *Una costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, 3, 337 ss. POLLICINO, *The Right To Internet Access*, Cambridge, 2020, 263 ss.; REGLITZ, *The Human Right to Free Internet Access*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2020, 314 ss.; A. ARCHER-WILDMAN, *Internet Access as an Essential Social Good*, in AARTS-FLEUREN-SITSKOORN-WILTHAGEN (eds.), *The New Common*, Cham, 2021, 29 ss. DE MINICO, *Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, in *Media Laws*, 2021, 1, 9 ss., TANZARELLA, *L'acceso a Internet è fondamentale, ma è davvero un diritto (fondamentale)?*, *ivi*, 39 ss., ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, *ivi*, 57 ss.; D'IPPOLITO, *Il diritto di accesso ad Internet in Italia: dal 21(-bis) al 34-bis*, *ivi*, 81 ss., GAMBINO-GIARDA, *L'accesso ad Internet come diritto*, *ivi*, 103 ss., BATTELLI, *Il contratto di accesso ad Internet, ivi*, 129 ss., S. DA EMPOLI, *Un approccio economico al diritto di accesso a Internet: verso una revisione del servizio universale, ivi*, 158 ss.; BUSACCA, *Il "Diritto di accesso" alla rete Internet*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, 345 ss.; PIROZZI, *Il libero accesso alla rete: un diritto in espansione*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2018, 213; PASSAGLIA-POLETTI (a cura di), *Nodi Virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole. A trent'anni dalla nascita di Internet e a venticinque anni dalla nascita del web*, Pisa, 2017; T.E. FROSINI, *Libertè Egalitè Internet*, Napoli, 2015; NISTICÒ-PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino; COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a Internet. Una prospettiva costituzionalistica*, in *Consulta online*, 2012; BADOCCO, *Riflessioni sul diritto di accesso ad internet nell'ambito del diritto dell'Unione europea,* in *Informatica e diritto*, 2009, 153 ss.; CAROTTI, *L'accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali* (Nota a Conseil Constitutionnel, Décision 10 giugno 2009, n. 580), in *Giorn. dir. amm.*,



dell'accesso a Internet con la libertà di espressione trova riconoscimenti pressoché unanimi sia nella giurisprudenza continentale [103] che in quella d'oltreoceano [104].

Va detto, invero, che la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata [105] per lo più, su questioni attinenti a casi di esclusione dall'accesso a taluni siti, che non l'accesso a Internet [106] in generale.

Una tipologia di pronunce della Corte di Strasburgo che si rivelano molto interessanti, sotto questo profilo, sono quelle concernenti le limitazioni all'accesso ad internet imposte ai detenuti [107], oggetto di censura sotto il profilo dell'assenza di giustificazione di tali limitazioni in relazione al caso concreto, in un'ottica di *individual justice* connaturata ai giudizi dinanzi alla stessa. Ad esempio, la recente sentenza della Corte EDU (Decima Sezione) del 9 febbraio 2021, *Ramanaz Demir c. Turchia*, avente ad oggetto l'articolo 10 della CEDU, sotto il profilo del diritto, in capo ai detenuti, di ricevere informazioni di interesse generale, nonché di accedere a siti web per scopi di formazione e riabilitazione previsti dal diritto turco, in un caso di rifiuto della richiesta di navigazione su siti istituzionali sotto il controllo delle autorità, intesa dalla Corte quale restrizione ingiustificata per motivi di sicurezza, e per di più connotata da motivazione insufficiente da parte dei giudici nazionali sulla necessità del rifiuto [108].

2010, 6, 643 ss.; PASSAGLIA, *L'accesso a internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. "legge anti file-sharing")*, in *Foro it.*, 10, 2009, 2949.

[103] Si veda, in Francia, alla nota pronuncia del *Conseil constitutionnel*, n. 2009-580 DC, 10 giugno 2009, in cui si afferma che «allo stato attuale dei mezzi di comunicazione, (...) il diritto sancito dall'art. 11 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 alla libera comunicazione delle idee e delle opinioni «implica la libertà di accesso a questi servizi» Cfr. CAROTTI, *L'accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 643 ss.*;* PASSAGLIA, *L'accesso ad Internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. «legge anti file-sharing»)*, in *Foro it.*, IV, 2009, 473 ss.; J.-M. BRUGUIÈRE, *Loi «sur la protection de la création sur internet»: mais à quoi joue le Conseil constitutionnel*?, in *Recueil Dalloz*, 2009, 1770 s.; BENESSIANO, *L'inconstitutionnalité, sanction de l'identification d'un pouvoir de répression pénale dévalué*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, 168 ss. In Germania, invece, *Bundesgerichtshof*, decisione 24 gennaio 2013, III ZR 98/12. Cfr. sul punto, PASSAGLIA, *La problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni,* in *Media Laws*, 13.

[104] Cfr. ad esempio, *Packingham v. North Carolina, 582 U.S. (2017), No. 15-1194,* commentata da BURNETTE-MCGRATH, *Packingham v. North Carolina*, in *Ohio Northern University Law Review*, 44(1), article 6.

[105] Cfr. anche Corte EDU, *Cengiz e altri c. Turchia*, ricc. 48226/10 e 14027/11 (2015), § 49; 47121/06, 13988/07 e 34750/07 (2019).

[106] Sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di accesso a Internet si veda GOSZTONYI, *The European Court of Human Rights: Internet Access as a Means of Receiving and Imparting Information and Ideas*, in *International Comparative Jurisprudence*, 6(2), 2020, 134 ss.

[107] Corte EDU, *Kalda c. Estonia*, ric. 17429/10; *Ramazan Demir c. Turchia*, ric. 68550/17 (2021) in tema di accesso a fini di informazione giuridica. Corte EDU, *Jankovskis c. Lituania*, ric. 21575/08; *Mehmet Reşit Arslan e altro c. Turchia*, ric. 47121/06, 13988/07 e 34750/07. Cfr. *infra,* par. 3; Corte EDU*, Cengiz and Others v. Turkey,* ricc. 48226/10 e 14027/11; Corte EDU, *Vladimir Kharitonov v. Russia*, ric. 10795/14; *Flavus and Others v. Russia*, ricc. 12468/15, 23489/15 e 19074 16; *Bulgakov v. Russia,* ric.20159/15*; Engels v. Russia*, ric. 61919/16; nonché *Kablis v. Russia*, ric. 48310/16 e 59663/17.

[108] Questo, brevemente, il caso. Ramazan Demir, cittadino turco, ricorre avverso il rifiuto opposto dall'autorità penitenziaria alla richiesta di accedere a siti web istituzionali durante la detenzione carceraria, sotto il controllo delle autorità medesime, decisione confermata dai giudici nazionali. Il ricorrente, all'epoca dei fatti detenuto in via cautelare per sospetta appartenenza ad organizzazione terroristica e per propaganda in favore di organizzazione terroristica, aveva richiesto all'amministrazione penitenziaria di accedere ai siti web del Tribunale, della Corte costituzionale e della Gazzetta Ufficiale per ottenere informazioni utili per seguire, come avvocato, le cause dei suoi clienti e, al contempo, preparare la propria strategia difensiva; richiesta rigettata dalla direzione penitenziaria in quanto ritenuta inadeguata rispetto a quanto previsto dal regolamento sulla gestione delle carceri. L'opposizione al rifiuto veniva fondata sulle finalità dell'accesso, sulla mancanza di oneri eccessivi derivanti all'amministrazione penitenziaria nonché di rischi per la sicurezza e l'ordine del carcere, ma il giudice dell'esecuzione aveva dichiarato la legittimità del rigetto, sottolineando come la normativa penitenziaria consentisse l'accesso a internet solo nel contesto di programmi di formazioni e di riabilitazione; decisione poi confermata, con argomentazioni non dissimili, dai giudici dei gradi successivi.



Il ragionamento della Corte di Strasburgo è imperniato sull'importanza di internet, non solo quale strumento primario per ricevere informazioni, ma quale «servizio pubblico funzionale al godimento di molteplici diritti umani, pertanto esso stesso diritto e fonte di servizi» [109].

Preliminarmente, la Corte osserva come il carcere comporti inevitabilmente restrizioni per i detenuti nei contatti con il mondo esterno, compresa la capacità di ricevere informazioni, e che l'art. 10 della Convenzione non pone, in linea di principio, l'obbligo di fornire loro l'accesso a siti web. Invero, nel caso di specie, la legge turca consente ai detenuti di accedere a internet nell'ambito di programmi di formazione e riabilitazione, sicché la restrizione imposta al ricorrente rappresenta un'interferenza con l'esercizio del diritto di ricevere informazioni, configurandosi quale violazione dell'art. 10 della Convenzione nella parte in cui le autorità nazionali non hanno fornito motivi sufficienti per giustificare l'ingerenza nella libertà di ricevere informazioni, ingerenza dunque «non necessaria in una società democratica».

Infatti, perché l'ingerenza non si ponga in violazione dell'art. 10 CEDU deve essere prevista dalla legge, perseguire uno o più scopi legittimi e potersi considerare necessaria in una società democratica. Secondo la Corte, le autorità nazionali, nel valutare la necessità del rifiuto, non hanno fornito motivazioni sufficienti sul perché l'accesso del ricorrente a siti istituzionali non potesse considerarsi parte della sua formazione e della sua riabilitazione, né sul pericolo che l'accoglimento della richiesta avrebbe determinato. Pericolo, peraltro, da valutarsi in concreto, bilanciando le considerazioni in tema di sicurezza alla luce di una analisi dettagliata dei rischi, soprattutto nell'ambito di una navigazione controllabile in via diretta dall'amministrazione penitenziaria, come nel caso di specie.

La recente pronuncia, peraltro, richiama due precedenti pertinenti (*Kalda c. Estonia* del 19 gennaio 2016 e *Jankovskis c. Lituania* del 17 gennaio 2017), in cui la Corte aveva ricondotto il diritto di accesso al web dei detenuti alla tutela convenzionale, in quanto espressamente previsto dalla legge nazionale. Proprio nel primo dei due casi citati la Corte europea aveva affrontato per la prima volta nella propria storia la questione del diritto dei detenuti di accedere ad internet, per raccogliere informazioni che potrebbero essere loro utili nell'esercizio del diritto di difesa [110], ritenendo la limitazione del diritto non necessaria in una società democratica e quindi in violazione dell'art. 10 CEDU.

---

[109] (§§ 30-33).

[110] Sentenza Corte EDU del 19 gennaio 2016, *Kalda c. Estonia*. Il ricorrente, cittadino estone condannato all'ergastolo, aveva presentato domanda alle autorità penitenziarie per poter consultare alcuni siti internet ufficiali, giustificando la richiesta con la necessità di acquisire informazioni utili a difendersi adeguatamente nel corso di numerosi procedimenti in cui è parte contro l'amministrazione penitenziaria. I tribunali amministrativi di primo e secondo grado concedevano l'accesso ad uno dei siti *web*, ma la Corte suprema, con un *revirement* della propria recente giurisprudenza, negava l'accesso ai tre siti, ritenendo che nessuno di questi potesse essere considerato un *database* ufficiale di legislazione o di giurisprudenza (categorie per le quali l'ordinamento penitenziario prevede un'esplicita eccezione all'altrimenti generale divieto di utilizzo di internet per i detenuti). Nell'ottica del giudice nazionale, la restrizione appariva giustificata al fine di evitare l'uso della rete per comunicazioni o per altri scopi non consentiti**,** e proporzionata alla luce delle esigenze di sicurezza, alla luce della possibilità di procurarsi le informazioni con altri mezzi. Adita la Corte europea per i diritti dell'uomo sulla base dell'asserita violazione del diritto a ricevere informazioni senza ingerenze da parte delle autorità pubbliche, questa, in primo luogo, precisa che l'art. 10 non può essere interpretato nel senso che gravi sugli stati un generale obbligo di garantire ai detenuti l'accesso ad Internet, o ad alcuni siti; tuttavia, nel caso di specie, il divieto di navigare su alcune pagine si traduce in una limitazione del diritto a ricevere informazioni. Il ragionamento della Corte si incentra sul requisito della necessità della limitazione, considerando determinante, in tal senso, la circostanza che i siti *web* in oggetto ospitino sintesi e spiegazioni della giurisprudenza della Corte Edu stessa, ed altro materiale concernente i diritti fondamentali, materiale a cui si riferiscono spesso le corti nazionali nelle loro decisioni; ritenendo perciò la loro consultazione determinante perché il ricorrente eserciti appieno il suo diritto di difesa. La violazione dell'art. 10 CEDU viene ravvisata dalla Corte, sulla base della considerazione che né la Corte suprema, né il Governo estoni hanno illustrato compiutamente quali potrebbero essere i rischi derivanti dal garantire l'accesso ai siti (posto che per altre pagine autorizzate la navigazione è in ogni caso controllata e limitata), né i costi che ciò avrebbe comportato.



Anche in altre occasioni il richiamo all'art. 10 CEDU risulta dirimente. Come nella questione decisa dalla Corte con sentenza del 17 gennaio 2017 nel caso *Jankovskis c. Lituania*, correlata ad esigenze di formazione e istruzione, in cui la stessa Corte precisa come, pur non potendo l'accesso a Internet essere considerato un diritto garantito dalla CEDU *ex se*, purtuttavia, nell'ambito dell'art. 10 della Convenzione, l'uso del web possa venire in rilievo come mezzo attraverso cui accedere ad informazioni non altrimenti procacciabili, risultando in tale senso meritevole di protezione giuridica, *a fortiori* se il fine perseguito sia correlato ad esigenze formative e culturali. Nel caso di specie, infatti, un detenuto chiedeva di potersi iscrivere ad un corso di laurea (oltretutto in giurisprudenza con specializzazione in diritti umani) – per l'accesso al quale l'uso del web si rivelava necessario – stimolando così il proprio percorso di riabilitazione e reintegrazione nella società [111].

La Corte, dopo aver ribadito l'importanza sempre crescente assunta da Internet nella vita dei consociati, precisa come seppure tale ruolo lo renda «*understood as a right*» [112], quindi percepito come un diritto, non si può però affermare che ai sensi dell'art. 10 CEDU esso debba essere considerato come tale. Piuttosto, a venire in considerazione è il diritto di ricevere informazioni, che può essere limitato dagli Stati solo con apposita riserva di legge, per fini legittimi e necessari in una società democratica.

Internet, dunque, viene considerato non come diritto in sé protetto dall'art. 10 CEDU, bensì come oggetto mediato di tutela, ossia quale mezzo attraverso cui ottenere informazioni non altrimenti procacciabili o comunque non rintracciabili con la stessa rapidità e completezza.

Più in generale, dunque, va sottolineata la tendenza decisamente garantista della Corte di Strasburgo nell'ottica di tutela della libertà d'espressione, anche a scapito di altri diritti, come proprio, in alcuni casi, quelli inerenti alla protezione della sfera privata e dei dati personali, con ciò in qualche modo disallineandosi, talora, nel dialogo con la Corte di Giustizia [113], nel cui bilanciamento risulta talora, come nel noto caso *Google Spain* [114], soccombente l'«interesse» all'accesso all'informazione, a favore dei diritti inerenti la protezione della sfera privata e dei dati personali degli utenti, configurandosi come eccezione alla regola la possibile prevalenza, in determinati casi ed a certe condizioni.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di libertà di espressione, si registra una tendenza decisamente meno garantista per la tutela dei dati personali, ad esempio nella sentenza del 10 febbraio 2009 [115], in cui la Corte ha affermato la prevalenza della libertà di stampa sulla *privacy* al fine di tutelare il diritto dei cittadini di ricevere informazioni su ciò che accade «nei palazzi del potere», analogamente a quanto statuito anche nella precedente sentenza del 7 giugno 2007 [116]. Un'impostazione confermata anche successivamente dalla Corte EDU, con la decisione *Wgrzynowski e Smolczewski c. Polonia* [117] del 2013 in

---

[111] Cfr. F. FERRARI, *"Understood as a right": il diritto ad Internet tra mezzi, fini e rieducazione della pena.*, in *MediaLaws,* 2017, 1, 148-151.

[112] § 62 della sentenza.

[113] Più in generale, sottolinea una vera e propria «progressiva emancipazione dall'originario ancoraggio eteronomo al parametro CEDU, per soffermarsi piuttosto su un parametro "interno" al proprio sistema. Il tentativo di emancipazione così descritto, che trae alimento dal richiamo alle norme della Carta di Nizza-Strasburgo, sebbene all'epoca non vincolanti, si traduce in un'interpretazione che si potrebbe forse definire "costituzionalmente orientata" (al parametro della Carta, appunto) delle pertinenti disposizioni di diritto derivato»; POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2014, 3, 601-645.

[114] Con riferimento alla pronuncia Google Spain, cfr. *supra*, nota 69.

[115] Corte EDU, *Eerikainen e altri c. Finlandia.*

[116] Corte EDU, sentenza del 7 giugno 2007, ric. 1914/02, *Dupuis*.

[117] Corte EDU, sentenza del 16 luglio 2013, *Wgrzynowski e Smolczewski c. Polonia* (ric. n. 33846/07).



cui, ribadendo un'impostazione presente fin dalle sue prime grandi decisioni in materia di libertà di espressione [118], lascia intendere come la prevalenza di quest'ultima sia la regola e le restrizioni a tale libertà siano eccezioni, che debbono essere interpretate in modo restrittivo [119], sottolineando come la libertà di espressione costituisca un elemento fondamentale per una società democratica [120] e mostrando quindi un certo *favor* di fondo nei confronti della libertà di stampa, il cui peso risulta prevalere anche sul diritto alla riservatezza [121].

In effetti il giudizio di bilanciamento avente ad oggetto la protezione dei dati personali, ed in particolare il diritto all'oblio, è destinato a sbilanciarsi a favore di altri diritti, laddove questo venga messo a raffronto con le esigenze di trasparenza riconnessa alla pubblicità di taluni atti, contenuti in pubblici registri, per cui appare ravvisabile, sullo sfondo della questione, un'interferenza di fondo tra l'art. 16 TFUE in materia di protezione dei dati personali e l'art. 15 TFUE in materia di accesso.

La Corte è poi tornata a pronunciarsi, più in generale in tema di accesso ai dati, libertà di espressione e protezione dei dati personali, con la sentenza dell'8 novembre 2016 nel caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria* [122], in cui, nel valutare in negativo la necessità dell'ingerenza, pur attribuendo centralità alla questione relativa alla tutela dei dati personali degli interessati– nella fattispecie avvocati esercitanti la difesa d'ufficio – ha escluso che tale accertamento debba operarsi alla stregua di un esercizio di bilanciamento tra diritti apparentemente confliggenti, ritenendo invece decisiva l'applicazione del *test* di proporzionalità,

---

[118] Cfr. anche Corte EDU, *Von Hannover c. Germania*, 2004. riguardante la pubblicazione di alcune fotografie della principessa di Monaco in situazioni della vita quotidiana e familiare. Afferma la Corte di Strasburgo al par. 60 che: «*In the cases in which the Court has had to balance the protection of private life against freedom of expression, it has always stressed the contribution made by photos or articles in the press to a debate of general interest*».

[119] Cfr. VIGEVANI, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano*, in *Danno e resp.*, 2014, 7, 742 ss., nonché POLLICINO, *Un right to privacy,* cit., 569 ss., e ID., *Interpretazione o manipolazione? La Corte di Giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *federalismi.it*, 2014, 3.

[120] Sottolinea la Corte di Strasburgo, al par. 65 della sentenza citata, «*it is not the role of judicial authorities to engage in rewriting history by ordering the removal from the public domain of all traces of publications which have in the past been found, by final judicial decisions, to amount to unjustified attacks on individual reputations*». Cfr. sul punto VIGLIANESI FERRARO, *op. cit*., 180.

[121] La Corte trova un punto di incontro tra le due contrapposte esigenze nell'obbligo da parte dell'editore di pubblicazione di aggiunte o precisazioni che consentano di contestualizzare dell'informazione, soluzione conforme peraltro al principio a più riprese affermato anche dalla giurisprudenza americana in tema, a partire dal caso *Georg Firt of New York, Court of Appeals of the State of New York*, July 2th 2002, 98 N.Y. 2d 365 (2002). Cfr. sul punto DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno e Resp*., 2014, 12, 1101 ss.

[122] Corte EDU (Grande Camera), sentenza dell'8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, ricorso n. 18030/11. Il caso trae origine dal ricorso presentato dall'organizzazione non governativa Magyar Helsinki Bizottság (Hungarian Helsinki Committee), che lamentava come il rifiuto da parte di alcune autorità ungheresi di fornire informazioni relative al lavoro dei difensori d'ufficio costituisse una violazione dell'art. 10 CEDU, richiesta, formalmente avanzata sulla base della normativa nazionale in materia di protezione dei dati e accesso ai documenti amministrativi, nel contesto di un progetto di ricerca promosso dall'organizzazione e volto a garantire maggiore trasparenza al processo di selezione dei difensori d'ufficio. La richiesta era stata rigettata, sul presupposto che i nominativi dei difensori non costituissero dati di interesse pubblico, bensì dati personali, come tali non accessibili senza il consenso degli interessati, sottolineando altresì l'onere eccessivo che la raccolta di tali dati avrebbe comportato per le autorità coinvolte. I tribunali nazionali avevano accolto le argomentazioni delle autorità ungheresi, escludendo che i difensori d'ufficio rientrassero tra i soggetti incaricati di pubbliche funzioni ai sensi della normativa nazionale applicabile. Investita della questione, la Grande Camera della Corte europea ha ravvisato come, nel caso di specie, il diniego di informazioni da parte delle autorità ungheresi rappresentasse un'ingerenza ingiustificata nel diritto alla libertà di espressione dell'organizzazione ricorrente, in violazione dell'art. 10. In particolare, la Corte ha ritenuto che, indipendentemente dal margine di apprezzamento nel valutare l'esistenza di un bisogno sociale imperativo tale da giustificare l'ingerenza, il diniego di fornire informazioni da parte delle autorità ungheresi avesse costituito, nel caso di specie, una misura irragionevolmente sproporzionata rispetto al fine legittimo perseguito, ossia la tutela dei diritti altrui, soprattutto in virtù delle finalità di pubblico interesse che avevano motivato la richiesta d'accesso.



evidenziando come l'interesse alla tutela dei dati personali degli stessi non rivestisse un ruolo e grado tali da «*engaging the application of [Article 8 of the European Convention] and bringing it into play in a balancing exercise against the right as protected by Article 10, paragraph 1 of Article 10*», atteso che, nel ragionamento della Corte, i dati personali richiesti attengono all'esercizio di un'attività professionale, sono facilmente accessibili e il loro utilizzo altamente prevedibile e, per l'effetto, escludendo in radice che la loro comunicazione a terzi possa determinare un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata degli interessati [123].

Pare che la Corte abbia con ciò di fatto ribaltato il proprio precedente orientamento [124], già richiamato, secondo cui anche dati ottenuti da luoghi pubblici o pertinenti ad attività professionali ricadrebbero nell'ambito di tutela dell'art. 8 CEDU, e per cui anche dati pubblici possono rientrare nella sfera privata del soggetto se sistematicamente acquisiti, memorizzati e utilizzati dalle pubbliche autorità; e discostandosi peraltro con tale approccio maggiormente restrittivo dall'ampio perimetro della nozione di dati personali nel tempo elaborato dalla Corte di Giustizia e poi confluito nel GDPR.

Sempre in un'ottica di bilanciamento, la Corte EDU ha avuto modo di pronunciarsi nella materia, oggi regolata a livello comunitario dalla nuova disciplina, più precisamente in tema di diritto all'oblio, mostrando, da un lato, ancora una volta un'attenzione prevalente per la tutela dei profili inerenti l'art. 10 della CEDU, dall'altro l'intenzione di instaurare e mantenere un dialogo aperto e costante con la Corte di Giustizia, i cui orientamenti anche la Corte EDU richiama sempre più di sovente, alimentando con ciò il circuito di protezione rafforzata dei diritti. In particolare, con sentenza del 28 giugno 2018 [125], essa ha affermato che non è in contrasto con il diritto alla tutela della vita privata, riconosciuto dall'art. 8 CEDU, il diniego da parte delle autorità nazionali di imporre a tre testate giornalistiche di rendere anonimi alcuni reportage pubblicati e archiviati online, qualora il loro contenuto sia di interesse pubblico e a condizione che i media abbiano agito in conformità alla loro etica e deontologia professionale; in questi casi, proprio operando un bilanciamento degli interessi, il diritto alla libertà di espressione, contenuto nell'art. 10 CEDU, e quello alla formazione e conservazione della memoria collettiva, devono prevalere sul «desiderio di essere dimenticati» dei ricorrenti [126]. La Corte, in sostanza, assevera e conferma l'interpretazione della Corte federale tedesca, secondo cui la messa a disposizione delle informazioni costituisce in effetti un'ingerenza in relazione alla vita privata degli interessati, ma va messa in rapporto alla libertà di espressione, (...) al fine

[123] Sul punto si segnala l'opinione concorrente dei giudici Nussberger e Keller, in cui si sottolinea come la Corte, così facendo, ha dunque (più o meno) implicitamente individuato una serie di «criteri-soglia» per l'applicazione dell'art. 8 della Convenzione europea in casi concernenti la tutela dei dati personali; nonché l'opinione dissenziente dei giudici Spano e Kjølbro, che al par. 41 esprimono la preoccupazione circa la difficile conciliabilità tra l'approccio adottato dalla Corte in questa sentenza e gli sviluppi normativi e giurisprudenziali intercorsi nel contesto dell'Unione europea con riferimento alla tutela dei dati personali.

[124] Corte EDU (GC), *Amann c. Svizzera*, ricorso n. 27798/95, sentenza del 16 febbraio 2000, par. 65 ss.; [GC] *Rotaru c. Romania*, ricorso n. 28341/95, sentenza del 4 maggio 2000, par. 43 ss.; *Shimovolos c. Russia*, ricorso n. 30194/09, sentenza del 21 giugno 2011, par. 64 ss.

[125] Corte EDU, 28 giugno 2018, caso *M.L. e W.W. c. Germania*, ric. 60798/10 e 65599/10.

[126] Il caso ha preso le mosse dal ricorso di due cittadini tedeschi per presunta violazione dell'art. 8 CEDU, avverso la decisione della Corte federale di giustizia tedesca di rigetto della loro richiesta di imporre l'anonimizzazione dei reportage rinvenibili negli archivi *online* di alcune testate giornalistiche (*Spiegel online*, *Deutschlandradio*e *Mannheimer Morgen*), riguardanti un processo penale che si era svolto nei loro confronti venticinque anni prima. Il tribunale regionale, in primo grado, aveva accolto l'istanza dei richiedenti in quanto, decorso così tanto tempo dai fatti che avevano dato origine alle condanne, aveva ritenuto prevalente l'interesse dei condannati a non dover più confrontarsi con il loro passato, su quello pur meritevole del pubblico a esserne informato. Successivamente, la Corte di appello di Amburgo, aveva ravvisato nella messa a disposizione negli archivi *online* dei *dossier* che riguardavano l'omicidio per il quale avevano già scontato la loro condanna, una violazione del loro diritto al rispetto della vita privata, in un'ottica peraltro funzionale al reinserimento dei due ricorrenti nella società.



di operare il doveroso bilanciamento degli interessi alla luce delle circostanze del caso concreto; atteso che la stessa Corte federale richiama proprio una sentenza della CEDU [127], per giungere ad affermare che non esista un «diritto assoluto a non dover mai fare più i conti con i propri errori» e che il diritto dei richiedenti alla protezione della loro personalità dovesse cedere, da un lato, di fronte al diritto alla libertà di espressione [128], e dall'altro, rispetto al diritto del pubblico a conoscere i fatti attraverso il libero accesso agli archivi *online*. Veicolato proprio attraverso il richiamo all'art. 10, nel bilanciamento operato dalla Corte, assume un ruolo centrale l'interesse pubblico alla memoria o alla memoria storica, per cui esistono fatti talmente gravi per i quali l'interesse pubblico alla loro riproposizione non viene mai oggettivamente meno, proprio perché i fatti *de quibus* non diventeranno mai «coperti da privatezza», in quanto oggetto di *memorandum* o *exemplum* (per lo più in negativo: si pensi ai crimini contro l'umanità, per i quali riconoscere ai loro responsabili un diritto all'oblio sarebbe addirittura diseducativo, ovvero altri gravi fatti che vengono riproposti proprio perché non vengano dimenticati, ovvero vicende che abbiano modificato il corso degli eventi in senso storico) in cui il rapporto tra memoria e oblio può dirsi invertito, in ragione di un superiore e preminente interesse pubblico di natura collettiva.

Per giungere a tale conclusione, appare centrale nel ragionamento della Corte di Strasburgo proprio il richiamo alla sentenza della Corte di giustizia *Google Spain, funzionale a* precisare, in sostanza, che è necessario distinguere la posizione dei motori di ricerca da quella degli editori della notizia originale quanto alle conseguenze delle loro attività sulla vita privata dei singoli, fino a concludere che solo per le testate giornalistiche sarebbe possibile far prevalere la tutela del diritto sancito nell'art. 10 CEDU sulle garanzie rinvenibili nell'art. 8 CEDU. Istituito un solido collegamento con la giurisprudenza di matrice comunitaria, la Corte EDU si preoccupa poi di fondare un solido aggancio con il Regolamento in tema di protezione dei dati personali, nel quale, da un lato, all'art. 17, il diritto all'oblio trova proprio il limite del rispetto della libertà di espressione e di informazione e della tutela degli archivi di pubblico interesse (par. 3), dall'altro, l'art. 85, inserito nel Capo IX (Disposizioni relative a specifiche situazioni di trattamento), è espressamente dedicato alla questione del rapporto tra il trattamento dei dati personali e la libertà di espressione e di informazione.

Anche più di recente, con una sentenza del 25 novembre 2021, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata in tema di diritto all'oblio, affermando che La condanna al risarcimento dei danni per violazione del diritto all'oblio da parte di una testata online che non aveva provveduto alla deindicizzazione di un articolo non viola l'articolo 10 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo. In primo luogo, la Corte ha sottolineato che rimuovere o deindicizzare l'articolo non erano attività dispendiose per la testata e che potevano essere effettuate senza pregiudizio di sorta, evidenziando poi come la natura penale della vicenda coinvolgesse dati sostanzialmente sensibili e che, quindi, meritavano tutela rafforzata. Infine, viene preso in considerazione la pertinenza della notizia, ricollegata al calare dell'interesse per le notizie di cronaca in ragione del passare del tempo. Pertanto, l'asserita restrizione del diritto previsto dall'articolo 10 della CEDU, in ragione della legislazione nazionale, consistente nella condanna del direttore al solo risar-

[127] Corte EDU, *Österreichischer Rundfunk v. Austria*, ric. 35841/02 (2006), par. 68.

[128] Si tenga presente che la Convenzione per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati personali del 1981, per quanto concerne proprio i dati relativi a condanne penali, afferma che non possano essere trattati automaticamente a meno che il diritto interno non preveda specifiche e ulteriori garanzie all'art. 6, mentre all'art. 5 (lett. *d*) si fa poi espresso riferimento alla necessità che i dati personali siano esatti e, se necessario, aggiornati, a cui si aggiunga la recente novella della Convenzione del 18 maggio 2018, per cui il nuovo art. 9 menziona proprio la libertà di espressione quale possibile eccezione alle garanzie individuate negli articoli precedenti.



cimento in sede civile (senza subire un procedimento penale) è sembrata alla Corte di Strasburgo ragionevole perché bilanciata rispetto agli interessi in gioco e, comunque, proporzionata per quantità e qualità della sanzione.

La prospettiva, ancora una volta e in definitiva, appare 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 [129].

6. – Può, a questo punto, trarsi a qualche considerazione più generale.

In definitiva, dal dialogo *multilevel* in tema di *privacy* emerge un dato comune e ricorrente, consistente nell'affermazione del carattere non assoluto del diritto alla *privacy* e protezione dei dati personali, e del conseguente necessario e costante bilanciamento in concreto delle suddette ragioni con le posizioni che di volta in volta risultino con esse confliggenti. In questo senso si è espressa la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo anche nel caso *KU c. Finlandia* [130], laddove ha sottolineato come la tutela della vita privata non rivesta valore assoluto, ma possa anzi risultare recessiva rispetto ad esigenze confliggenti, come pure si è visto con riferimento alla libertà di espressione. Allo stesso modo la Corte di Giustizia non ha mancato di sottolineare, ad esempio nel caso *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen* [131] (peraltro richiamato anche in *Digital Rights Ireland* al par. 29), come il potere di controllo sulla circolazione dei propri dati non si traduca in una sorta di signoria sui dati personali a sé riferiti, in modo da orientarne, arbitrariamente o capricciosamente, la circolazione [132].

Così, a cascata, come nel nostro ordinamento interno, anche la 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» [133].

Più in generale, nel catalogo dei diritti fondamentali si annoverano, come la stessa Corte di Giustizia ha a più riprese riconosciuto [134], diritti e principi primari che non tollerano alcuna restrizione e diritti o principi che sono soggetti a bilanciamento con altri interessi e principi; la vera questione attiene proprio alla precisazione della natura e dell'ambito di questi ultimi.

---

[129] 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 già richiamata *dissenting opinion* del Giudice Sajò nella causa *Godelli c. Italia*.

[130] Corte EDU, 2 dicembre 2008 (ric. 287202), in relazione all'attività degli Internet *service provider*.

[131] Cfr. Corte UE, cause riunite C-92/09 e C-93/09, caso *Volker und Markus Schecke GbR e Hartmut Eifert c. Land Hessen*, sentenza 9 novembre 2010, in particolare punto 48 e Corte UE, 5 maggio 2011, C-543/2009.

[132] Eredità poi raccolte (ci si riferisce in particolare agli orientamenti della Corte di Giustizia) in sede comunitaria nella formulazione del GDPR, che al *considerando* n. 4, dopo aver declinato il trattamento dei dati personali come «al servizio dell'uomo», prevede poi che «il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ottemperanza al principio di proporzionalità».

[133] Cass., 20 maggio 2015, n. 10280, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Persona fisica*, n. 91.

[134] *Ex multis*, Corte UE, 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger*, in *Racc.*, 2003, I-5659.



Ed è proprio qui che trova spazio il bilanciamento [135] 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 universalizzabilità» 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» [136], bilanciamento che deve essere effettuato secondo ragione [137], avendo sempre come punto di riferimento la dignità [138] della persona, da assumere quale *tertium comparationis*.

Rifuggendo tirannie di diritti in confronto ad altri, come nell'insegnamento della Corte Costituzionale [139], per cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Occorre, invece, garantire «un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi».

Le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, ciascuna nel proprio ambito di competenza e giurisdizione, nel solco della propria ormai pluridecennale tradizione, si mostrano attente ai diritti fondamentali quali valori irrinunciabili della persona, senza al contempo rimanere sorda alle istanze di tutela, vecchie e nuove, che promanano dalla società dell'informazione e dal mercato, raccogliendo con ciò la sfida di trovare il «giusto equilibrio» tra ragioni contrapposte caso per caso, rifuggendo la tentazione di operare bilanciamenti apriori-

---

[135] 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 (...)".

[136] 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».

[137] Cfr. GIANNITI, *op. ult. 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».

[138] Cfr. ALPA, *La costruzione giuridica della dignità umana. Commento all'articolo 1*, in GIANNITI, cit., 19, che richiama sul punto HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Torino, 1992, 3 ss., nonché ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 21 ss.

[139] Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85.



stici, bensì effettuando una ponderazione in concreto, in una continua opera di *check and balances* tra valori, che tenga conto delle circostanze del caso concreto. Ciascuna però con le proprie peculiarità, che si è cercato qui di delineare e in qualche modo passare in rassegna.

Proprio seguendo il percorso a tappe di questo incessante dialogo tra le Corti, si è passati nel tempo dall'Europa dei mercati, attraverso la «lunga marcia dei diritti» [140], all'Europa dei diritti, ed anzi, «l'Europa del diritto si è trasformata in Europa dei diritti, ed ora in Europa delle Corti» [141].

[140] Per tale espressione, si veda VETTORI, *La lunga marcia dei diritti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 5 ss.; nonché ID., *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *I diritti fondamentali in Europa*, a cura di PACIOTTI, Roma, 2011, 41 ss.

[141] Cfr. ALPA, *La costruzione giuridica della dignità umana*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di MASTROIANNI, Milano, 2017, 22.

JUS CIVILE



MARIELLA LAMICELA

Ricercatrice di Diritto privato – Università Ca' Foscari Venezia

MODELLI DI PRIVATE ENFORCEMENT NELLA REPRESSIONE DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE, TRA RISARCIMENTO E RESTITUZIONI. IPOTESI SULLA DIRETTIVA 2019/2161/UE

SOMMARIO: *1. Gli indirizzi del legislatore eurounitario nei più recenti provvedimenti di riforma del diritto dei consumatori. – 2. Gli incerti contorni della situazione giuridica soggettiva esposta alle interferenze derivanti da una pratica commerciale scorretta. – 3. Le opzioni interpretative in campo: l'interesse soggettivo alla congruità dell'operazione economica promossa dal professionista ed ipotesi di tutela. – 4. L'affidamento del consumatore nei riguardi della proposta di mercato del professionista. – 5. L'interesse del consumatore ad una valutazione consapevole e ponderata di utilità, costi e rischi connessi all'operazione di scambio proposta dal professionista. – 6. Effettività e proporzionalità delle tutele individuali e tecniche rimediali restitutorie: una soluzione possibile?*

1. – Il processo di riforma dell'apparato normativo eurounitario in materia di diritto dei consumatori sembra essersi di recente decisamente rivitalizzato. Innescato dalla comunicazione della Commissione Junker su un *New deal* per i consumatori [1] e proseguito dalla Commissione Von Der Leyen, con proposte di direttive che, in accordo agli obiettivi climatici e di sostenibilità ambientale fissati dal *Green deal* [2], sollecitano un ennesimo aggiornamento sia degli obblighi di informazione precontrattuale, sia del catalogo di pratiche commerciali vietate [3], esso sembra innanzitutto segnalare il definitivo abbandono di ogni velleità di codificazione sistematica del diritto privato europeo [4]. Al contrario, traspare l'adozione di una nuova strategia d'azione,

[1] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Un "new deal" europeo*, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0183&from=EN.*

[2] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il green deal europeo*, *https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF*. Ma si veda anche il Piano d'azione Per L'economia Circolare, *https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9903b325-6388-11ea-b735-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF*, e la nuova agenda dei consumatori, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696&rid=7.*

[3] Proposta di direttiva del 30 marzo 2022, che modifica la direttiva 29/2005/CE e la direttiva 83/2011/UE, per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione, *https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:ccf4e0b8-b0cc-11ec-83e1-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF e direttiva 2019/2161/UE del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/*CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L2161&from=EL.*

[4] L'ultima traccia dell'impegno profuso in questa direzione è il *Draft Common Frame of Reference*, redatto su incarico della Commissione europea per effettuare una ricognizione dell'*acquis communautaire* relativo alla regolazione dei rapporti a contenuto



fondata sulla definizione di obiettivi particolari, di cui si intende garantire l'effettività, per un verso, mediante la fissazione di parametri d'azione ai quali i professionisti sono sollecitati a uniformare in modo sempre più sistematico le proprie condotte [5] e, per altro verso, attraverso la determinazione di pesanti sanzioni amministrative [6], alle quali si affianca in modo sempre più sistematico l'azionamento di rimedi individuali [7], contro comportamenti anticoncorrenziali e lesivi dell'interesse dei consumatori a godere delle condizioni utili per valutare l'effettiva convenienza delle operazioni economiche offerte sul mercato, in modo da ponderare con la dovuta attenzione le proprie decisioni di natura commerciali.

In questo contesto, particolare interesse destano le indicazioni normative fornite ai legislatori nazionali dalla direttiva 2161/2019/UE, che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori – di cui si è di recente finalmente concluso, sebbene con grande ritardo, il recepimento da parte del legislatore italiano [8] – e dalla propo-

---

patrimoniale tra privati e pubblicato nella sua versione definitiva nel 2009. Sul punto, da ultimo S. MAZZAMUTO, *Progetti di codificazione europea sul contratto*, in *Europa dir. priv*., 2020, 1105 ss., il quale, seppur consapevole della fase di debolezza politica e marcato ripiegamento particolaristico che attualmente caratterizza l'azione delle istituzioni europee (*ivi*, 1148), auspica comunque la prosecuzione del lavoro accademico di confronto e costruzione di un diritto privato uniforme espressivo di un modello facoltativo di regolazione dei rapporti contrattuali tra privati nel mercato europeo (*ivi*, 1149).

[5] Si pensi alla definizione sempre più rigorosa dei requisiti utili all'attestazione contrattuale dell'effettivo rispetto di standard di sostenibilità e durabilità relativi ai beni e ai servizi forniti, che la proposta di direttiva del 30 marzo 2022 dispone ora indirettamente, elencando in modo sempre più puntuale le caratteristiche principali del prodotto sulle quali la fornitura di informazioni false o comunque ingannevoli nei riguardi del consumatore medio integrerebbe una pratica commerciale scorretta (art. 1, comma 2), ora direttamente, disponendo la specifica qualità che le informazioni eventualmente rese dal professionista dovranno presentare al fine di rendere il consumatore certo del grado effettivo di sostenibilità e durabilità del bene o del servizio oggetto del contratto (art. 2, comma 2 e 3).

[6] Dir. 2019/2161/UE, art. 1, che dispone l'inserimento dell'art. 8 *ter* nella dir. 93/13/CEE, art. 3, che riscrive l'art. 13 della dir. 2005/29/CE e art. 4, che riscrive l'art. 24 della dir. 2011/83/UE.

[7] Si pensi in proposito alla responsabilità del produttore per danni da prodotti difettosi, alla nullità di protezione delle clausole abusive, al diritto di recesso dai contratti conclusi dal consumatore a distanza o fuori dai locali commerciali, alla gerarchia di rimedi azionabili dal consumatore acquirente di un bene con difetti di conformità al contratto e, da ultimo, alla richiesta espressa, che la dir. 2019/2161/UE indirizza ai legislatori nazionali, di definire rimedi effettivi e proporzionati azionabili dal singolo consumatore per tutelare i propri interessi, ove lesi da pratiche commerciali scorrette (art. 11-*bis* dir. 2005/29/CE).

[8] Il 23 febbraio 2023 il Consiglio dei ministri ha approvato in via definitiva lo schema del decreto legislativo di recepimento della dir. 2019/2161/UE che, in fase di ultima revisione di questo scritto, risultava ancora in attesa di firma da parte del Presidente della Repubblica per l'emanazione e la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. La profonda insoddisfazione per l'operato delle istituzioni italiane non riguarda solo il ritardo accumulato nell'attuazione della direttiva, ma anche il sostanziale tradimento del mandato ricevuto dal legislatore europeo, specificamente riferito alla definizione di strumenti di tutela individuale, effettivi e proporzionati, oltre che sistematicamente coerenti, contro gli effetti lesivi di pratiche commerciali scorrette. Come criticamente segnalato da C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della dir 2019/2161/UE*, in *Contr.*, 2021, 499; Id., *L'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE: ratio, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli stati membri ai fini del recepimento*, in questa *Rivista*, 2022, 256 ss., già l'art. 4 della legge 4 agosto 2022, n. 127, "Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti normativi dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2021", nello stabilire i principi e i criteri direttivi per il recepimento della direttiva 2019/2161/UE, non forniva alcuna reale indicazione in proposito. Per questa ragione, G. DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: L'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 44, ha osservato con preoccupazione che "la scelta tra le diverse opzioni richiamate in proposito dal legislatore eurounitario sarà affidata "alla pura ed incondizionata discrezionalità del Governo". Oggi, la lettura dello schema del decreto legislativo e in particolare dell'art. 1, comma 7, lett. d), rende tuttavia evidente che il governo si è astenuto dalla predisposizione di un intervento legislativo che indichi il/i meccanismo/i di *private enforcement* ritenuto/i maggiormente idoneo/i alla tutela effettiva e proporzionata degli interessi del singolo consumatore da effetti pregiudizievoli di pratiche commerciali scorrette, delegando per intero al potere giurisdizionale il compito di individuare di volta in volta la soluzione disciplinare più idonea allo scopo. Il comma 15-*bis*, che integrerà l'art. 27 del d.lgs. n. 206/2005, infatti, recita "*I consumatori lesi da prati-*



sta di direttiva del 30 marzo 2022 che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione sulla garanzia di durabilità e sostenibilità dei beni e dei servizi offerti sul mercato europeo.

Per quanto infatti la Commissione europea non manchi di sottolineare il carattere estremamente avanzato delle norme vigenti a protezione dei consumatori sul territorio dell'Unione Europea [9], essa riconosce altresì un persistente *deficit* di effettività e in particolare una scarsa propensione dei consumatori all'azionamento degli strumenti giuridici disponibili per la tutela individuale dei loro interessi [10]. A fronte di ciò, essa denuncia l'incessante propensione delle imprese ad esercitare pratiche commerciali scorrette, da ultimo alimentate dalle nuove "opportunità" offerte dal vorticoso sviluppo del commercio online di prodotti digitali e non digitali [11], ma anche da un troppo disinvolto *marketing* delle qualità *green* dei beni commercializzati, al quale non corrisponde alcuna trasparenza circa gli standard di sostenibilità e durabilità osservati [12].

Il legislatore eurounitario mostra in proposito di voler adottare una strategia di contrasto integrata [13], che si avvalga non più solo del tradizionale presidio rappresentato dall'attività di regolazione delle relazioni concorrenziali sul mercato – svolta dalle istituzioni nazionali investite di volta in volta di tale compito – ma anche di un più chiaro ventaglio di azioni giudiziarie e rimedi extragiudiziari a disposizione dei singoli consumatori [14]. Da un lato, dunque, si definiscono una serie di parametri quantitativi e comportamentali cui condi-

---

che commerciali sleali possono altresì adire il giudice ordinario al fine di ottenere rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito e, ove applicabile, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, tenuto conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito e di altre circostanze pertinenti. Sono fatti salvi ulteriori rimedi a disposizione dei consumatori".

[9] Comunicazione DELLA Commissione AL Parlamento EUROPEO, AL Consiglio E AL Comitato economico e sociale europeo, *Un "new deal" europeo*", cit.; dir. 2161/2019/UE, *considerando* n. 3 e 5.

[10] C. GRANELLI, *Pratiche*, cit., 495; ID., (Voce), *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Contratto*, *Enc. dir.*, I tematici, Giuffrè, 2021, 835 ss.

[11] Si vedano a riguardo le nuove tipologie di pratiche ingannevoli inserite, con l'aggiunta, all'art. 7, paragr. 4, dir. 29/2005/CE, della lett. f), del paragr. 4-*bis* e del paragr. 6 (dir. 2161/2019/UE, art. 3, punto 4) e con l'aggiunta di una serie di ipotesi di pratiche da considerarsi in ogni caso sleali nell'allegato 1 alla dir. 29/2005/CE (dir. 2161/2019/UE, art. 3, punto 7).

[12] Relazione introduttiva alla proposta di direttiva del 30 marzo 2022.

[13] Evidenzia il carattere innovativo della strategia adottata dal legislatore eurounitario nella promozione dell'effettività della tutela degli interessi dei consumatori, F. CAFAGGI, *Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività*, in P. IAMICELI, (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Un. Trento, 2020, 61 ss., il quale in particolare sottolinea che la preferenza accordata dal diritto europeo alla logica del rimedio, piuttosto che a quella del diritto soggettivo e della sua azionabilità in giudizio, ha favorito l'abbattimento degli steccati tradizionali tra tutela giurisdizionale e tutela amministrativa e il conseguente funzionamento integrato di questa e quella, sicché attualmente "il piano rimediale è caratterizzato da una significativa accentuazione della componente punitiva, un tempo riferita alle sole sanzioni, grazie al sempre più frequente riferimento alla gravità della violazione quale parametro per la definizione del contenuto del rimedio. Per converso il piano sanzionatorio si arricchisce di strumenti privi della caratteristica punitiva/afflittiva diretti a valorizzare piuttosto la componente preventiva e ripristinatoria". *Ivi*, 66.

[14] Sebbene in questa sede non sia oggetto di analisi, un doveroso cenno è dovuto anche all'adozione della direttiva 2020/1828/UE relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, con la quale, ai sensi del *considerando* n. 5, si intende "migliorare l'azione di deterrenza contro le pratiche illecite e ridurre il danno per i consumatori in un mercato sempre più globalizzato e digitalizzato", attraverso l'inclusione, tra i meccanismi procedurali per la protezione degli interessi collettivi dei consumatori, di "provvedimenti inibitori così come provvedimenti risarcitori". Alla fine del 2022 il governo ha approvato in via preliminare anche lo schema del decreto legislativo di recepimento di questa direttiva, le cui indicazioni normative, dunque, ispireranno ulteriori modifiche e integrazioni del codice del consumo. Tra i primi commenti, G. DE CRISTOFARO, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1010 ss., il quale, pur riservandosi di manifestare "un giudizio compiuto" solo al termine del processo di recepimento della direttiva nei vari Stati membri, non manca di sottolineare la difficoltà del lavoro che attende il legislatore, considerata l'ambigua e lacunosa formulazione delle di-



zionare la determinazione dell'ammontare della sanzione [15], nel caso sia accertata da parte dell'Autorità amministrativa o giudiziaria competente, o di entrambe, la violazione dei contenuti normativi disposti dalle dir. 93/13/CEE, 2005/29/CE o 2011/83/UE. Dall'altro, con specifico riferimento alle pratiche commerciali scorrette, si introduce una prima, seppur timida, enumerazione dei possibili meccanismi di tutela che i legislatori dovrebbero disporre per consentire ai consumatori un più facile ed efficace accesso alla protezione dei loro interessi, ove questi ultimi siano stati frustrati in seguito ad una pratica commerciale scorretta esercitata prima della conclusione di un contratto o nel corso della sua esecuzione o anche indipendentemente dall'esistenza di una relazione negoziale tra professionista e consumatore.

Il nuovo approccio alla protezione degli interessi dei consumatori appena delineato riguarda interventi modificativi e/o integrativi di provvedimenti che si applicano e si applicheranno "trasversalmente", proponendosi come il nuovo diritto generale dei consumatori, cioè come una "rete di sicurezza" giuridica, utile a mantenere "un livello elevato di tutela dei consumatori in tutti i settori, completando le normative settoriali dell'Unione e colmando le eventuali lacune" [16]. Il quadro dei meccanismi di applicazione e garanzia della loro effettività rimarrà, dunque, per espressa previsione del legislatore eurounitario [17], quello da ultimo aggiornato proprio grazie alla direttiva 2019/2161/UE.

Ebbene, in questo contesto, l'adozione da parte del governo del decreto legislativo di recepimento delle indicazioni normative contenute nella dir. 2019/2161/UE sollecita la prosecuzione della riflessione scientifica, invero già da tempo avviata e mai sopita [18], in merito agli strumenti e alle tecniche normative di attuazio-

---

sposizioni e dei suoi *considerando* (*ivi*, 1013). Esprime delusione per il carattere estremamente parziale dell'armonizzazione normativa perseguita e per i "contorni incerti, ambigui e lacunosi" della disciplina proposta anche E. MINERVINI, *L'azione inibitoria nella dir. 2020/1828/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1377 ss. Con specifico riferimento al rapporto tra strumenti di tutela degli interessi del singolo consumatore, oggetto di attenzione in questa sede, e procedure di tutela degli interessi collettivi dei consumatori, osserva che " gli interessi collettivi (…) si collocano esattamente al punto di congiunzione tra la dimensione dei conflitti del mercato, presidiati (…) dalle *Authorities*, e quella dei conflitti interni ad esso, da risolvere per via giudiziale o di ADR; di più, è attraverso la loro specola che è dato cogliere distorsioni/violazioni che dalla prima si riverberano sulla seconda", E. CAMILLERI, *La dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il "sistema delle prove". La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1052 ss.

[15] Conferma l'innovatività appena segnalata a proposito della strategia dei più recenti interventi eurounitari a protezione del consumatore, la circostanza che la dir. 2019/2161/UE, rispettivamente all'art. 1, art. 3 punto 6 e art. 4 punto 13, condizioni il calcolo della sanzione applicabile da parte dell'autorità amministrativa o/e giudiziaria, all'esito dell'accertamento di una violazione del diritto europeo a tutela dei consumatori, ad una serie di valutazioni della condotta del professionista, quali ad esempio, per un verso, la gravità, la durata e la reiterazione della violazione, e, per altro verso, la predisposizione di eventuali azioni rivolte ad attenuare o rimediare al danno subito dai consumatori. Sicché potrebbe ipotizzarsi che la sanzione comminata si connoti, almeno indirettamente, in senso "rimediale".

[16] Proposta di direttiva del 30 marzo 2022, Relazione introduttiva, p. 5.

[17] Proposta di direttiva del 30 marzo 2022, Relazione introduttiva, p. 4.

[18] Oltre agli interventi di G. De Cristofaro e C. Granelli già citati *supra,* nota n. 8, G. DE CRISTOFARO, *Rimedi privatistici "individuali" dei consumatori e pratiche commerciali scorrette: l'art. 11-bis dir. 2005/29/CE e la perdurante (e aggravata) frammentazione dei diritti nazionali dei paesi UE*, in questa *Rivista*, 2022, 269 ss.; S. PAGLIANTINI, *I rimedi non risarcitori: esatto adempimento, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto*, in questa *Rivista*, 2022, 304 ss.; M. MAUGERI, *Invalidità del contratto stipulato a seguito di pratica commerciale sleale?*, in questa *Rivista*, 2022, 316 ss.; L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3 co.1, n. 5) dir. 2019/2161/UE*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 635 ss.; C. DALIA, *Sanzioni e rimedi individuali "effettivi" per il consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette: le novità introdotte dalla direttiva 2161/2019/UE*, in *Riv. dir. ind.*, 2021, 331 ss.; I. SPEZIALE, *La direttiva 2019/2161/UE tra protezione dei consumatori e promozione della competitività sul mercato unico*, in *Corr. giur.*, 2020, 441 ss. Più in generale, sul tema A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Esi, 2012, 31 ss.; T. FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Esi, 2018, 118 ss.; L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza delle pratiche commerciali e rapporti di consumo*, Jovene, 2020, 191 ss. Più risalenti ma decisivi nell'impostazione del dibattito all'indomani del recepimento della direttiva 2005/29/CE, i contributi raccolti in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, 2007;



ne del nuovo equilibrio tra *public* e *private enforcement*, al quale il legislatore europeo mostra di voler ispirare la futura attività di regolazione della concorrenza e degli interessi economici che a vario titolo animano il mercato. Il confronto teorico è destinato inevitabilmente a riprendere vigore, ancor di più in considerazione della "scelta di non scegliere", effettuata dal legislatore nazionale, tra i possibili rimedi indicati dall'art. 11-*bis* della dir. 2005/29/CE a favore del singolo consumatore che abbia subito gli effetti pregiudizievoli di una pratica commerciale scorretta, su quali in particolare soffermare la propria attenzione normativa. La formulazione dell'art. 27, comma 15-*bis*, cod. cons. di fresca approvazione, infatti, riproponendo la mera enumerazione delle tecniche di tutela menzionate anche dal legislatore eurounitario, affida per intero agli interpreti il compito di suggerire possibili chiavi di lettura dell'intervento modificativo del codice del consumo, che siano altresì idonee a garantire un'interpretazione conforme al diritto eurounitario [19].

2. – Allo scopo di assicurare ai consumatori vittime di pratiche commerciali sleali l'accessibilità a rimedi proporzionati ed effettivi, la direttiva 2019/2161/UE dispone l'inserimento dell'art. 11-*bis*, rubricato "Rimedi", nella direttiva 2005/29/CE. Esso indica, sulla base di una formulazione che pare rivelare un'intenzione meramente esemplificativa [20], tra gli strumenti utili allo scopo il risarcimento del danno e, "se pertinenti", la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto [21].

Una prima questione di ordine sistematico che, per la sua centralità, occorre chiarire riguarda la natura delle interferenze patite dai consumatori a seguito di una pratica commerciale sleale, nei riguardi delle quali

---

A. Genovese, (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette: attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Cedam, 2008; G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo: il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano*, Giappichelli, 2008.

[19] Per quanto l'art. 11-*bis* della dir. 2005/29/CE riconosca agli Stati membri la mera facoltà di "stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi", riferendosi al risarcimento del danno e, se pertinenti, alla risoluzione e alla riduzione del prezzo, è evidente che la mancata definizione di quelle condizioni da parte del legislatore italiano rischi di compromettere l'effettiva realizzazione dell'obiettivo prescritto, consistente nell'assicurazione dell'accesso a rimedi proporzionati ed effettivi nei riguardi del consumatore i cui interessi siano stati lesi da una pratica commerciale sleale. Non è affatto da escludere, dunque, che, ove la riflessione teorica non provveda ad elaborare soluzioni applicative utili a compensare in via interpretativa la sostanziale inerzia del legislatore, non appena se ne presenterà l'occasione sarà la CGUE, in virtù del principio dell'interpretazione conforme al diritto eurounitario del diritto nazionale di ogni Stato membro, a suggerire ai giudizi nazionali le leve della normativa interna da azionare perché l'obiettivo prescritto dalla direttiva 2019/2161/UE sia effettivamente raggiunto. In proposito, CGUE, 13 gennaio 2022, C-282/19, ove i giudici di Lussemburgo chiariscono che "il principio dell'interpretazione conforme richiede che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e pervenire a una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima". Nello stesso senso, tra le tante CGUE, 14 maggio 2020, C-615/18 e CGUE, 19 settembre 2019, C-143/18, nella quale, a proposito dell'applicazione delle indicazioni normative presenti in una direttiva a tutela dei consumatori, si precisa che, al fine di pervenire ad una soluzione disciplinare conforme ad una disposizione del diritto eurounitario, il giudice nazionale deve, se del caso, discostarsi da una giurisprudenza nazionale consolidata, "qualora questa si fondi su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con la disposizione medesima".

[20] C. Dalia, *Sanzioni*, cit., 355.

[21] Il rinvio all'apparato rimediale disposto dalla direttiva 2019/771/UE, 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, è presente già nel *considerando* n. 16, il quale prevede la necessità di lasciare liberi gli Stati membri di disporre il diritto ad altri rimedi "come la sostituzione o la riparazione" al fine di garantire l'eliminazione totale degli effetti della pratica commerciale scorretta. Ritiene tuttavia che "la menzione (…) della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo, nonostante l'assonanza, non sembra (…) avere un legame diretto con l'istituto della garanzia per difetto di conformità di cui agli artt. 128 ss. C. cons. e non comporta perciò la trasponibilità, nella materia delle pratiche commerciali scorrette, dell'intera serie di rimedi dalla medesima previsti a favore del consumatore", L. Guffanti Pesenti, *Pratiche*, cit., 655.



il legislatore eurounitario intende assicurare una tutela maggiormente proporzionata ed effettiva [22]. Per rispondere a tale interrogativo, non può d'altra parte omettersi di accertare se l'obiettivo perseguito in sede europea sia quello di attribuire rilevanza giuridica ad interessi soggettivi cui finora il nostro ordinamento non ha ritenuto necessario, né tantomeno coerente dal punto di vista sistematico, riservare una specifica tutela. O se, invece, l'invito rivolto ai legislatori nazionali di predisporre un apparato rimediale più adeguato a contrastare gli effetti di pratiche commerciali sleali sul singolo consumatore comporti semplicemente la richiesta di ripristinare condizioni utili affinché il consumatore, malgrado le asimmetrie informative connaturate agli odierni rapporti contrattuali di massa [23], abbia l'opportunità di adottare "decisioni di natura commerciale" comunque consapevoli e ponderate [24]. In quest'ultimo quadro, bisognerebbe poi ulteriormente accertare se la violazione dell'interesse soggettivo del consumatore a fidarsi e affidarsi ad azioni, omissioni, condotte o dichiarazioni, comunicazioni commerciali, ivi compresa la pubblicità, poste in essere dal professionista [25], vada tutelato prioritariamente mediante l'azionamento del rimedio risarcitorio o se invece la sua effettiva soddisfazione possa efficacemente realizzarsi attraverso un ventaglio più articolato di meccanismi rimediali [26].

---

[22] A questo scopo, riveste senz'altro grande importanza l'attenta disamina delle soluzioni legislative individuate in passato nei diversi ordinamenti degli Stati membri, al fine di dare attuazione alla direttiva 2005/29/CE, sulla quale G. De Cristofaro, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ*., 2010, 880 ss., nonché l'aggiornamento di tale indagine, alla luce degli interventi legislativi di recepimento delle indicazioni normative disposte dalla dir. 2019/2161/UE, riportato in G. De Cristofaro, *Rimedi*, cit., 271 ss.

[23] A Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari, (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, *L'attività e il contratto*, Cedam, 2003, 22 ss.

[24] Art. 18, lett. m), cod. cons., che definisce l'espressione «decisione di natura commerciale» come "la decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto; tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla".

[25] È in questi termini che l'art. 18, lett. *d*), Cod. Cons. definisce la nozione di pratica commerciale.

[26] Giova sin d'ora precisare, tuttavia, che il riferimento ad un ventaglio più articolato di meccanismi rimediali non intende riproporre l'idea – già autorevolmente sostenuta da M. R. Maugeri, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in A. Genovese, *I decreti*, cit., 284-286; ma si veda anche A. Fachechi, *Pratiche*, cit., 104 ss. – secondo la quale il legislatore, grazie alle continue sollecitazioni del diritto europeo, avrebbe nel tempo già predisposto e disciplinato nel codice civile e/o nel codice del consumo una molteplicità di rimedi che il consumatore potrebbe efficacemente azionare per contrastare gli effetti pregiudizievoli subiti a causa di una pratica commerciale scorretta, in particolare tutte le volte in cui essa riguardi modalità di formazione della volontà contrattuale del consumatore o di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale o ancora di presentazione del bene o del servizio oggetto dello scambio. Solo per fare qualche esempio, basti a riguardo ricordare che, ove il contratto sia stato concluso a distanza o fuori dai locali commerciali del professionista, l'art. 52 cod. cons. riconosce al consumatore un periodo di quattordici giorni per esercitare il diritto di recesso senza dover fornire motivazioni, o che l'art. 36 del cod. cons. dispone la nullità di protezione della clausola di un contratto tra professionista e consumatore di cui sia stata accertata la vessatorietà o infine che lo stesso cod. cons., in seguito al recente recepimento delle direttive 2019/770/UE e 2019/771/UE, rispettivamente agli artt. 135-*octiesdecies* e ss. e 135-*bis* e ss., disciplina i rimedi a disposizione del consumatore acquirente di un contenuto digitale, di un servizio digitale o di un bene mobile, con o senza elementi digitali, che presentino difetti di conformità a quanto contrattualmente divisato. Infatti, ferma restando la validità di simili rilievi, così come la validità del rinvio alla disciplina codicistica dell'annullabilità del contratto per dolo o per violenza, in questa sede si intende piuttosto indagare quali possano essere i meccanismi rimediali cui allude la dir. 2019/2161/UE, ove il singolo consumatore subisca effetti pregiudizievoli prodotti da pratiche commerciali scorrette che non siano agevolmente assimilabili alle ipotesi di alterazione del processo di formazione di un accordo contrattuale già prese in considerazione, ora dalla disciplina generale del contratto, ora dalla disciplina speciale dei contratti del consumatore. In proposito, a titolo meramente esemplificativo, si considerino le nuove ipotesi di pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli, descritte dall'art. 3, punto 7, dir. 2019/2161/UE e introdotte nell'elenco allegato alla dir. 2005/29/CE ai punti 11-*bis* ("Fornire risultati di ricerca in risposta a una ricerca *online* del consumatore senza che sia chiaramente indicato ogni eventuale annuncio pubblicitario a pagamento o pagamento specifico per ottenere una classificazione migliore dei prodotti all'interno di tali risultati"), 23-*bis* ("Rivendere ai consumatori biglietti per eventi, se il professionista ha acquistato tali biglietti utilizzando strumenti automatizzati per eludere qualsiasi limite imposto riguardo al numero di biglietti che una persona può acquistare o qualsiasi altra norma applicabile all'acquisto di biglietti") e 23-*ter* ("Indicare che le recensioni di un



L'importanza di una simile indagine diviene evidente ove si consideri che dai suoi esiti dovrebbe dipendere anche la scelta degli strumenti giuridici sui quali puntare per fornire risposte quanto più efficaci possibile alle sollecitazioni del legislatore eurounitario.

3. – Potrebbe ritenersi, in primo luogo, che l'interesse soggettivo nei riguardi del quale si richiede agli ordinamenti nazionali di riservare maggiore attenzione sia quello, sempre molto controverso nei sistemi giuridici fondati sul principio della libertà di iniziativa economica e sulla parità formale dei contraenti [27], relativo alla garanzia di una oggettiva congruità dell'operazione economica proposta dal professionista al consumatore/contraente debole.

La congruità cui si allude dovrebbe presentare una connotazione eminentemente soggettiva e dovrebbe potersi dire integrata ogni volta che il consumatore abbia avuto l'opportunità di ponderare in modo libero e consapevole l'assetto di interessi, vantaggi e rischi entro il quale andrebbe realizzata l'operazione economica proposta dalla controparte [28]. Tuttavia, la congenita asimmetria delle relazioni di mercato tra consumatori e professionisti [29] ha contribuito non poco ad accrescere l'ambiguità del significato di tale espressione [30], spesso confusa con l'aspirazione ad un equilibrio contrattuale oggettivamente "giusto" [31]. La soddisfazione

---

prodotto sono inviate da consumatori che hanno effettivamente utilizzato o acquistato il prodotto senza adottare misure ragionevoli e proporzionate per verificare che le recensioni provengano da tali consumatori"). In relazione a tali ipotesi di pratiche commerciali scorrette, può rilevarsi, per un verso, che non sempre sia agevole riconoscere nella condotta del professionista gli estremi di un'ipotesi di dolo *ex* art. 1439 o anche solo *ex* art. 1440 c.c. E, per altro verso, che la richiesta di individuare rimedi proporzionati ed effettivi, nell'eventualità di una lesione degli interessi del consumatore, sembra si opponga all'individuazione di rimedi *passe-partout*, quale potrebbe essere il recesso nel caso di un contratto perfezionato a distanza o fuori dai locali commerciali.

[27] Ricorda che il nostro sistema giuridico ordina le relazioni sociali "secondo una razionalità essenzialmente procedurale: quella per cui la razionalità del comando normativo non sta nel suo *contenuto* bensì nella *forma* (consensuale) che esso impone alle relazioni individuali, sicché è razionale e quindi "giusto", tutto ciò e solo ciò che sia stato liberamente voluto" M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *www.judicium.it*, 2011, 10. Sul punto anche, da ultimo, G. D'AMICO, (Voce), *Giustizia contrattuale*, in *Contratto, Enc. dir.*, I tematici, Giuffrè, 2021, 588-589.

[28] Riferendosi alla scorrettezza della pratica commerciale posta in essere dal professionista come alla causa della determinazione di un regolamento contrattuale "sperequato", perché siglato sulla base di informazioni false o di omissioni di notizie "rilevanti ai fini della determinazione economica del consumatore", sembra attribuisca tale significato alla nozione di congruità contrattuale A. FACHECHI, *Pratiche*, cit., 130 ss., salvo poi lasciar trasparire il favore per una differente connotazione della stessa nozione ove, ragionando sui rimedi applicabili al fine di riportare in equilibrio il contratto sperequato che il consumatore intenda comunque mantenere in vita, sostiene che "l'obiettivo è quello di realizzare una giustizia sostanziale, nel rispetto di quella logica proporzionale che induce a revocare in dubbio le vecchie convinzioni sull'intangibilità del regolamento negoziale e del dogma del volere" (*ivi*, 141).

[29] Sulla debolezza contrattuale del consumatore quale base per la costruzione di un modello normativo di contratto distinto da quello di diritto comune (il modello del contratto asimmetrico), A. M. BENEDETTI, (Voce), *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Giuffrè, 2012, 374-375; V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 167 ss.; Sul punto si veda anche G. D'AMICO, (Voce), *Giustizia*, cit., 592 ss.

[30] P. GALLO, *I vizi del consenso*, in E. GABRIELLI, (a cura di), *I contratti in generale*, *Tratt. dei Contratti,* RESCIGNO, GABRIELLI, I, Utet, 2006, 464; ID., *Il contratto*, Giappichelli, 2017, 678, secondo il quale "In termini del tutto generali la congruità dei valori scambiati non è considerata un requisito di validità della causa. Il discorso però è completamente diverso nel caso in cui lo squilibrio tra le prestazioni non è frutto di una precisa e consapevole volontà in questo senso, ma è esclusivamente dovuto ad errore o più in generale a vizio del consenso della parte che ha accettato lo scambio a condizioni inique. Nei casi di questo genere giustizia vuole che la parte che ha acconsentito allo scambio a condizioni inique possa liberarsi del vincolo contrattuale".

[31] Con parole che, in termini generali, sono assolutamente condivisibili e che trovano riscontro nel pensiero di molti autori contemporanei, ricorda che "l'autonomia negoziale, contrattuale, non è un dogma, né un preconcetto o un valore in sé. (…) Essa si configura secondo i dati normativi desumibili dall'ordinamento, nella sua unitarietà e nella sua completezza, secondo i principi e le regole. Essa si colloca tra libertà e giustizia contrattuale", P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334-335.



dell'interesse alla congruità del contratto d'altra parte è sempre più spesso connesso alla previsione di una molteplicità di interventi normativi – basti qui ricordare le numerose nullità di protezione previste dalla legislazione speciale a tutela dei consumatori [32] – volti a porre rimedio all'effetto riflesso dello squilibrio contrattuale [33].

Sebbene allora da più parti si ribadisca la piena funzionalità dell'insieme di questi interventi alla mera correzione dei fallimenti del mercato [34], non mancano i casi in cui il loro richiamo serva a legittimare una ricostruzione della mancata congruità all'insegna di una giustizia contrattuale assiologicamente connotata, dai contorni invero alquanto sfuggenti [35], essenzialmente rivolta a rappresentare *ex post* l'ipotetico regolamento di interessi che il consumatore avrebbe voluto legittimamente realizzare in assenza della pratica commerciale scorretta. Ebbene, è proprio all'ipotesi che la direttiva 2019/2161/UE intenda valorizzare tale accezione dell'interesse soggettivo del consumatore che si vuole innanzitutto dedicare attenzione.

La rilevanza dell'interesse alla congruità dell'operazione economica dedotta in contratto, potrebbe d'altronde ricavarsi dal riconoscimento del diritto fondamentale del consumatore "alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali", sancito dall'art. 2, comma 2, lett. e), cod. cons. La sua valorizzazione, dunque, solleciterebbe l'attivazione di meccanismi normativi rivolti a garantire, anche in chiave rimediale, l'integrità del processo di formazione delle decisioni di natura commerciale del consumatore. Con specifico riferimento al tema che ci riguarda, l'interesse alla congruità contrattuale potrebbe essere messo a repentaglio da una pratica commerciale del professionista che, seppure orientata in primo luogo ad alterare a suo vantaggio l'assetto concorrenziale nel settore economico nel quale egli opera, si dimostri comunque "idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico" – e più specificamente la conclusione del contratto – non più o non tanto del consumatore medio, come recita l'art. 20, comma 2, cod cons. in evidente coerenza con l'impronta prevalentemente pubblicistica della disciplina di cui si tratta, bensì del singolo consumatore [36]. La legittimità riconosciuta all'aspettativa di uno scambio equilibrato, in quanto fondato sulla

---

[32] Si pensi, solo per fare qualche esempio, oltre all'art. 36 cod. cons., all'art. 135-*sexies* cod. cons., all'art. 135-*vicies bis*, alle molte nullità parziali disposte dagli art. 117 ss. del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), la cui previsione il più delle volte è anche accompagna dall'indicazione dei contenuti da integrare in via sostitutiva nel contratto, all'art. 23 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico dell'intermediazione finanziaria).

[33] Scrive di una "tutela paternalistica della prima ora" nei riguardi del consumatore, parte debole del contratto, finalizzata ad assicurare "dall'alto" l'equilibrio contrattuale dell'assetto finale degli interessi attribuibili alle parti scrive M. BARELA, *La consapevolezza del consumatore nella costruzione giuridica del mercato (rileggendo la pagina di Tullio Ascarelli)*, in *Riv. dir. ind*., 2019, 186.

[34] Riconduce puntualmente la natura "originale e composita" delle nuove regole che riguardano i contratti del consumatore al «rapporto simbiotico» tra contratto e mercato, equiparando tali due dimensioni alle "due facce della medesima medaglia" ancora A. M. BENEDETTI, (Voce), *Contratto*, cit., 375. In senso analogo, G. D'AMICO, (Voce) *Giustizia,* cit., 595.

[35] Con riferimento ai casi in cui "il pregiudizio consiste nella conclusione di un contratto (desiderato ma) fortemente sperequato", A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e (apparente) gap normativo: il "sistema" dei rimedi negoziali*, in *Studium Iuris,* 2015, 186, la quale, al fine di ripristinare l'equilibrio del rapporto compromesso da una pratica commerciale scorretta suggerisce l'adozione di una serie di rimedi, tra i quali, non ultimi, "interventi di ortopedia negoziale da parte del giudice", improntati ai "criteri dell'equità, della proporzionalità e della ragionevolezza" (*Ivi*, 187), ma anche interventi "non più sulla struttura del rapporto obbligatorio ma, in via (non necessariamente) alternativa, sui suoi effetti economici." Poiché, "abbandonata l'idea della perfetta equivalenza tra contratto valido e contratto giusto, il pregiudizio economico del *deceptus* può essere risanato mediante il rimedio risarcitorio". (*Ivi,* 188). Più in generale, tendono ad attribuire una valenza assiologica alla giustizia contrattuale realizzabile attraverso il perseguimento della congruità contrattuale M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Esi, 2011, 398 ss.; Id., *«Ménage à trois: la correzione giudiziale dei contratti*, in F. VOLPE, (a cura di), *Correzione e integrazione del contratto*, Zanichelli, 2016, 44 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Esi, 2001, 208 ss.; R. LANZILLLO, *Regole di mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr*., 1985, 310 ss.; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»?*, in *Contr. impr*., 2001, 611 ss.

[36] Si vuole a riguardo evidenziare come la valorizzazione di meccanismi di *private enforcement* rivelano lo spostamento dell'at-



trasparenza informativa e sulla cura dell'interesse altrui da parte del professionista, richiederebbe allora, sul versante rimediale, la predisposizione di meccanismi di ripristino dell'equilibrio contrattuale, mancato a causa della scorrettezza della condotta tenuta dalla controparte nella fase di maturazione della decisione commerciale del consumatore.

In questo quadro, indicazioni utili alla ricerca di adeguati strumenti di tutela dell'interesse soggettivo inciso potrebbero derivare dall'opinione dottrinaria che auspica una reinterpretazione della disciplina dei vizi del consenso, idonea ad estenderne l'applicabilità anche ad ipotesi di alterazione del processo di formazione della volontà contrattuale non riconducibili alle ipotesi di vizi del consenso espressamente formalizzate dal codice civile [37]. In particolare, l'indirizzo interpretativo menzionato potrebbe essere richiamato al fine di superare il denunciato *deficit* di effettività della tutela del consumatore attraverso una sorta di generale ricalibratura funzionale di strumenti rimediali originariamente concepiti per contrastare patologie contrattuali e danni invero non sempre assimilabili a quelli che una pratica commerciale sleale può provocare. Sicché, al fine di rendere effettivo il riconoscimento del diritto fondamentale sancito dall'art. 2, comma 2, lett. e), cod. cons. [38], potrebbe ipotizzarsi che la reazione individuale del consumatore agli effetti distorsivi delle sue decisioni di natura commerciale, prodotti dalla pratica commerciale scorretta in fase di conclusione del contratto, non sia

---

tenzione normativa dagli interessi di cui sarebbe portatore, quale attore delle dinamiche di un mercato concorrenziale, la figura astratta del consumatore "medio" alla tutela degli interessi specifici e spesso irripetibili del singolo consumatore. Definisce il consumatore medio come il consumatore "normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto" il considerando n. 18 della dir. 2005/29/CE. Sul punto, M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 105 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi, nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 708; C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in questa *Rivista*, 2013, 316-317. Considera "la scelta di fare riferimento esclusivamente ad un parametro di valutazione «astratto» e «tipico» come quello del consumatore medio (…) nella sua assolutezza inadeguata, sia rispetto alla multiforme varietà delle pratiche commerciali, sia rispetto alla possibile varietà dei contesti nell'ambito dei quali potrebbe rendersi necessario valutare la correttezza di una pratica commerciale" G. DE CRISTOFARO, (a cura di), *Pratiche*, cit., 170. Si sofferma sul problema dell'esatta configurazione normativa della figura del consumatore, osservando che, malgrado il diffuso richiamo all'autoresponsabilità anche nei suoi riguardi, la Corte di Giustizia difficilmente riterrebbe corretta un'applicazione del diritto europeo dei contratti che, nel caso del riscontro di uno scarso livello di attenzione del consumatore, si risolva nella tolleranza di condotte professionali scorrette, S. PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Europa dir. priv*., 2021, 12.

[37] R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ*., diretto da R SACCO, I, Utet, 2004, 618 ss., ove, precisato che compito dell'interprete è "ordinare, confrontare, individuare i principi, formularli, imporre il rispetto con ampio ricorso all'analogia, strutturare un corpo semplice e organico di norme", si individua nell'art. 1337 c.c. la regola che "nella sua formulazione elastica (…) consente di reprime l'abuso o l'approfittamento di qualsiasi processo formativo distorto della volontà contrattuale" (*ivi*, 620), precisandosi che, "nella sostanza, il contratto affetto da un vizio innominato è annullabile" (*ivi*, 621). In senso analogo, si afferma che, sul modello dell'art. 1440 c.c., la norma in materia di responsabilità precontrattuale potrebbe svolgere un ruolo assai pregnante: quello di aprire alla «correzione» – ottenuta attraverso lo strumento risarcitorio – dei risultati economici pregiudizievoli di un regolamento di interessi, pur validamente stipulato, ma che, in ragione di un contegno sleale e scorretto di una delle parti, si rivela in qualche misura «squilibrato» e comunque lesivo all'interesse dell'altra". M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Giappichelli, 1995, 24-25. Ancora, G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Esi, 2003, 59 ss.; I. FEDERICI, *Dolo incidente e regole di correttezza*, Esi, 2010, 154 ss.; P. GALLO, *Il contratto*, cit., 676 ss. Si interroga però in termini condivisibilmente problematici sull'ammissibilità che i contenuti normativi disposti dal legislatore eurounitario attraverso la direttiva 2005/29/CE possano legittimare una rilettura dei presupposti applicativi dell'annullamento per dolo e violenza, dettati dalla disciplina generale del Codice Civile, C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010, 415-416.

[38] Il riconoscimento di tale diritto si collega d'altronde a quello, pure espressamente ricordato dall'art. 2, comma 2, lett. c-*bis*, cod. cons., relativo "all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà", il quale trova a sua volta conferma nell'art. 39 cod. cons., ai sensi del quale " le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori".



più limitata all'impugnazione del relativo atto per ricorrenza di dolo (art. 1439 c.c.) o violenza (art. 1434 c.c.) della controparte [39]. Potrebbe contemplarsi anche un'impugnativa rivolta a chiedere l'annullamento del contratto, allegando il più elastico richiamo alla violazione del dovere di buona fede *ex* art. 1337 c.c. quale causa della lamentata alterazione del processo di formazione della volontà negoziale. Ovvero, più in sintonia con la formulazione dell'art. 11-*bis*, potrebbe ipotizzarsi una pretesa al risarcimento del danno patito in seguito alla lesione del legittimo interesse del consumatore alla presentazione dell'affare, oggetto del futuro possibile accordo, "in base a criteri di serietà, correttezza e lealtà" [40], e ciò anche nel caso in cui il relativo contratto sia stato comunque validamente concluso, sulla scia di quanto già espressamente previsto dall'art. 1440 c.c. in relazione all'ipotesi del dolo incidente [41].

Considerate le dimensioni della presente riflessione, più che approfondire ulteriormente le implicazioni di un simile approccio interpretativo, sembra opportuno dare conto anche di qualche riserva che il suo richiamo potrebbe destare [42].

Un primo rilievo riguarda la soglia oltre la quale una condotta commerciale cessi di essere espressione della libertà di iniziativa economica del professionista per assumere i tratti della pratica commerciale scorretta [43]. È evidente infatti che, se il parametro del comportamento leale e trasparente, desunto da una preliminare

---

[39] Non pare invece che l'errore-vizio possa verosimilmente essere invocato al fine di ottenere l'annullamento di un contratto concluso in seguito al condizionamento prodotto sulla scelta negoziale del consumatore dalla pratica commerciale scorretta, in quanto, mentre le ipotesi di ingannevolezza *ex* art. 21 cod. cons. o di aggressività *ex* art. 24 cod. cons. di una pratica commerciale possono essere rappresentate rispettivamente nei termini del dolo e della violenza, con qualche inevitabile adeguamento del significato normativo attribuibile a tali due ultime fattispecie codicistiche, non lo stesso sembra possa dirsi con riferimento alla fattispecie dell'errore, sia perché il processo di maturazione dell'errore, in quanto esente dal contributo attivo della controparte, che per di più normalmente non intrattiene un contatto personale con il consumatore, potrebbe rendere poco agevole la prova della riconoscibilità – P. BARCELLONA, (Voce), *Errore*, in *Enc. dir*., XV, Giuffrè, 1966, 247 ss. – sia perché il rispetto dei requisiti dell'essenzialità *ex* art. 1429 c.c. risulterebbe piuttosto "distonico" rispetto alla qualità dei condizionamenti che il consumatore può subire in seguito ad una pratica commerciale scorretta. Un margine di applicabilità della disciplina dell'errore potrebbe residuare solo escludendo la riconducibilità del c.d. dolo colposo alla fattispecie di cui all'art. 1439 c.c. e considerando invece l'induzione colposa in errore, purché fonte di errore essenziale *ex* art. 1429 c.c., quale presupposto di riconoscibilità *ex* art. 1431 c.c. In questo senso, L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza*, cit., 230, nota n. 104.

[40] M. MANTOVANI, *Vizi*, cit., 153.

[41] Contro l'obiezione che in tali casi il risarcimento del danno finirebbe per assolvere una funzione «correttiva» del regolamento contrattuale, si è affermato che "più correttamente dovrebbe parlarsi, con riguardo a talune fattispecie di *culpa in contrahendo*, in presenza di un contratto validamente concluso, di funzione «compensativa» della responsabilità precontrattuale, attuata attraverso la via di un risarcimento per equivalente". M. MANTOVANI, *Vizi*, cit., 161. Tale «correzione/compensazione» non riguarderebbe "il contenuto del regolamento contrattuale – vale a dire l'assetto di interessi stabilito dalla *lex contractus*", bensì inciderebbe "unicamente sul profilo economico-monetario dell'affare" (*ivi*, 160), affermandosi però successivamente, con qualche ambiguità, che "ciò che lamenta la parte delusa è, in sostanza, un assetto di interessi (sotto il profilo giuridico economico) difforme da quello che sarebbe risultato se la controparte avesse agito lealmente" (*ivi*, 186).

[42] Le riserve cui si accennerà, tuttavia, non hanno ostacolato la manifestazione di un crescente favore, sia in dottrina che in giurisprudenza, nei riguardi dell'orientamento interpretativo rivolto a cogliere, nell'attuale conformazione dell'ordinamento privatistico, spunti utili alla definizione di nuove ipotesi di vizi del consenso, riconoscibili in virtù dell'iniquità dell'assetto normativo dello scambio concordato, a sua volta generata dall'approfittamento dello squilibrio di potere contrattuale tra le parti. C. SCOGNAMIGLIO, (Voce), *Vizi del consenso*, in *Contratto*, *Enc. dir.*, I tematici, Giuffrè, 2021, 1197; A. GENTILI, V. CINTIO, *I nuovi vizi del consenso*, in *Contr. impr.*, 2018, 157 ss. Questi ultimi, nell'ambito di siffatta nuova categoria di vizi, evidenziano la singolarità di ipotesi in cui, per quanto l'alterazione nel processo di formazione della volontà assuma più i tratti del vizio incidente che non quelli del vizio determinante, il legislatore disponga il rimedio caducatorio piuttosto che quello risarcitorio (*ivi,* 163).

[43] Osserva in particolare la mancata indicazione "di un criterio di selezione cui affidare la decisione in ordine alla rilevanza o meno, sia pure ai soli fini risarcitori, dell'alterazione della libertà negoziale che sia stata posta in essere", considerando a tal fine il riferimento all'entità del pregiudizio inferto "sotto un profilo, arbitrario, posto che l'entità del danno potrebbe semmai incidere sul *quantum* dell'obbligazione risarcitoria (…) e, sotto altro profilo, tale da introdurre un meccanismo di controllo generale circa il contenuto



selezione di dinamiche concorrenziali virtuose e tarato sulla normale attenzione e avvedutezza del consumatore medio [44], può ben ispirare la valutazione dell'Autorità di regolazione del mercato nei riguardi di una data pratica commerciale, ben più incerto ed esposto alla discrezionalità della valutazione giudiziale sarà il contesto in relazione al quale esaminare la scorrettezza della pratica adottata dal professionista nei riguardi del singolo consumatore. Inoltre, in vista della "compensazione", con funzione rimediale, degli effetti pregiudizievoli della pratica commerciale scorretta, anche la ricostruzione di quelli che avrebbero dovuto essere e non sono stati i termini dello scambio potrebbe essere connotata da più di un'incertezza. Per un verso, ciò che si è appena denunciato, cioè il carattere piuttosto indefinito del parametro cui nel caso in specie il comportamento contestato avrebbe dovuto uniformarsi, non può che annebbiare, di riflesso, i contorni di quella stessa ricostruzione [45]. Per altro verso, la notevole vischiosità della distinzione tra lesioni ascrivibili alla scorrettezza della condotta precontrattuale da reintegrare e utilità attese in relazione all'adempimento contrattuale che, data la persistente efficacia del contratto, dovrebbero comunque essere almeno in parte conseguibili, rende molto alto il rischio di un calcolo "per eccesso" della compensazione dovuta. Sicché quest'ultima potrebbe assumere i tratti di un intervento indirettamente conformativo dell'equilibrio contrattuale dello scambio o, in diversa prospettiva, potrebbe essere tacciata di assolvere, dietro la facciata rimediale, una vera e propria funzione punitiva.

4. – In prospettiva parzialmente diversa, l'interesse soggettivo da salvaguardare potrebbe invece essere individuato nell'affidamento che il consumatore abbia maturato circa la portata dell'utilità economica ricavabile dall'operazione economica di volta in volta proposta dal professionista sul mercato [46]. Accertata

---

delle convenzioni private, difficilmente giustificabile nel sistema", C. SCOGNAMIGLIO, (Voce), *Vizi*, cit., 1199. Il dibattito sullo statuto giuridico dell'autonomia privata, sulle limitazioni alla sua espressione previste dall'ordinamento giuridico e sulla legittimità della descrizione della clausola generale di buona fede quale fonte di specifica limitazione/integrazione della libertà contrattuale è troppo vasto e articolato per poter essere dignitosamente sintetizzato in poche righe. Solo con riferimento all'ultimo dei profili menzionati si vedano, tra i protagonisti di quel dibattito nella seconda metà del secolo scorso, in particolare S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969, 175 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, 1969, 227 ss. Per una puntuale ricostruzione del dibattito sullo statuto giuridico dell'autonomia privata, E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. fior.*, 2014, 589 ss.

[44] Si rinvia in proposito alla ricostruzione del contenuto della clausola generale disposta dall'art. 20, comma 2, cod. cons. da M. LIBERTINI, *Clausola*, cit., 86 ss.

[45] Non a caso, seppure diverse pronunce giurisprudenziali declamino il rinvio ad orientamenti interpretativi favorevoli ad ammettere la legittimità di nuove ipotesi atipiche di vizi del consenso – tra le quali, grande eco ha suscitato Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, alla quale l'Autore di seguito citato dedica in particolare attenzione – al fine di legittimare la risarcibilità dei danni procurati dalla conclusione di un contratto valido ma sconveniente, si è osservato che un esame più approfondito di tali decisioni dimostri ancora la mancanza di "ipotesi applicative che vadano effettivamente oltre le fattispecie già contemplate dal legislatore", idonee a "coonestare" l'esistenza a riguardo di una "figura «generale»" o di un «principio». G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?*, in *GiustiziaCivile.com* 2014, p. 9.

[46] In questo caso, si ipotizza cioè di valorizzare la centralità notoriamente attribuita all'affidamento dalle riflessioni elaborate nel corso del tempo intorno alla materia della responsabilità precontrattuale. L. MENGONI, *La natura della responsabilità precontrattuale,* in *Riv. dir. comm*., 1956, 360 ss., ora in L. MENGONI, *Scritti – Obbligazioni e negozio*, II, Giuffrè, 2011, 267 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1963, 19 ss.; C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile – Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione*, Giuffrè, 2018, 545 ss.; ID., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa dir. priv*., 2011, 16 ss.; A. ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, in *Le parole del diritto – Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Jovene, 2018, 1699 ss.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, 1990, 64 ss.; F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, in *Contr.*, 2017, 55 ss. e ID., *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Persone e mercato*, 2017, 125 ss., ove tuttavia l'Autore propone di so-



l'esistenza dei presupposti di un affidamento responsabile da parte del consumatore [47], l'attenzione dovrebbe concentrarsi allora non tanto sulla antigiuridicità della perdita lamentata [48], indipendentemente dalla circostanza che essa sia stata o meno accompagnata dalla conclusione di un contratto, quanto sulla verifica dei contenuti della condotta obbligatoria dovuta dal professionista alla stregua del dovere di buona fede, condotta oggetto dell'affidamento del consumatore.

Qualora risulti provato che il sacrificio delle ragioni del consumatore sia dipeso dal mancato assolvimento da parte del professionista del dovere che l'art. 1337 c.c. prescrive in relazione alle interazioni che possono precedere la conclusione di un contratto, dunque, il rimedio azionabile sarebbe pur sempre quello risarcitorio ma esso rappresenterebbe la reazione giuridica al mancato rispetto di un'obbligazione di protezione e non invece la sanzione della violazione del generico dovere di astensione dall'interferire nell'altrui sfera giuridica, che fonda la responsabilità extracontrattuale [49].

---

stituire il dato dell'affidamento soggettivo con la condizione oggettiva di prossimità intenzionale che si crea tra le parti nella fase del contatto sociale precontrattuale, quale ragione giustificatrice del dovere di buona fede disposto dal legislatore, in considerazione dell'innalzamento dell'esposizione al rischio delle rispettive sfere giuridiche soggettive che proprio l'instaurazione di quella relazione determina. Diversamente, reputa l'affidamento maturato tra le parti nella fase della relazione precontrattuale alla stregua di una situazione giuridica soggettiva che può divenire oggetto di un danno ingiusto, risarcibile in via extracontrattuale, E. NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto Civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, IV, Giuffrè, 2009, 250. Per un'approfondita ricostruzione sul punto, si rinvia anche a A.M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2018, 3 ss.

[47] In considerazione delle inevitabili incertezze connesse alla determinazione del momento a partire dal quale l'affidamento nella controparte si emancipi dalla condizione del mero stato d'animo soggettivo, per divenire un dato oggettivamente dimostrabile, un'attenta dottrina ha sottolineato la necessità, indipendentemente dal ruolo rivestito dalle parti nel mercato, di distinguere la fase delle trattative, prevalentemente caratterizzate dallo scambio di informazioni utili alla valutazione dell'opportunità di giungere alla conclusione del contratto, che, in virtù del dovere di buona fede, dovrebbe essere presidiata da precisi obblighi di informazione, dalla fase che più specificamente attiene alla formazione del regolamento contrattuale, ove invece sarebbe appropriato valutare le condotte delle parti alla stregua del legittimo affidamento oggettivamente maturato nella lealtà e correttezza reciproca. G. GRISI, *L'obbligo*, cit., 67 ss.

[48] L'attenzione riposta sull'antigiuridicità della lesione emerge con maggiore evidenza in quella dottrina che riflette sulla "mediazione tra responsabilità e edificazione della fattispecie contrattuale (che) è splendidamente scolpita dall'art. 1337 c.c. it." – R. SACCO G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 623-624 – e afferma che "ove l'art. 1440 non esistesse, il contraente responsabile di un dolo incidentale dovrebbe risarcire il danno perché ha violato l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. E ove anche l'art. 1337 non esistesse, il contraente di cui parliamo dovrebbe risarcire il danno, perché il danno cagionato con l'inganno è ingiusto, e il danno ingiusto reclama le ben note conseguenze descritte dall'art. 2043 c.c.". (*Ivi*, p. 625). Più ambigua, a riguardo, la posizione di altra dottrina, che, per un verso individua ripetutamente nell'"interesse alla libertà negoziale" l'oggetto tutelato dall'art. 1337 c.c. – M. MANTOVANI, *Vizi*, cit., 149 e 181 – e, per altro verso, indica quello stesso articolo quale fonte di un rapporto obbligatorio *ex lege*, senza chiarire però come si possa legittimamente ipotizzare l'esistenza di un rapporto obbligatorio, seppure sul modello tedesco del «*gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*», fondandolo sulla tutela dell'interesse, invero tanto ampio quanto generico, alla libertà negoziale (*Ivi*, 154 ss.). Non a caso, l'autore al quale correttamente la stessa dottrina attribuisce l'individuazione dell'interesse tutelato dall'art. 1337 c.c. nella libertà negoziale si schiera tra i sostenitori della natura extracontrattuale della responsabilità derivante dalla violazione del dovere di buona fede precontrattuale. M.C. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Giuffrè, 2000, 157 ss. In senso analogo, G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Cod. Civ. Schlesinger*, Giuffrè, 1993, 45 ss.

[49] Sebbene in passato l'orientamento interpretativo di gran lunga prevalente in giurisprudenza ritenesse la responsabilità precontrattuale un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, in tempi più recenti l'orientamento opposto è affermato in una molteplicità di pronunce: Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligo senza prestazione approda in cassazione*; Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, 1706, con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*; Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1949 ss.; Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., con nota di F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, 35 ss. La stessa decisione è commentata da A. ALBANENSE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 1129 ss.



A supporto di tale distinta rappresentazione dell'interesse soggettivo che sarebbe oggetto di attenzione nella direttiva 2019/2161/UE, potrebbe ancora una volta richiamarsi un ben noto orientamento interpretativo. In questo caso, infatti, l'instaurazione della relazione sociale finalizzata alla realizzazione dell'operazione commerciale promossa sul mercato dal professionista [50], darebbe vita a carico di costui ad un'obbligazione di protezione [51], a sua volta riconducibile al modello dell'obbligazione senza prestazione, così denominata perché essa non avrebbe ad oggetto una prestazione determinata [52], né avrebbe come fonte il contratto, bensì un fatto idoneo a generarla *ex* art. 1173 c.c. ovvero un contatto sociale qualificato [53], comunque idoneo al sorgere di un correlativo interesse creditorio e ad attribuire natura contrattuale alla responsabilità accertata in seguito alla sua mancata soddisfazione [54].

La buona fede, dunque, in questo caso dismetterebbe i panni del criterio universale di gestione delle interazioni sociali per assumere quelli dell'obbligo di condotta, di cui tuttavia, se appare chiaro il fondamento, individuabile nell'esistenza di una relazione qualificata fonte di affidamento, appaiono meno chiari i contorni, dipendendo la loro definizione da uno stato soggettivo, l'altrui affidamento, di cui invero appare arduo stabilire fino in fondo l'esatta misura [55].

D'altra parte, la stessa riserva già mossa nei riguardi dell'orientamento interpretativo richiamato nel precedente paragrafo, quella cioè relativa al criterio al quale i teorici dei "vizi incompleti" affiderebbero la misurazione dell'auspicata "«correzione» del risultato economico del regolamento di interessi, pregiudicato dal contegno sleale e scorretto del *partner*" [56], potrebbe essere estesa anche all'approccio teorico che vede grava-

---

[50] L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza,* cit., 201 ss. Giova però sottolineare sin d'ora l'impersonalità del rapporto al quale si allude nella maggioranza dei casi in cui siano ipotizzabili lesioni degli interessi di singoli consumatori in seguito all'esercizio di una condotta scorretta da parte del professionista. Tale particolarità infatti, per un verso, rende inevitabile che al problema delle pratiche commerciali scorrette sia riservato un trattamento normativo di matrice pubblicistica e, per altro verso, impone al singolo che lamenti gli effetti pregiudizievoli di una pratica, pure se riconosciuta scorretta dall'istituzione investita del relativo potere di accertamento – in Italia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato – di dimostrarne la contrarietà al dovere di buona fede nell'ambito della relazione che, seppure spesso del tutto impersonale, si pretenda esistente con il professionista, quale che sia la natura contrattuale o extracontrattuale che le si voglia assegnare.

[51] Da ultimo, C. CASTRONOVO, *Il diritto italiano delle obbligazioni dal codice civile del 1942 a oggi. Profili di un'evoluzione*, in *Europa dir. priv*., 2021, 614 ss.; ID., (Voce), *L'obbligo di protezione,* in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma 1991. In senso analogo, F. PIRAINO, *La natura*, cit., 47 ss.; A. ALBANESE, *Responsabilità*, cit., 1706 ss.

[52] C. CASTRONOVO, *La responsabilità*, cit., 521 ss.

[53] A. NICOLUSSI, *L'obbligazione oltre il principio del contratto. Comportamenti socialmente tipici e relazioni di affidamento*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, I, Jovene, 2022, 692.

[54] L. MENGONI, *Scritti*, cit., 279. In dottrina l'opinione della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale è largamente condivisa. Oltre agli autori già citati nelle note precedenti, F. BENATTI, *La responsabilità*, cit., 126 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nov. Dig. It*., XV, Utet, 1968, 675; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Dir. Priv*. diretto da M. BESSONE, vol. XII, t. II, Utet, 2000, 347 ss. Per i fautori della natura extracontrattuale di tale ipotesi di responsabilità, *supra*, note nn. 45 e 47. Tuttavia, ritiene che la diversa qualificazione della natura della responsabilità precontrattuale "non sembra avere incidenza decisiva nella soluzione dei problemi di trattamento di tale fattispecie di responsabilità", G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. del Contratto,* diretto da V. ROPPO, vol. V, t. II, Giuffrè, 2006, 1115. Da ultimo, considera inappagante la logica rigidamente dicotomica che domina il confronto sulla natura della responsabilità precontrattuale C. CAMARDI, *Note critiche sull'approccio dicotomico alla «natura» della responsabilità precontrattuale e sulle cosiddette «terre di nessuno»*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Jovene, 2022, 257, ipotizzando che "le regole da applicare alla responsabilità precontrattuale potrebbero individuarsi in relazione ai principi che si è visto essere preposti allo svolgimento delle trattative, indipendentemente dal pregiudiziale richiamo di una o dell'altra «natura» o di una o di un'altra categoria".

[55] Esprime un'opinione fortemente critica nei riguardi dell'orientamento che fonda il dovere di buona fede *ex* art. 1337 c.c. sull'esistenza di un contatto sociale qualificato, fonte di affidamento tra le parti impegnate nella trattativa precontrattuale, considerandolo causa di un'incontrollabile dilatazione della sfera della responsabilità contrattuale, A. ZACCARIA, *La "teoria" del "contatto sociale"*, in *Studium Iuris*, 2018, 592 ss.

[56] M. MANTOVANI, *Vizi*, cit., 186.



re sul professionista un'obbligazione senza prestazione nei riguardi del consumatore al quale propone di concludere un affare.

Si allude alla problematica della quantificazione dell'obbligazione risarcitoria derivante dall'accertamento di una condotta del professionista contraria a quella dovuta in virtù dell'obbligo di protezione che lo vincola. La sua definizione infatti sarebbe tutt'altro che agevole, corrispondendo la misura della perdita procurata, non tanto alla apprezzabilità per equivalente monetario dell'inadempimento di una prestazione patrimoniale determinata o determinabile, quanto piuttosto alla compromissione delle aspettative, di indefinita consistenza patrimoniale, connesse all'affidamento nell'altrui correttezza [57]. Ricorrerebbe in altri termini la nota ipotesi del danno meramente patrimoniale, la cui peculiarità risiederebbe proprio nella circostanza di corrispondere ad un valore patrimonialmente apprezzabile solo *ex post*, non sussistendo una autonoma prestazione cui commisurarne *ex ante* il valore ipotetico [58]. La misura del danno equivarrebbe al valore della perdita subita in relazione alla piena soddisfazione dell'interesse creditorio, le cui dimensioni, secondo quanti riconoscono la legittimità di tale figura, oltrepasserebbero lo specifico perimetro dell'oggetto della prestazione, a maggior ragione nel caso in cui intorno a quest'ultima non si sia ancora perfezionato alcun diritto, come accade in occasione di un mero contatto sociale, eventualmente prodromico di un successivo accordo contrattuale [59].

5. – Si potrebbe infine accogliere una terza possibile chiave di lettura del problema relativo all'individuazione dell'interesse soggettivo del consumatore, oggetto di rinnovata attenzione da parte del legislatore eurounitario. Potrebbe cioè non trattarsi dell'interesse alla congruità del contratto che, ove deluso dagli effetti di una pratica commerciale scorretta sulla definizione delle condizioni dello scambio, legittimerebbe la pretesa di una conformazione *ex post* del regolamento di interessi in chiave compensativa di quanto diversamente si sarebbe potuto ottenere. Né si tratterebbe della pretesa del singolo consumatore di fidarsi e affidarsi

[57] A. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1984, 322 ss.

[58] Non a caso si osserva che "l'interesse alla protezione non è interesse positivo alla prestazione, cioè un interesse a un incremento patrimoniale, ma un interesse alla conservazione della sfera giuridico-patrimoniale con cui si è entrati nella relazione; perciò il risarcimento viene commisurato in funzione del cosiddetto interesse negativo". A. Nicolussi, *L'obbligazione*, cit., 697.

[59] In ragione dell'attribuzione di una struttura complessa all'obbligazione, si è affermato che la responsabilità da inadempimento di un rapporto obbligatorio "ha una referenza più ampia di quella dell'obbligo di prestazione" ovvero reagisce anche alla frustrazione delle legittime aspettative del creditore circa la correttezza della condotta, *ex fide bona*, del debitore e dei terzi che concorrono alla realizzazione dell'interesse sul quale il rapporto si fonda. C. Castronovo, *La responsabilità*, cit., 309; C. Scognamiglio, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, in *Resp. civ. prev*., 2007, 1253 ss.; S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv*., 2008, 370 ss.; Id., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa dir. priv*., 2011, 123 ss., ove l'Autore riconduce alla categoria della responsabilità contrattuale "in senso debole" sia la responsabilità derivante dalla violazione di obblighi di protezione, ricorrente in relazione alla frustrazione di "istanze di salvaguardia del patrimonio e della persona dell'altra parte del rapporto obbligatorio" (*ivi*, 136-137), pur sempre qualificabili come interessi finali alla stregua dell'interesse del creditore all'adempimento di una prestazione; sia la responsabilità connessa alla perdita di *chance*, alla quale corrisponderebbe invece un pregiudizio che, atteggiandosi a "mancato incremento patrimoniale soltanto possibile (..), andrebbe correttamente qualificato come perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale (…) per approdare ad una riconcettualizzazione della *chance* come criterio di quantificazione del lucro cessante" (*ivi,* p. 129). In diversa prospettiva, M. Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Giuffrè, 2003, 169 ss., il quale, argomentando che "se non sussiste una prestazione dedotta in obbligazione e la pretesa obbligazione abbia ad oggetto il solo dovere secondario di risarcimento, un rischio di danno specificamente determinato dall'esistenza di un rapporto obbligatorio è insussistente" (*ivi*, 178-179), ascrive all'area dell'illecito extracontrattuale e non a quella della responsabilità contrattuale la rilevanza giuridica del danno meramente patrimoniale prodotto dalla violazione della buona fede e dei doveri di protezione della sfera giuridica altrui, che da essa discendono. Non riconosce alla categoria del danno meramente economico effettiva consistenza E. Navarretta, *L'ingiustizia*, cit., 252.



ad informazioni e suggestioni che notoriamente, prima di essere diffuse, sono oggetto di selezione e accurata analisi al fine legittimo di catturare l'attenzione e impressionare quanto più possibile positivamente la massa indistinta dei destinatari dell'offerta commerciale cui si riferiscono [60].

L'elemento distintivo dell'interesse di cui si discorre potrebbe piuttosto essere ricercato nell'assicurazione di *standard* oggettivi di comportamento da parte del professionista, il rispetto dei quali consentirebbe al consumatore di contare sull'esistenza delle condizioni per scegliere liberamente sul mercato l'operazione economica che ritenga più coerente alle proprie necessità e alle proprie possibilità, in modo consapevole e ponderato [61]. Il dovere di buona fede del professionista rimarrebbe certamente il fondamento normativo della conseguente pretesa del consumatore, come del resto testimoniato dalla definizione della diligenza professionale disposta dall'art. 18, lett. h), cod. cons. [62]. Ma un approccio marcatamente casistico tenderebbe a de-

---

[60] Non può omettersi di ricordare infatti che "è, in linea di principio, consentito alle imprese rivolgersi ai consumatori con messaggi *suggestivi*, cioè di contenuto non verificabile, che si pongono dichiaratamente sul terreno dell'opinabilità, del gusto, delle scelte culturali, ecc.". M. LIBERTINI, *Clausola*, cit., 99 e, più ampiamente, ID., *La pubblicità commerciale*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007, 461 ss. In quest'ambito, si sofferma in particolare sul fenomeno della pubblicità mirata, realizzabile attraverso un'attività di massiccia e costante raccolta e rielaborazione di dati personali, in virtù della quale "la capacità di fare scelte adeguatamente informate alla luce delle proprie preferenze può essere erosa dall'utilizzo strategico o incontrollato dei profili e delle informazioni personali", F. GALLI, *La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?*, in *Contr. impr*., 2022, 923 ss.

[61] M. LIBERTINI, *Clausola*, cit., 98 ss. Un particolare interesse in questo senso presentano i contenuti normativi del reg. (UE) 2019/1150 del Parlamento e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*. Sebbene infatti le disposizioni relative alle condotte dovute dai fornitori di servizi di intermediazione *online* siano rivolte a disciplinare le interazioni negoziali con gli utenti commerciali, al fine di contenere il fenomeno della dipendenza di questi ultimi da tali servizi, soprattutto ove si tratti di microimprese, piccole e medie imprese (*considerando* n. 2), esse definiscono veri e propri *standard* di comportamento precontrattuale e contrattuale che i fornitori di servizi *online* devono osservare "al fine di garantire un contesto commerciale *online* equo, prevedibile, sostenibile e sicuro nell'ambito del mercato interno " (*considerando* n. 7).

[62] Considerato che, ai sensi dell'art. 18, lett. h), cod. cons. la diligenza professionale equivale al "normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede nel settore di attività del professionista", si osserva, per un verso, che "quella di «diligenza professionale» è (…) nozione specificamente propria della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, una nozione dotata di piena autonomia rispetto alla nozione civilistica di diligenza" e, per altro verso, che la concretizzazione delle «ragionevoli aspettative» nutrite dai consumatori nei riguardi delle condotte del professionista "deve a rigore avvenire attraverso l'utilizzazione di un unico parametro", da individuarsi proprio nei principi generali di correttezza e di buona fede. G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in G. DE CRISTOFARO, (a cura di), *Pratiche*, cit., 150-151, il quale prosegue precisando che "si tratta con tutta evidenza – come inequivocabilmente dimostra l'utilizzazione dell'aggettivo «generali» – di principi che affondano le proprie radici nella «correttezza» e nella «buona fede» (in senso oggettivo) di cui agli artt. 1175, 1337, e 1375 c.c. (*ivi*, 152). Secondo M. LIBERTINI, *Clausola*, cit., 90 ss., il riferimento disposto dall'art. 2, lett. h), dir. 2005/29/CE alla diligenza sarebbe, da un lato, improprio, poiché indicativo di un parametro di colpevolezza eventualmente applicabile solo nell'accertamento della responsabilità del singolo professionista, dall'altro inessenziale, in quanto il mancato rispetto della diligenza professionale non sarebbe sufficiente al riconoscimento della scorrettezza della pratica. A tal fine, sarebbe comunque rilevante il riferimento, nell'ambito della definizione della diligenza professionale *ex* art. 2, lett. h), dir. 2005/29/CE, ma soprattutto *ex* art. 18, lett. h) cod. cons., al principio generale di buona fede, cui dovrebbe tuttavia attribuirsi "portata normativa autonoma" (*ivi*, 91): esso, avvalorato nella disposizione nazionale dal richiamo congiunto alla correttezza, sarebbe espressivo delle "regole oggettive esterne, che impongono alle imprese, (…) doveri di informazione e di protezione, funzionali al rispetto della libertà di scelta del consumatore, e ciò a prescindere da qualsiasi consuetudine o pratica corrente" (*ivi*, 96). Preso atto della rilevanza che entrambi gli autori citati attribuiscono comunque al richiamo della buona fede, sembra che la differenza tra gli approcci interpretativi proposti riguardi soprattutto la portata normativa di tale richiamo ai fini dell'accertamento della scorrettezza di una pratica commerciale. Per il primo autore citato la clausola generale della buona fede opererebbe solo in via residuale – G. DE CRISTOFARO, *La nozione*, cit., 143 – mentre per il secondo autore citato, essa avrebbe una funzione qualificatoria primaria, rappresentando le categorie intermedie dell'ingannevolezza e dell'aggressività e le singole ipotesi di pratiche comunque vietate, tipizzate nella c.d. lista nera, sue mere esemplificazioni. M. LIBERTINI, *Clausola*, cit., 85. Ma, in tal senso, si veda anche CGUE, 19 settembre 2013, C-435/11 e CGUE, 16 aprile 2015, C-388/13.



finirne in modo sempre più preciso i contorni [63], mentre, per altro verso, la reazione rimediale alla sua violazione potrebbe approssimarsi più agli effetti giuridici di una garanzia [64], che non a quelli tipici dell'accertamento di una responsabilità soggettiva [65].

---

[63] In proposito si considerino le disposizioni dell'art. 3 della direttiva 2019/2161/UE, in particolare quelle finalizzate a integrare gli artt. 3, 6 e 7 della dir. 2005/29/CE e quelle che ne modificano l'allegato 1. Il primo gruppo di disposizioni sollecitano gli Stati membri ad indicare nuovi standard comportamentali dovuti dai professionisti che offrono la vendita di beni e servizi fuori dai locali commerciali, considerano ingannevole le attività di marketing di prodotti venduti in diversi Stati di cui si sostenga l'identità, malgrado la diversità di caratteristiche e composizione e richiedono la fornitura di adeguate informazioni circa i parametri che determinano il posizionamento delle diverse offerte di un prodotto ricercato *online* dal consumatore. Il secondo gruppo di disposizioni introduce invece altrettante nuove ipotesi di pratiche commerciali da considerarsi in ogni caso ingannevoli. Un'analoga impostazione di contenuti emerge d'altronde dalla lettura della proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela delle pratiche sleali e dell'informazione. Più in generale, a riguardo si potrebbe fare riferimento al modello disciplinare della c.d. *accountability* offerto dall'art. 24 del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR – regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), in virtù del quale "il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente regolamento". Sul punto, F. GALLI, *La pubblicità*, cit., 951 ss.

[64] Evocando lo strumento giuridico della garanzia, si intende fare riferimento ad un rimedio che, sia dal punto vista funzionale, sia dal punto vista operativo, ricalchi quello della garanzia per vizi della cosa oggetto di una compravendita *ex* art. 1490 c.c. o della garanzia di conformità del bene al contratto di vendita, che della prima rappresenta l'evoluzione nell'ambito del diritto dei contratti conclusi tra un professionista e un consumatore (art. 129 ss. cod. cons.). Il tema della natura e della funzione giuridica dell'istituto della garanzia, come è noto, è da tempo oggetto di ampio dibattito, sul quale G. TUCCI, (Voce), *Garanzia*, in *Dig. Disc. priv.*, sez. civ. VIII, Utet, 1992, 581 ss.; M. FRAGALI, (Voce), *Garanzia*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, 1969, 449 ss.; L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Giuffrè, 1983, 60 ss. Secondo un primo orientamento interpretativo, nella vendita la garanzia sarebbe un effetto del contratto, funzionale ad assicurare al compratore il conseguimento di un certo risultato, ovvero a far ricadere sul venditore il rischio del suo mancato conseguimento, essendo impossibile la deducibilità di tale risultato in obbligazione. Essa dunque, piuttosto che come oggetto di un'obbligazione di natura risarcitoria, si caratterizzerebbe come "surrogato dell'azione di adempimento". L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, oggi in L. MENGONI, *Scritti – Obbligazioni e negozio*, II, Giuffrè, 2011, 402-403. In senso analogo, D. RUBINO, *La compravendita*, Giuffrè, 1962, 505 ss. Richiamando le origini romanistiche dell'istituto, rimarca l'autonomia degli effetti restitutori, ritenuti ora come allora tipici della garanzia, dagli effetti risarcitori, che pure possono collegarsi al suo azionamento alla stregua dell'*actio empti*, C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Giuffrè, 1979, 418 ss. Per un diverso approccio alla questione, M. C. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Utet, 1993, 708 ss., e più oltre, 895-896, secondo il quale, "l'integrità e la bontà della cosa attengono alla «promessa» dell'alienante, cioè al suo impegno contrattuale", la cui violazione "si traduce in termini di obbligazione inadempiuta". Da ultimo, in giurisprudenza, Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Contr.*, 2019, 373 ss. con nota di 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 *Giur. it*., 2019, 1527 ss., con nota di R. CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*, il quale, in contrasto con il primo orientamento sopra riportato, considera la garanzia come un'ipotesi particolare di responsabilità, derivante dalla violazione di una "promessa di conformità" espressa nel contratto (*Ivi*, 1536). Sul punto, invece, in senso adesivo all'orientamento che riconosce nella garanzia uno specifico effetto del contratto di vendita, si vedano da ultimo anche F. PIRAINO, *La garanzia nella vendita: durata e fatti costitutivi delle azioni edilizie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2020, 1117 ss.; A. IULIANI, *Note minime in tema di garanzia per i vizi nella vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2020, 671 ss. Pur riconoscendo che, ove si tratti di "obbligazione di conformità" o *specific performance*, come nell'ambito del diritto dei consumatori di matrice europea, "il modello di tradizione romanistica della garanzia che espone alla responsabilità a prescindere dall'esistenza di un debito a monte (…) trova sempre più ridotti campi di applicazione", ritiene che "almeno in Italia, non si può dire che le cose stiano in questo modo" T. DALLA MASSARA, *L'onere*, cit., 383-384. A riguardo si vedano anche S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: Il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv*., 2004, 1051 ss.; G. DE CRISTOFARO, *L'interruzione del termine prescrizionale del diritto del compratore «alla garanzia per vizi»*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 903 ss.

[65] La previsione di una obbligazione risarcitoria infatti, rappresenterebbe comunque l'esito di una procedura di accertamento della responsabilità in capo al professionista, poco importa in questa prospettiva se di natura contrattuale o extracontrattuale, che, sul piano della relazione individuale *b2c*, si prospetterebbe tutt'altro che agevole. In primo luogo a causa dell'impersonalità di tale relazione e della conseguente difficoltà ad individuare la controparte del consumatore vittima della condotta scorretta, cui imputare, a seconda della prospettiva teorica adottata, ora la violazione dell'obbligazione senza prestazione, generata *ex lege* dal dovere di buona fede che



Facendo leva sul riferimento ai rimedi della riduzione del prezzo e della risoluzione, "se pertinenti" di cui all'art. 11-*bis*, si potrebbe cioè saggiare l'ammissibilità di una estensione dello strumento della garanzia nei riguardi di effetti pregiudizievoli che il singolo consumatore subisca a causa dell'esercizio di una pratica commerciale scorretta.

Al verificarsi di una pratica commerciale della controparte "contraria alla diligenza professionale e (…) idonea a falsare il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta" (art. 20, comma 2, Cod. Cons.), dunque, il singolo consumatore, che ritenga inciso il suo interesse a scegliere in modo libero e consapevole lo specifico rapporto tra vantaggi, svantaggi e rischi connesso alla realizzazione dell'operazione economica dedotta in contratto, potrebbe azionare, a seconda delle priorità di volta in volta perseguite, i rimedi della riduzione del prezzo o della risoluzione. In tal modo, indipendentemente dall'attivazione di una procedura di accertamento della responsabilità del professionista, egli potrebbe ottenere, avvalendosi degli effetti restitutori prodotti da quegli stessi rimedi, il ripristino della situazione patrimoniale nella quale si sarebbe trovato ove la condotta scorretta non si fosse verificata [66]. Non pare precludere l'ammissibilità dell'ipotesi esposta la circostanza che, mentre nel caso della garanzia della vendita un'obbligazione che abbia ad oggetto il conseguimento del risultato garantito sia da ritenersi incoerente allo specifico profilo causale del contratto concluso tra le parti, nel caso della ricorrenza di una pratica commerciale scorretta, l'azionamento della garanzia deriverebbe da una condotta contraria al dovere di buona fede in fase precontrattuale. Non solo, infatti, la rappresentazione dell'istituto della garanzia alla stregua di uno strumento giuridico del tutto estraneo e contrapposto a quello della responsabilità non è universalmente condivisa in dottrina [67] ma, anche ove si ritenga che esso integri un effetto legale o contrattuale sottoposto ad una *conditio iuris*, non è detto che la sua funzionalità debba necessariamente essere limitata ai soli casi in cui il raggiungimento di un risultato non si presti logicamente a divenire oggetto di un'obbli-

---

presiede alle condotte dovute nella fase precontrattuale, ora la responsabilità per la commissione di un illecito di natura extracontrattuale. In secondo luogo, a causa della complessità dell'onere probatorio, comunque gravante sul consumatore, con riguardo alla violazione della buona fede nell'ambito della relazione individuale, in terzo luogo a causa delle già segnalate difficoltà connesse alla quantificazione dell'eventuale obbligazione risarcitoria, *supra*, paragr. 4.

[66] La proposta interpretativa, come è evidente, è rivolta in particolare alla considerazione delle ipotesi di pratiche commerciali scorrette che precedono, condizionandola, la conclusione del contratto tra professionista e consumatore. Ove ricorra, ad esempio, una delle ipotesi già menzionate (*supra*, nota n. 26) di pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli, introdotte dall'art. 3, punto 7, dir. 2019/2161/UE nell'elenco allegato alla dir. 2005/29/CE ai punti 11-*bis*, 23-*bis* e 23-*ter* o ancora l'ipotesi prevista dall'art. 23, 1° co. lett. a), cod. cons., relativa all'affermazione non veritiera del professionista di essere firmatario di un codice di condotta, potrebbe darsi che il consumatore, pur consapevole del condizionamento esercitato dalla pratica scorretta sulla decisione commerciale assunta, sia più interessato a riportare il rapporto di corrispettività tra le prestazioni concordate all'equilibrio che sarebbe stato raggiunto in assenza degli effetti della pratica scorretta, che non a rinunciare del tutto alla realizzazione dell'operazione economica dedotta in contratto, attraverso l'azionamento di un rimedio caducatorio, eventualmente rappresentato dal recesso di pentimento *ex* art. 52 cod. cons. o dall'annullabilità per vizio del consenso. In tutti questi casi, il ricorso allo strumento di tutela della riduzione del prezzo consentirebbe senz'altro la soddisfazione dell'interesse del consumatore, oltre a rivelarsi più agevolmente azionabile di una pretesa risarcitoria. Così come, nelle ipotesi in cui si voglia al contrario ottenere la liberazione dal vincolo contrattuale, ma non sia possibile esercitare il diritto di recesso perché i relativi termini siano già scaduti o perché il rapporto contrattuale non sia stato instaurato a distanza o fuori dai locali commerciali del professionista, la richiesta stragiudiziale di risoluzione del contratto potrebbe soddisfare in modo efficace e proporzionato l'interesse del consumatore, consentendogli certamente di pretendere la restituzione di quanto già prestato a favore del professionista, senza bisogno di ulteriori allegazioni, che l'eventuale pretesa di un risarcimento del danno invece imporrebbe.

[67] Con particolare riferimento alla garanzia della vendita di beni di consumo, per tutti A. Di Majo, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa dir. priv*., 2002, 5 ss.; R. Alessi, *L'attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo nel diritto italiano*, in *Europa dir. priv*., 2004, 743 ss.; G. Amadio, *Proprietà e consegna nella vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ*., 2004, 140 ss.



gazione. Piuttosto, sulla scorta dell'appiglio fornito a tal fine proprio dalla formulazione dell'art. 11-*bis* – che, in seguito all'entrata in vigore dell'atto di recepimento della dir. 2019/2161/UE, sarà offerto nel nostro ordinamento dall'art. 27, comma 15-*bis*, cod. cons. – andrebbe verificata la possibilità di ricavare in via interpretativa una *conditio iuris* che subordini all'esercizio di una pratica commerciale scorretta da parte del professionista l'attivazione di rimedi azionabili indipendentemente dall'imputazione a suo carico di una responsabilità, contrattuale o extracontrattuale che sia.

6. – Alla luce delle considerazioni finora svolte, la strada imboccata dal legislatore eurounitario per realizzare un nuovo equilibrio tra protezione degli interessi economici del "consumatore medio" di cui all'art. 20, comma 2, cod. cons. e la tutela delle esigenze del singolo consumatore potrebbe non coincidere con l'indiscriminata valorizzazione del dispositivo della responsabilità, quantomeno nelle sue declinazioni tradizionali [68]. La ricerca di strumenti di protezione rispondenti all'imperativo dell'effettività [69], infatti, potrebbe condurre a preferire un rimedio facilmente azionabile e una ragionevole certezza del risultato alle inevitabili complessità delle procedure giudiziali o extragiudiziali di accertamento, prima dell'imputabilità della responsabilità, poi dell'esatta consistenza patrimoniale del danno procurato.

Anche la destinazione di più efficienti meccanismi di *private enforcement* al complessivo rafforzamento dell'obiettivo della deterrenza nei riguardi di condotte negoziali scorrette da parte dei professionisti [70], perseguito dalla direttiva 2019/2161/UE in primo luogo mediante l'inasprimento delle sanzioni adottabili nell'ambito del *public enforcement*, contribuirebbe d'altra parte a confermare, alla base dell'intervento normativo che si commenta, più il fine di una razionalizzazione generalizzata delle relazioni tra i diversi attori del mercato, raggiungibile puntando sul percorso rimediale indicato [71], che non quello di un incremento incontrollato del tasso di litigiosità fuori e dentro le aule dei tribunali [72].

---

[68] Di estremo interesse, a riguardo, risultano le considerazioni sviluppate da C. CAMARDI, *Note*, cit., 229 ss.

[69] G. VETTORI, *Effettività tra legge e diritto,* Giuffrè, 2020, 12, secondo il quale il "test di effettività" si configura come uno strumento essenziale al servizio dell'interpretazione, la quale, a fronte di norme che, "a causa della complessità del fatto", spesso appaiono di difficile attuazione, se non "obsolete o riduttive", ove la protezione di un interesse soggettivo giuridicamente rilevante risulti insoddisfacente, potrà ricondurla "ad uno standard costituzionale interno o comunitario", proprio grazie al richiamo dell'effettività. Id., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ*., 666 ss.; ID., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2018, 939 ss. Ma sul principio di effettività si vedano anche M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, 2019, 21 ss.; P. IAMICELI (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Università Trento, 2020; F. Cafaggi, *Tutela*, cit., 51 ss.; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, 2017, 3 ss.

[70] Un'analoga funzione è assolta anche dalla disciplina della risarcibilità del danno da illeciti antitrust disposta dalla direttiva 2014/104/UE e recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. Sul tema, CGUE, 20 settembre 2001, C-453/99; CGUE, 14 marzo 2019, C-724/17; CGUE, 6 ottobre 2021, C-882/19. Per un'analisi delle norme di recepimento della dir. 104/2014/UE, F. CASOLARI, *Diritto ad un pieno risarcimento*, in P. MANZINI, (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Giappichelli, 2017, 1 ss.; E. CORAPI, *Il risarcimento del danno antitrust. La direttiva n. 104/2014 UE e la sua attuazione. Modelli a confronto*, Jovene, 2017, 28 ss.; A. MONTANARI, *Il danno antitrust*, Wolters Kluwer, 2019, 171 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno antitrust, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile*, in *Quest. giust*., 2018 *https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/danno-antitrust-scopo-della-norma-violata-e-funzioni-della-responsabilita-civile_523.php*.

[71] Denunciando l'anacronismo di un approccio che analizzi i bisogni e gli interessi dei singoli separatamente dalle istanze regolatorie che connotano le attuali dinamiche di mercato, F. DENOZZA, *Principle vs. Policy: spunti sui contratti a valle e sulla nullità virtuale "regolatoria"*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, 673-674, evidenzia come il superamento di un modello regolatorio focalizzato su comandi e controlli, a favore dell'affermazione di "una regolazione basata su incentivi", fa sì che "l'adempimento degli obblighi posti a carico degli agenti, non è più integralmente garantito da costosi controlli pubblici preventivi, ma è, in parte rilevante, affidato



La precisazione, riportata dallo stesso art. 11-*bis*, secondo la quale "gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi", potrebbe altresì considerarsi indicativa in tal senso, ove interpretata come un invito alla rimodulazione normativa dei meccanismi rimediali che, tra quelli esistenti nei diversi ordinamenti nazionali, si mostrino, almeno potenzialmente, più efficaci ed agevoli da azionare nel contrasto degli ostacoli generati da pratiche scorrette alla formazione libera e ponderata delle opinioni economiche e delle decisioni commerciali del consumatore [73].

Si potrebbe cioè ritenere che, allo stesso modo in cui il diritto europeo sulle clausole vessatorie o sul diritto di recesso dai contratti conclusi fuori dai locali commerciali o a distanza ha favorito in passato l'articolazione disciplinare rispettivamente dell'istituto della nullità parziale e del diritto di recesso [74], pro-

---

all'attivo controllo da parte dei privati danneggiati dal non soddisfacente adempimento degli obblighi in questione". Seppure con maggiore indulgenza nei riguardi della prospettiva di un ragguardevole incremento del contenzioso giudiziale, T. FEBBRAJO, *Il private enforcement*, cit., 123, sostiene che "l'ordinamento ottimale è quello che prevede l'agire combinato di *private* e di *public enforcement.* In particolar modo, l'iniziativa dei privati appare imprescindibile per garantire che un sistema sanzionatorio soddisfi i requisiti di proporzionalità e di dissuasività". Di notevole interesse appaiono a riguardo gli argomenti da ultimo sviluppati da Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, ove, al fine di accreditare la tesi della nullità parziale, nei contratti a valle di un'intesa anticoncorrenziale, delle clausole espressive dei contenuti oggetto della medesima intesa, si afferma che "l'interesse protetto dalla normativa antitrust è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo, ed esclusivamente se ha subito un danno in concreto". Commentando questa decisione, si soffermano sul rapporto e la possibile complementarietà tra il rimedio della nullità totale o parziale di contratti a valle di un illecito antitrust e il rimedio risarcitorio, eventualmente azionabili dal terzo A. MONTANARI, *Sulla tutela privata antitrust dopo le Sezioni unite n. 41994/2021*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, 682 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, 694 ss. A riguardo si veda anche M. LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, 378 ss.

[72] Può essere utile ricordare nuovamente che nella strategia regolatoria perseguita dal legislatore eurounitario si inserisce anche la rinnovata disciplina delle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, disposta dalla dir. 2020/1828/UE, la quale, per un verso è chiaramente orientata alla predisposizione di procedimenti inibitori e risarcitori che consentano il superamento degli ostacoli "cui devono far fronte i consumatori in azioni individuali" rivolte ad ottenere il rispetto da parte dei professionisti del diritto dell'Unione (*considerando* n. 9). Per altro verso, quella stessa disciplina "dovrebbe prevedere un meccanismo procedurale che non pregiudichi le norme che stabiliscono diritti sostanziali dei consumatori a rimedi contrattuali ed extracontrattuali nei casi in cui i loro interessi siano stati lesi da una violazione, come il diritto al risarcimento dei danni, alla risoluzione del contratto, al rimborso, alla sostituzione, alla riparazione o alla riduzione del prezzo, a seconda di quanto opportuno e previsto dal diritto dell'Unione o nazionale" (*considerando* n. 42, il quale si conclude con la precisazione, già presente al *considerando* n. 10, che "la presente direttiva non dovrebbe consentire l'imposizione di risarcimenti a carattere punitivo nei confronti del professionista che ha commesso la violazione, a norma del diritto nazionale"). La disciplina delle azioni rappresentative, dunque, aggiungendosi e non sostituendosi agli strumenti di tutela degli interessi individuali dei consumatori, non solo non sembra attribuire alcuna posizione di preminenza al rimedio risarcitorio, ma, in modo significativo, esclude anche che dalla sua applicazione derivi l'imposizione di "risarcimenti a carattere punitivo".

[73] Sul punto, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Esi 2013, 55, il quale, sviluppando una più ampia riflessione sulla diversa caratura dell'incidenza di volta in volta esercitata da una condotta sull'idoneità della fattispecie contrattuale a produrre effetti giuridicamente rilevanti, contesta che la reazione dell'ordinamento all'accertamento degli effetti pregiudizievoli di una pratica commerciale scorretta sulla conclusione di un contratto possa essere rappresentata da un solo rimedio, identificato ora nella nullità, ora nell'annullabilità, ora infine nell'obbligazione risarcitoria. "Simili esiti, infatti, opereranno alternativamente a seconda della diversa incidenza del comportamento scorretto sul regolamento di interessi e rilevante sarà anche la valutazione della loro capacità a soddisfare o a ripristinare il bene della vita compromesso".

[74] A proposito dell'evoluzione disciplinare impressa all'istituto dell'invalidità dal diritto europeo dei contratti del consumatore, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Giuffrè, 1995, 29 ss.; A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr*., 2003, 200 ss.; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv*., 2001, 489 ss.; ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ*., 2003, 201 ss.; ID., *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in V. SCALISI, *il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Giuffrè, 2011, 377 ss. Da ultimo, M. GIROLAMI, (Voce), *Nullità di protezione*, in *Contratto*, *Enc. dir.*, I tematici, cit., 701 ss.



muovendo l'accostamento di norme speciali a quelle applicabili alla generalità dei rapporti contrattuali, così adesso strumenti giuridici quali, tra gli altri, il diritto al risarcimento del danno, ma anche il diritto alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto, siano sottoposti ad un riadattamento funzionale che ne renda più intuitivo l'azionamento e più immediato il risultato [75]. Si potrebbero così valorizzare le peculiarità delle lesioni procurate al consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta, distinguendole più nettamente da quelle derivanti dalle patologie prese in considerazione dal nostro legislatore in relazione alla formazione del consenso negoziale o all'esecuzione di un rapporto obbligatorio [76].

Invero, rispetto alle interazioni di mercato di matrice prevalentemente personale, prese in considerazione dai redattori del codice civile, differente è il contesto economico-sociale nel quale le pratiche commerciali scorrette si diffondono [77], così come spesso differente è la cifra del condizionamento esercitato sulla forma-

---

Quanto alla conformazione del diritto di recesso alla stregua di un diritto di pentimento, idoneo a consentire al consumatore di recuperare la fase di valutazione dell'opportunità dell'operazione di scambio, neutralizzata dall'effetto "sorpresa" dell'offerta commerciale preliminare alla conclusione del contratto, G. GABRIELLI, F. PADOVINI, (Voce), *Recesso*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1998, 38; C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Giuffrè, 2008, 25 ss.; C. CONFORTINI, *Il recesso di pentimento*, in *Corr. giur.*, 2014, 19 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 275 ss.; C. CONFORTINI, *A proposito del ius poenitendi del consumatore e della sua discussa natura*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 1343 ss.

[75] La formulazione dell'art. 11-*bis* avrebbe consigliato, in fase di recepimento, un intervento legislativo di razionalizzazione normativa proprio in questa direzione. Si è già evidenziato, tuttavia, che lo schema del decreto legislativo attuativo della dir. 2019/2161/UE, come purtroppo spesso accade, disponendo l'inserimento del comma 15-*bis* all'art. 27 del d.lgs. n. 206/2005, si limita ad un "riadattamento" minimale del testo della disposizione da integrare nel codice del consumo. Per questa ragione, d'altra parte, la proposta di una lettura esplicativa del riferimento al risarcimento del danno e, "ove applicabili"– come recita il testo del comma 15-*bis* – alla riduzione del prezzo e alla risoluzione del contratto, si offre come contributo all'elaborazione di un orientamento interpretativo che consenta esiti applicativi coerenti all'imperativo dell'interpretazione conforme al diritto eurounitario del diritto interno, imperativo ripetutamente richiamato dalla Corte di Giustizia UE nelle sue decisioni – alcune delle quali ricordate *supra* nota n. 19 – sul quale G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea*, Wolters Kluwer, 2016, 104 ss.

[76] Non pare infatti del tutto appagante il semplice richiamo all'uopo dell'attività di integrazione analogica delle regole "dello ius commune sull'errore, sul dolo, sulla violenza e sulla follia" o il richiamo alla "regola d'insieme" riportata dall'art. 1337 c.c., come pure invocato da R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 619.

[77] L'evidente impersonalità dei rapporti contrattuali di massa, che tipicamente connota il contesto economico sociale nel quale le pratiche commerciali scorrette si diffondono, è ulteriormente esasperata dall'irrilevanza delle dimensioni di spazio e di tempo della contrattazione *online*. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO, (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, Giuffrè, 2007, 12-13, ove si legge che, nel contesto preso in considerazione, "la parola si materializza nello scritto e nei simboli e si unisce al «prodotto» o accompagna il «servizio». (…) L'uso di Internet procura una più intensa commistione fra promozione e informazione, e sembra rendere assai meno precise e rigorose le fasi dell'«invito all'acquisto», dando al consumatore la sensazione di essere un soggetto attivo e lontano dalla massa attraverso il passaggio da «*broadcasting*» a «*narrowcasting*». A ciò si aggiunga che l'imperativo della concorrenza induce il singolo operatore economico ad elaborare le proprie pratiche commerciali anche e soprattutto in considerazione del modo in cui i propri *competitors* si propongono sul mercato, predisponendo un'offerta di mercato che, in quanto rivolta alla massa dei consumatori, fa comunque aggio sul dato della strutturale asimmetria informativa di tale tipo di pubblico. A riguardo, da ultimo AGCM, provvedimento n. 30355 del 25 ottobre 2022, punti n. 77 ss. Sicché, la regolazione del fenomeno inevitabilmente richiede il perseguimento di finalità specifiche, solo occasionalmente assimilabili a quelle che ispirano la disciplina dei vizi del consenso o ai nobili intenti dei teorici degli obblighi di protezione. Esse, per un verso, esprimono l'aspirazione alla realizzazione di obiettivi etici – la tutela degli attori di mercato più vulnerabili – attraverso l'implementazione della normativa *antitrust*, tendendo per altro verso a conformare i singoli rapporti contrattuali o precontrattuali tra professionista e consumatore allo *standard* oggettivo di correttezza e lealtà, che dovrebbe presiedere allo sviluppo di tutte le dinamiche connesse alla concorrenza economica. Tra gli innumerevoli contributi sul tema, oltre a quelli già citati, R. CALVO, *Le pratiche commerciali «ingannevoli»*, L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali «aggressive»*, entrambi in G. DE CRISTOFARO, (a cura di) *Pratiche*, cit., rispettivamente 177 ss. e 289 ss.; L. DI NELLA, *Il sistema delle tutele e dei rimedi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Cedam, 2010, 836 ss.; A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Giuffrè, 2008, 144 ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Giappichelli, 2018, 21 ss.; L. GUFFANTI PESENTI, *Scorrettezza*, cit., 65 ss.



zione del consenso [78], il momento della sua incidenza, che non sempre coincide con quello immediatamente precedente la conclusione di un contratto [79], e l'effetto dannoso prodotto [80].

---

[78] Per quanto sia innegabile che in alcune circostanze la condotta del professionista possa ben integrare i presupposti del dolo o della violenza, causando alterazioni della volontà del consumatore assimilabili ai vizi del consenso – si pensi rispettivamente ad una presentazione del prodotto o del servizio idonea ad indurre in errore il singolo consumatore circa "il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo" (art. 21, comma 1, lett. d), cod. cons.) o all'ipotesi di una minaccia verbale o allo "sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto" (art. 25, lett. b) e c), cod. cons.); sul punto si veda anche la recentissima decisione CGUE, 2 febbraio 2023, C-208/21 – è largamente condivisa, seppure sulla base di motivazioni non sempre coincidenti, l'opinione secondo la quale "la disciplina dei vizi della volontà, pur facilmente evocabile in materia di pratiche commerciali sleali, non appare idonea ad offrire un'ampia tutela del singolo consumatore, dal momento che risponde a logiche sistematiche differenti da quelle che guidano le nuove regole". C. Tenella Sillani, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2009, 780. Sul punto, si vedano anche C. Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, 776 ss.; M. R. Maugeri, *Pratiche*, cit., 282 ss.; C. Camardi, *Pratiche*, cit., 414 ss.; E. Labella, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013, 719 ss.; Id. *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Giappichelli, 2018, 125 ss. In proposito, può essere utile richiamare l'attenzione sulla circostanza che la fattispecie del dolo vizio descritta dall'art. 1439 c.c. appaia concepita in relazione all'ipotesi di un rapporto personale tra due contraenti impegnati nella stipulazione di un contratto in condizioni di parità formale. C. A. Funaioli, *Dolo*, (Voce), in *Enc. dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, 738 ss.; A. Trabucchi, *Dolo*, (Voce), in *Nov. dig. it.*, VI, Utet, 1960, 150 ss.; A. Gentili, *Dolo*, (Voce), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 1 ss.; M. Franzoni, *Un vizio del consenso: il dolo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno,* III.2, *Diritto Privato*, Giuffrè, 1998, 315 ss. E ciò risulta confermato, per un verso, dal condizionamento della sua ricorrenza alla prova del requisito, invero piuttosto restrittivo, dell'intenzionalità dell'inganno, ove, invece, l'art. 21 cod. cons. attribuisce rilevanza indiscriminata all'idoneità della pratica ad indurre in errore il consumatore medio. Per altro verso, dall'esclusione della reticenza dalle ipotesi idonee ad integrare la fattispecie del dolo vizio, se non ove si provi la sua specifica premeditazione – *ex multis*, Cass., 11 aprile 2022, n. 11605, Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, Cass., 15 marzo 2005 n. 5549; Cass., 11 ottobre 1994 n. 8295, decisioni tutte consultabili in Banca Dati *De Jure*. Sul punto, in dottrina C. Colombo, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del* deceptus, in *Riv. dir. comm.*, 1993, 347 ss.; M. De Poli, *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza da Alberto Trabucchi alla stagione della «trasparenza contrattuale»*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 647 ss. All'opposto, l'art. 22 cod. cons. qualifica come pratiche commerciali ingannevoli le omissioni di tutte quelle informazioni di cui si debba ritenere il consumatore abbia bisogno, al fine di prendere una decisione consapevole di natura commerciale, riconoscendo, ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, anche nella presentazione "oscura, incomprensibile, ambigua o intempestiva" di tali informazioni la causa dell'ingannevolezza della pratica commerciale adottata. Quanto alla fattispecie della violenza, secondo l'art. 1435 c.c., questa sarebbe connotata dalla ricorrenza di una minaccia idonea ad impressionare una persona sensata, al punto da farle temere per sé o i suoi beni un male ingiusto e notevole. Diversamente, l'aggressività di una pratica commerciale, ai sensi dell'art. 24 cod. cons., parrebbe evidenziare più l'invasività e l'arroganza della condotta del professionista, che spingerebbe il consumatore ad adottare la decisione commerciale auspicata dallo stesso professionista, pur di ottenere la cessazione delle sue pressioni, che non l'idoneità della stessa condotta a suscitare il timore di un male evitabile solo attraverso l'adozione della decisione commerciale aggressivamente promossa dal professionista. Per un'esposizione ben più analitica e puntuale a riguardo, L. Guffanti Pesenti, *Scorrettezza*, cit. 226 ss. In diversa prospettiva, ritiene che "La pratica scorretta è in definitiva sempre un (odioso) abuso da parte di chi si trova in una posizione strutturale di potere (economico) fatta valere contro la libertà contrattuale del consumatore e a suo danno, e in quest'ottica non c'è ragione per non ammettere l'annullabilità del contratto, con l'invocazione della corrispondente disciplina, in modo ben più ampio di quanto risulti ammissibile in base alle norme del codice civile", N. Zorzi Galgano, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr.*, 2011, 952. In senso analogo, M. Nuzzo, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in E. Minervini, L. Rossi Carleo, (a cura di), *Le pratiche*, cit., 235 ss.; R. Calvo, *Le pratiche*, cit., 218; A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 60 ss.

[79] Come è noto, spesso la «decisione di natura commerciale» del consumatore è frutto, più che di un'opinione razionalmente maturata sulla qualità e la convenienza del prodotto o del servizio, di un desiderio/bisogno creato ad arte dai messaggi pubblicitari e successivamente alimentato da ripetuti messaggi di sollecitazione alla conclusione del contratto, in modo da indurre il consumatore alla manifestazione di una volontà negoziale apparentemente libera e consapevole ma di fatto fortemente condizionata da informazioni e suggestioni ingannevoli o modalità particolarmente invasive di approccio al consumatore perpetrate nel tempo da parte del professionista, in assenza delle quali la stessa decisione commerciale avrebbe potuto anche non essere stata presa. Si sofferma in par-



Si potrebbe allora ipotizzare di ammettere l'operatività di meccanismi di tutela "reintegratoria" della perdita lamentata che, da un lato, prescindano dall'accertamento della responsabilità del professionista, accostandosi al modello della garanzia azionabile al verificarsi del rischio garantito, e dall'altro, limitino la pretesa del consumatore alla misura oggettivamente quantificabile del vantaggio ingiustificato conseguito dal professionista in virtù della pratica commerciale scorretta, in modo analogo a quanto avviene quando, con finalità invero più restitutorie che reintegratorie [81], l'acquirente di un bene viziato chieda la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo corrisposto [82]. Di tal che la persistente efficacia del vincolo contrattuale non sa-

---

ticolare sulla descrizione dei meccanismi di definizione della pubblicità mirata nei mercati digitali, e sull'elaborazione a tal fine della grande massa di dati forniti più o meno consapevolmente dagli utenti di tali mercati F. GALLI, *La pubblicità*, cit., 919 ss.

[80] Una delle ragioni dell'evidente disaffezione dei consumatori alla tutela giudiziale dei loro interessi contro gli effetti di pratiche commerciali scorrette potrebbe essere individuata, oltre che nella macchinosità e nei costi delle relative azioni, nell'incerta idoneità degli strumenti giuridici offerti dall'ordinamento alla tutela degli interessi soggettivi effettivamente incisi. In molto casi d'altronde non pare che il pregiudizio lamentato dal consumatore riguardi tanto la perdita patrimoniale subita a causa di una manipolazione della propria volontà e di una conseguente decisione commerciale che, in assenza degli effetti della pratica commerciale scorretta esercitata dal professionista, non sarebbe stata adottata. Non pare in particolare che il pregiudizio possa essere verosimilmente integrato dalla violazione dell'aspettativa di una oggettiva congruità nella distribuzione di vantaggi svantaggi e rischi o dalla violazione di obblighi di protezione degli interessi del consumatore, i quali vincolerebbero il professionista a condotte tanto determinate dal punto di vista funzionale quanto incerte dal punto di vista sostanziale. Piuttosto, se investito dagli effetti pregiudizievoli di una pratica commerciale scorretta, l'obiettivo del singolo consumatore potrebbe più banalmente risiedere nel ripristino delle condizioni patrimoniali nelle quali si sarebbe trovato qualora la conclusione del contratto con il professionista non fosse stata condizionata dagli effetti distorsivi derivati dalla pratica commerciale scorretta. Obiettivo che, a seconda della rilevanza di siffatti effetti distorsivi, potrebbe essere perseguito alternativamente mediante la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, accompagnata dalla restituzione di quanto eventualmente già corrisposto dal consumatore. L'azionamento di queste misure non escluderebbe certo la contestuale domanda del risarcimento del danno ma è evidente che, come già osservato, ciò comporterebbe un ben diverso impegno probatorio da parte del consumatore, oltre che una maggiore insicurezza circa l'esito della procedura giudiziale così azionata, non potendosi eludere l'oggettiva difficoltà dell'accertamento di una responsabilità personale del professionista nell'ambito di una relazione che, come si è detto, si presenta nella stragrande maggioranza dei casi in termini squisitamente impersonali.

[81] Secondo la migliore dottrina, la funzione reintegratoria assolta dal risarcimento del danno risponderebbe all'esigenza di reagire alla distruzione del bene oggetto di un diritto, verificatasi in seguito all'illecita interferenza nella sfera giuridica del titolare dello stesso diritto, mentre la funzione restitutoria assolta dall'istituto dell'arricchimento senza causa risponderebbe alla diversa esigenza di compensare l'effetto circolatorio di una risorsa oggetto di un diritto altrui, ove esso sia prodotto in assenza di una giustificazione giuridicamente plausibile. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2001, 301 ss.; P. BARCELLONA, C. CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Jovene, 2002, 403; P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ*., 2009, 65 ss.

[82] In questa prospettiva, naturalmente, diventerebbe centrale il problema, non affrontabile analiticamente in questa sede, della determinazione del criterio di quantificazione della riduzione del prezzo dovuta. Sul punto, F. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, Jovene, 2015, 135 ss. Essenziale, sarebbe che tale calcolo avvenga al netto dell'utilità comunque ricavata o ricavabile a favore del consumatore dall'esecuzione del contratto pendente. Sembra d'altra parte questo il significato attribuibile a quanto oggi disposto rispettivamente dall'art. 15 della dir. 2019/771/UE e dall'art. 135-*quater* cod. cons., ai sensi dei quali "la riduzione del prezzo è proporzionale alla diminuzione di valore del bene ricevuto dal consumatore rispetto al valore che avrebbe avuto se fosse stato conforme". Non può che condividersi a riguardo l'opinione secondo la quale siffatta quantificazione non possa avvenire sulla base della logica reintegratoria tipica del rimedio risarcitorio, perché si opererebbe in tal modo un'indebita sovrapposizione di due rimedi funzionalmente differenti che, come nel caso della disciplina della garanzia nella vendita, possono coesistere, ma non smarrire il senso della loro distinzione. F. OLIVIERO, *La riduzione*, cit., 84 ss. La loro confusione, d'altra parte, finirebbe per dare copertura a rischi estranei a quelli oggetto di garanzia. Per un inquadramento in tal senso della *quanti minoris*, D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 636; M.C. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., 953 ss. Per le ragioni appena esposte, dunque, non pare si possa accogliere l'opinione di quanti, riflettendo sulla misura del risarcimento del danno che si ritiene possa essere richiesto in luogo dell'annullamento del contratto per errore o per violazione dolosa di obblighi di informazione, sostengono che il criterio da adottare debba essere lo stesso che presiede al calcolo della riduzione del prezzo, il quale si fonderebbe sulla differenza tra il prezzo pagato e "un nuovo prezzo teorico calcolato in funzione del rapporto tra valore reale e valore ipotetico del bene". G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Inadempimento e Rimedi*, *Tratt. Resp. Contr*., I, diretto da G. VISINTINI, Cedam, 2009, 766 ss.; ID., *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, 2008, 206 ss. L'equivoco di



rebbe necessariamente pregiudicata e si scongiurerebbe d'altra parte l'avveramento del rischio opposto a quello di cui si lamentano le conseguenze pregiudizievoli [83]. Si allude all'opportunità, traslata per l'occasione sul consumatore, di lucrare vantaggi ingiustificati *ex post*, dall'azionamento di meccanismi di tutela risarcitoria rispetto a lesioni, per di più di incerta consistenza, connesse alla conclusione di un contratto comunque produttivo di effetti utili per la parte che tali lesioni lamenti.

È sufficiente scorrere l'elenco dei più recenti provvedimenti dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette per individuare una serie di casi in cui un simile percorso rimediale potrebbe essere efficacemente battuto a tutela degli interessi del singolo consumatore. Volendo brevemente esemplificare, può farsi riferimento a due casi in particolare [84]. Il primo riguarda la contestazione ad un'azienda, che opera in numerosi paesi come *marketplace* per la compravendita *online* di abbigliamento e accessori di seconda mano, di pratiche commerciali scorrette consistenti: *a) nella diffusione di claim pubblicitari che veicolano il concetto di «gratuità» della compravendita (...), laddove è invece prevista la corresponsione di una commissione da parte del soggetto acquirente; b) nell'indicazione sulla Piattaforma del prezzo del prodotto richiesto dal venditore, senza contestuale e adeguata informazione sui costi relativi alla commissione per la Protezione acquisti e alle spese di spedizione, omettendo di esplicitare in modo chiaro le possibili opzioni alternative (vale a dire, acquisto sulla Piattaforma con commissione per la Protezione Acquisti oppure negoziazione privata con il venditore (...) al di fuori della Piattaforma e senza commissioni*.

Nel secondo caso, tra le pratiche commerciali oggetto di indagine e sanzione alcune, riguardanti la fase precontrattuale di promozione di prodotti *online* da parte delle aziende interessate e il momento della conclusione del contratto di acquisto, sono considerate ingannevoli per le seguenti ragioni: *i) omessa/ingannevole indicazione sulla disponibilità dei prodotti, in quanto i beni prospettati come disponibili non risultavano fisicamente presenti nei magazzini delle società. (...); ii) le modalità scorrette di gestione del processo di vendita online, con specifico riguardo all'immediato addebito di pagamento e/o blocco del plafond, (...) prima del perfezionamento del contratto (...); iii) l'omessa/ingannevole prospettazione dei tempi di consegna dei prodotti acquistati online*.

Trattandosi in entrambi i casi di compravendite *online*, il singolo consumatore che, a causa degli effetti delle pratiche commerciali descritte, non intendesse rimanere vincolato ai relativi contratti, potrebbe certamente azionare il diritto di recesso disposto dall'art. 52 cod. cons. entro quattordici giorni dal conseguimento

---

fondo sembra risiedere, in questo caso, nell'idea che la riduzione del prezzo possa essere quantificata facendo riferimento a valori ipotetici che si sarebbero potuti assegnare al bene ove si fossero ricevute informazioni corrette, quando, proprio per la diversa funzione assolta da tale rimedio rispetto a quello risarcitorio, la riduzione dovuta potrà solo adeguare il rapporto di corrispettività divisato in origine dalle parti al valore reale delle prestazioni oggetto dello scambio, non potendo al contrario determinare, a vantaggio della parte vittima dell'inganno, alcun guadagno ulteriore fondato su valori che ipoteticamente si sarebbero potuti realizzare in assenza dell'inganno.

[83] Proprio il rischio del verificarsi di una situazione di doppio vantaggio per la parte che, da un lato, richieda la reintegrazione delle perdite patite in seguito all'alterazione del processo di formazione della sua volontà contrattuale e, dall'altro, pretenda che il contratto così concluso rimanga efficace, induce autorevole dottrina ad affermare il carattere rigorosamente eccezionale dell'ipotesi disciplinata dall'art. 1440 c.c., all'infuori della quale "un risarcimento che scaccia l'annullamento è un rimedio *extra ordinem:* segnatamente un mezzo che persegue obliquamente una (discutibile) finalità di giustizia contrattuale". S. PAGLIANTINI, *Tutela per equivalente di un contratto annullabile e principio di effettività: appunti per uno studio*, in *Nuove leg. civ. comm.* 2014, 660. In senso analogo, L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Il contratto in generale*, II, in *Tratt. Dir. Priv*. diretto da M. BESSONE, Giappichelli, 2000, 336.

[84] AGCM, Provv. n. 30355 del 25 ottobre 2022 (Vinted – Problematiche varie su vendite *online*); AGCM, Provv. n. 30421 del 13 dicembre 2022 (Unieuro/Monclick vendite *online*-problemi vari), in *https://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/delibere/.*



del possesso fisico dei beni acquistati. Si ritiene tuttavia che un simile rimedio possa solo formalmente considerarsi adeguato alla tutela dell'interesse soggettivo specificamente inciso, poiché la fisiologica lunghezza degli accertamenti necessari al riconoscimento da parte dell'Autorità Antitrust della ricorrenza di una pratica commerciale scorretta in molti casi impedirebbe al consumatore, che ragionevolmente volesse avvalersi delle risultanze di tale indagine, di recedere per tempo, soprattutto in assenza delle condizioni stabilite dall'art. 53 cod. cons. per la dilatazione dei termini utili all'esercizio del relativo diritto.

Nell'uno e nell'altro caso, viceversa, potrebbe risultare appropriato l'azionamento di tecniche di tutela volte ad assicurare, ora il ripristino del sinallagma contrattuale ingannevolmente prospettato, mediante una riduzione del prezzo proporzionata alla misura del vantaggio ingiustificatamente conseguito dal professionista – che nel primo caso potrebbe corrispondere agli importi della commissione per la *Protezione acquisti* e delle spese di spedizione e, nel secondo caso potrebbe corrispondere alla differenza tra il valore del corrispettivo pagato e il valore economico di un bene rispetto al quale è incerto il tempo della sua effettiva disponibilità – ora il diritto allo scioglimento del vincolo contrattuale, sul modello del rimedio redibitorio, ove l'interesse preminente del consumatore sia rivolto ad ottenere la cancellazione dello scambio e la restituzione di quanto corrisposto [85].

Da ultimo, può anche volgersi lo sguardo al noto caso recentemente deciso dal Tribunale di Venezia [86], riguardante gli effetti pregiudizievoli subiti dagli acquirenti di autoveicoli Volkswagen in seguito alla pratica commerciale scorretta generatrice del c.d. "Dieselgate", per verificare come, al di là del richiamo nominale al risarcimento del danno, la modalità di calcolo e l'entità della somma fissata dal giudice per rimediare alla compromissione degli interessi dei consumatori aderenti all'azione di classe promossa dall'associazione Altroconsumo connotino di fatto il rimedio adottato più in senso restitutorio che non in senso reintegratorio [87].

---

[85] Si consideri che è ampiamente condiviso l'orientamento interpretativo che considera il contrasto del fenomeno delle pratiche commerciali scorrette, a favore del corretto funzionamento della concorrenza e del mercato, indipendente dall'accertamento della negligenza del professionista. Si vedano in proposito CGUE 16 aprile 2015, C-388/13, punto n. 48; TAR, 8 marzo 2019, n. 3095; Cons. Stato, 19 settembre 2017, n. 4378. Ciò sembra avvalorare ulteriormente l'ipotesi disciplinare formulata nel testo, secondo la quale gli strumenti maggiormente idonei ad una tutela effettiva e proporzionata degli interessi ascrivibili al singolo consumatore dovrebbero avere carattere restitutorio, essendo al contrario una tutela di tipo risarcitorio condizionata alla prova, sul piano individuale di certo possibile ma altrettanto certamente non agevole, del danno e dell'imputabilità della responsabilità al professionista autore della pratica commerciale scorretta.

[86] Trib. Venezia, 7 luglio 2021 in relazione all'azione di classe promossa dall'associazione Altroconsumo, ai sensi della disciplina disposta dall'allora vigente art. 140-*bis* cod. cons., contro Volkswagen AG e Volkswagen IG, sulla quale P. SANTORO, *Dieselgate italiano: (e)mission impossible. Il Tribunale di Venezia accoglie la class action e, in sintonia con i Tribunali di Avellino e Genova, riconosce il risarcimento dei danni da illecito antitrust e da pratiche commerciali scorrette*, in *Danno resp.*, 2022, 243 ss.; F. RUGGERO, *Class action, pratiche commerciali scorrette e danni non patrimoniali: la recente pronuncia del Tribunale di Venezia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1345 ss. Più in generale, F. BERTELLI, *Profili civilistici del «dieselgate». Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Esi 2021, 91 ss.; I. GARACI, *Il dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind*., 2018, 61 ss.; E. RAJNERI, *Illeciti lucrativi, efficacia dissuasiva dei rimedi e responsabilità sociale d'impresa. Riflessioni a margine del dieselgate*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2017, 397 ss.

[87] La condotta contestata alle convenute e qualificata dal giudice alla stregua di una pratica commerciale ingannevole, in conformità a quanto già statuito in sede di *public enforcement* dall'AGCM con il provvedimento n. 26137 del 4 agosto 2016, era consistita nell'installazione, su una determinata tipologia di autoveicoli delle cui prestazioni si era valorizzata la particolare sostenibilità ambientale, di un dispositivo in grado di ridurre sensibilmente le emissioni inquinanti di NOx in occasione delle verifiche di laboratorio necessarie all'omologazione dell'autoveicolo. Essa è stata giudicata senz'altro ingannevole, ai sensi dell'art. 23, comma 2, lett. d), nonché comunque ingannevole ai sensi degli artt. 21, comma 1, lett. b), 21, comma 2, lett. b) e 22 cod. cons., oltre che contraria allo standard di diligenza professionale dovuta *ex* art. 20, comma 2, cod. cons., di cui i consumatori avrebbero atteso il rispetto, in virtù della "ragionevole aspettativa di trovarsi di fronte ad un produttore che ponesse la tutela dell'ambiente tra i suoi primari obiettivi". In quell'occasione, il giudice ha ritenuto invero di riconoscere a carico della casa automobilistica convenuta una responsabilità extracontrattuale ed una conseguente obbligazione risarcitoria, nella misura dell'interesse negativo, in relazione alla "pura perdita patri-



L'ipotesi che le indicazioni disciplinari provenienti dal diritto europeo in materia di pratiche commerciali scorrette siano indirizzate innanzitutto alla rimodulazione normativa di funzionalità e operatività di alcuni rimedi, con specifico riferimento alle relazioni economiche tra professionisti e consumatori, avrebbe dunque una precisa implicazione. L'ipotesi ricostruttiva proposta accrediterebbe cioè l'idea che il diritto europeo solleciti l'evoluzione delle discipline nazionali dei rapporti contrattuali, promossi o conclusi in seguito ad una pratica commerciale sleale, in una direzione che non si esaurisca nella contestazione delle responsabilità del professionista nei riguardi del singolo consumatore.

Se proporzionato ed effettivo, il risarcimento del danno andrebbe certamente annoverato tra i possibili rimedi individuali cui il consumatore deve avere accesso, contro i pregiudizi derivanti da una pratica commerciale scorretta. E però, proprio in virtù dell'attribuzione agli Stati membri della facoltà di definirne "le condizioni per l'applicazione e gli effetti**",** la sua funzionalità, nonché i presupposti normativi della sua azionabilità, in assenza di un espressa presa di posizione da parte del legislatore, potrebbero anche essere ridefiniti in via interpretativa [88], valutando se il contesto nel quale il tipo di problema da disciplinare sia maturato rievochi maggiormente l'esigenza di una reintegrazione del diritto violato o, invece, la diversa esigenza della restituzione di un valore ingiustificatamente attribuito alla disponibilità di un soggetto diverso dal suo legittimo titolare.

D'altronde, nell'ambito di una strategia d'azione che miri ad una crescente integrazione funzionale tra l'attività sanzionatoria di pratiche commerciali scorrette, affidata alle istituzioni pubbliche preposte alla regolazione del mercato, e il potenziato azionamento di rimedi individuali a tutela degli interessi del consumatore – in sede di giurisdizione ordinaria ma anche e soprattutto in sede stragiudiziale [89] – l'acritica valorizzazione in via interpretativa del solo rimedio risarcitorio potrebbe finire per mancare, tanto quanto l'imperdonabile insipienza del legislatore delegato all'attuazione del diritto eurounitario, l'obiettivo di garantire al singolo consumatore il pieno accesso a tutte le tecniche che di volta in volta risultino le più proporzionate ed effettive nella tutela dei suoi interessi, ove incisi da una pratica commerciale scorretta.

---

moniale" subita dai consumatori in forza della lesione, prodotta dalle false informazioni ricevute, della loro libertà contrattuale. Tuttavia, considerato che il danno risarcibile è stato individuato "nel maggior aggravio economico, parametrato al maggior prezzo dei veicoli omologati Euro5, sostenuto per l'acquisto di un veicolo formalmente Euro5, ma di fatto di classe inferiore" e che il criterio adottato per la sua quantificazione sia consistito nella definizione in via equitativa – *ex* art. 140-*bis*, comma 12, cod. cons. – della percentuale di incidenza della lesione sul prezzo medio corrisposto per l'acquisto degli autoveicoli oggetto della pratica commerciale scorretta, si può rilevare una sostanziale corrispondenza tra il rimedio azionato e quello rappresentato dalla riduzione del prezzo.

[88] Si tratta in particolare di ricorrere ad una interpretazione funzionale delle norme del diritto dei contratti presenti nel nostro ordinamento, che ne consenta l'adeguamento alle indicazioni normative provenienti dal legislatore eurounitario, in assenza di una "novellazione formale". Tale obiettivo sarebbe perseguibile, secondo autorevole Dottrina, azionando il *surplus* regolativo, connesso alla contrapposizione tra fattispecie e *ratio*, tipico delle norme che compongono il sistema giuridico ed elevando per questa via il paradigma analogico "a paradigma generale dell'interpretazione". M. BARCELLONA, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Mucchi Ed., 2022, 50 ss.

[89] C. GRANELLI, *Pratiche*, cit., 503, il quale ritiene che, nel perseguimento di una maggiore effettività della tutela degli interessi dei consumatori vittime di pratiche commerciali scorrette, potrebbe essere utile promuovere l'operatività del sistema di risoluzione alternativo delle controversie, soprattutto con riguardo a controversie che, per il modico valore dell'oggetto del contendere, diversamente il singolo consumatore faticherebbe ad avviare innanzi alla giurisdizione ordinaria.

JUS CIVILE



ALBERTO BARBAZZA

Dottore di ricerca in Diritto europeo dei contratti – Università Ca' Foscari Venezia

STATUS DI GENITORE GIUDIZIALMENTE DICHIARATO E ONERI DI MANTENIMENTO REGRESSI: NATURA GIURIDICA, CRITERI DI QUANTIFICAZIONE DELL'IMPORTO E RIVALUTAZIONE

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. La natura giuridica del rimborso del mantenimento arretrato. – 3. Criteri di elaborazione giurisprudenziale in tema di quantificazione del mantenimento arretrato. – 4. Quantificazione presuntiva secondo equità. – 5. Sugli interessi e sulla rivalutabilità secondo gli indici ISTAT della somma riconosciuta in regresso.*

1. – Il Tribunale di Treviso, con una recente decisione [1], si è venuto a pronunciare su una questione tanto foriera di dubbi applicativi, quanto poco affrontata dalla dottrina, ovvero la quantificazione equitativa dell'ammontare del mantenimento del figlio minore, nella particolare ipotesi in cui non vi siano allegazioni specifiche della parte creditrice in merito.

Nel caso sottoposto alla decisione del Tribunale la madre di un ragazzo di sei anni aveva convenuto in giudizio il (presunto) padre per ottenere l'accertamento del rapporto di filiazione tra lui e il minore, nonché per chiedere, oltre all'affidamento esclusivo del bambino ed alla regolamentazione dei rapporti tra il genitore e il figlio, un contributo al mantenimento in favore dello stesso, il rimborso *pro quota* delle spese sostenute ed il risarcimento dei danni.

Il convenuto, costituito in giudizio, aveva contestato l'esistenza di un rapporto di filiazione con il minore e chiesto il rigetto delle domande di parte attrice.

Dopo lo svolgimento di una CTU ematologica, era stata accertato con sentenza parziale il rapporto di filiazione e, nel merito, con successiva pronuncia [2] era stato disposto che il minore Matteo venisse affidato in

[1] Trib. Treviso, 28 aprile 2022, n. 771.

[2] Questi i passaggi motivazionali della sentenza in commento di rilievo per quanto si dirà in proseguo: *(Omissis)* – Insegna la Suprema Corte che "la sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento, ai sensi dell'art. 277 c.c., e, quindi, giusta l'art. 261 c.c., implica per il genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento ex art. 148 c.c. La relativa obbligazione si collega allo "status" genitoriale ed assume, di conseguenza, pari decorrenza, dalla nascita del figlio, con il corollario che l'altro genitore, il quale nel frattempo abbia assunto l'onere del mantenimento anche per la porzione di pertinenza del genitore giudizialmente dichiarato (secondo i criteri di ripartizione di cui al citato art. 148 c.c.), ha diritto di regresso per la corrispondente quota, sulla scorta delle regole dettate dall'art. 1299 c.c. nei rapporti fra condebitori solidali". (Cass., civ. 7960/2017).

Consegue che deve provvedersi sulla domanda di rimborso delle spese anticipate dalla signora F. per il mantenimento del minore. Nel caso di specie è pacifico e non contestato che il resistente non ha mai contribuito al mantenimento del figlio.

Secondo l'inveterato insegnamento della Suprema Corte, per quanto concerne l'accertamento del quantum dovuto in restituzione



via esclusiva alla madre con collocazione e residenza presso di lei, disciplinando il diritto di visita paterno e stabilito che il padre versasse in favore della madre, a titolo di contributo al mantenimento del minore, un assegno mensile periodico dell'importo di euro 300,00, condannandolo altresì al pagamento della somma di € 1.200,00 in favore dell'attrice, a titolo di rimborso delle spese del mantenimento del minore dalla data della nascita sino alla data della presentazione del ricorso, oltre ad interessi dalla domanda al saldo e respingendo la domanda di risarcimento del danno.

Il Collegio trevigiano ha, pertanto, ritenuto di aderire all'orientamento del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere [3] di cui aveva dato conto in parte motiva, secondo il quale, in assenza di altri elementi probatori, l'importo dell'assegno di mantenimento riconosciuto per l'attualità e *pro futuro* può assurgere a parametro equitativo di quantificazione anche degli importi pregressi.

È proprio tale approdo a non convincere pienamente.

2. – Prima di entrare nel merito delle problematiche enucleate, pare necessario riepilogare la disciplina relativa agli obblighi di mantenimento previsti *ex lege* in capo ai genitori, con particolare attenzione al rapporto degli stessi rispetto alla pronuncia di accertamento giudiziale.

In particolare, la pronuncia di accertamento giudiziale della filiazione naturale acquisisce efficacia occasionalmente costitutiva [4], laddove posta in relazione all'obbligo genitoriale di mantenimento della prole.

---

all'altro genitore, questo, sebbene suscettibile di liquidazione equitativa, trova limite negli esborsi in concreto o presumibilmente sostenuti dal genitore che ha per l'intero sostenuto le spese (cfr. Cass., Sez. 1, Ordinanza n. 14417 del 16.5.2016).

In particolare, secondo la condivisibile Cass., n. 16657 del 22.7.2014, in materia di filiazione naturale, il diritto al rimborso delle spese a favore del genitore che ha provveduto al mantenimento del figlio fino dalla nascita, ancorché trovi titolo nell'obbligazione legale di mantenimento imputabile anche all'altro genitore, ha natura in senso lato indennitaria, in quanto diretto ad indennizzare il genitore, che ha riconosciuto il figlio, per gli esborsi sostenuti da solo per il mantenimento della prole. Ne consegue che il giudice di merito, ove l'importo non sia altrimenti quantificabile nel suo preciso ammontare, legittimamente provvede, per le somme dovute dalla nascita fino alla pronuncia, secondo equità trattandosi di criterio di valutazione del pregiudizio di portata generale, fermo restando che, essendo la richiesta di indennizzo assimilabile ad un'azione di ripetizione di indebito, gli interessi, in assenza di un precedente atto stragiudiziale di costituzione in mora, decorrono dalla data della domanda giudiziale.

Circa la determinazione del quantum dell'importo dovuto nella giurisprudenza di merito si sono sviluppati tre diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento (cfr. ad es. Trib. Santa Maria Capua Vetere 4093/2016 pubbl. il 14/12/2016) è possibile determinare equitativamente l'importo dovuto per gli esborsi sostenuti a titolo di mantenimento utilizzando come parametro equitativo l'importo dell'assegno riconosciuto all'attualità; un diverso orientamento (Trib. Trani 1349/2018 pubbl. il 19/6/2018) ricorre invece alla quantificazione equitativa dell'importo dovuto in base ad un criterio composito (fondato sull'analisi delle esigenze presuntive del minore, delle sostanze e dei redditi di ciascun genitore all'epoca goduti, del tenore di vita di cui il figlio aveva diritto di fruire).

V'è infine terzo orientamento che, in assenza di precise prove ed allegazioni circa gli esborsi sostenuti, nega il rimborso.

Nel caso di specie, in assenza di alcun elemento probatorio (se non di tipo presuntivo) in ordine agli esborsi sostenuti dalla F. per il mantenimento di M., si ritiene di poter aderire al primo degli orientamenti pretori sopra indicati, tenuto conto dell'assenza di specifiche allegazioni da parte della ricorrente e dell'impossibilità di determinare diversamente gli esborsi sostenuti. Considerata, allora, la data di nascita del minore (3.7.2016) ed il conseguente decorso di 4 mesi dalla nascita alla data della domanda (2.12.2016), tenuto conto delle presumibili spese sostenute, desumibili in via presuntiva (in mancanza di elementi specifici dedotti, riferiti e dimostrati) sulla base dell'assegno nella misura oggi fissata, il sig. B. va condannato al pagamento dell'importo complessivo di € 1.200,00 (€ 300,00 x 4) in favore di R. F., oltre ad interessi legali dalla data della domanda sino al saldo. *(Omissis)*.

[3] Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 dicembre 2016, n. 4093.

[4] Al riguardo, se nella prassi giurisprudenziale, prevale la tesi circa l'essenza meramente dichiarativo – accertativa della sentenza di accertamento giudiziale della filiazione naturale, nella dottrina, soprattutto processualcivilistica, trova favore un approccio ricostruttivo volto ad evidenziarne il carattere costitutivo. A sostegno della prima opinione v. Cass., 4 novembre 2010, n. 22506 in *CED Cassazione*, 2010; Cass., 25 gennaio 2008, n. 1733 in *Mass. giur. it.*, 2008; Cass., 11 luglio 2006, n. 15756, in *Mass. giur. it.*, 2006;



Normalmente, a tale sentenza è attribuita efficacia meramente dichiarativa, in quanto ha l'effetto di affermare ed esplicitare uno *status* – rispettivamente di figlio naturale e di genitore – ed il relativo rapporto costitutivo – filiazione – che preesistono alla dichiarazione stessa, poiché originano dal semplice fatto di aver procreato [5].

Diversamente accade nel caso in cui, in seno al medesimo giudizio, ovvero all'interno di un diverso procedimento, venga proposta domanda di regresso, ai sensi dell'art. 1299 c.c. da parte del genitore che da solo abbia provveduto alle necessità del figlio, agendo nei confronti del soggetto accertato genitore. In tale ipotesi, alla decisione deve essere riconosciuta efficacia costitutiva [6].

Quest'ultima pronuncia è infatti attributiva di uno *status*, il cui accertamento e la cui sussistenza sono imprescindibili ai fini dell'esercizio dei diritti e delle facoltà connesse allo *status* medesimo [7]. Nel caso di specie, l'azione per il rimborso delle spese necessarie al mantenimento del figlio è data ai genitori (qualifica che assurge a condizione di legittimazione attiva) nei reciproci confronti in virtù dell'obbligazione legale di mantenimento, desumibile dal combinato disposto degli artt. 147, 148 e 316-*bis* c.c. Entrambi, infatti, sono tenuti a concorrere alle esigenze del figlio, con la conseguenza che il riconoscimento ovvero la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, *ex* art. 277 c.c., sono elementi (alternativi) costitutivi necessari della fattispecie complessa inerente l'azione di regresso *pro quota* tra genitori.

Dato conto della natura della sentenza che accerta la filiazione naturale, il secondo presupposto logico è costituito dalla decisione in merito alla natura giuridica del rimborso del mantenimento dovuto per il periodo pregresso all'accertamento.

La giurisprudenza di legittimità ha attribuito – correttamente a nostro avviso – a tale rimborso natura indennitaria [8], in quanto diretto ad indennizzare il genitore che ha riconosciuto il figlio per gli esborsi sostenuti in via esclusiva per il mantenimento della prole.

Infatti, seppur appaia arduo offrire una nozione tipica ed unitaria di "indennità", soprattutto a fronte del

---

Cass., 14 agosto 1998, n. 8042 in *Fam. dir.*, 1999, I, 75; Cass., 24 marzo 1994, n. 2907 in *Mass. giur. it.*, 1994; Cass., 26 giugno 1984, n. 3709 in *Mas. giur. it.*, 1984; in dottrina v., *ex multis*, C. Cossu, *Filiazione legittima e naturale*, in *La famiglia*, III, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Utet, 2000, 548 ss.; G. Ferrando, *La filiazione naturale e la legittimazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, III, Utet, 1997, 120 ss.; U. Majello, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, II, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1982, 213 ss. *Contra* e, dunque, a favore della natura costitutiva dell'azione in parola si è espressa la giurisprudenza più remota: si vedano Cass., 13 luglio 1995, n. 7644 in *Corr. giur.*, 1995, 9, 1047 e Cass., 9 giugno 1978, n. 2908 in *CED Cassazione*, 1978; in dottrina sono fautori dell'essenza costitutiva dell'azione *ex* art. 269 c.c. M. G. Civinini, *I procedimenti in camera di consiglio*, I e II, in *Giurisprudenza sistematica di Diritto Processuale Civile*, diretta da A. Proto Pisani, Utet, 1994, 803 ss.; F. Danovi, *Le azioni in materia di filiazione ed i principi generali del processo*, in *Fam. dir.,* 2004, 153 ss.; A. Jannuzzi, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Giuffrè, 2004, 412 ss. Per una posizione intermedia, che assegna una natura ibrida all'azione in commento, v. R. Thomas, *Accertamento della filiazione naturale*, Giuffrè, 2001, 39 ss.

[5] L'opinione secondo cui è possibile riferirsi ad una "responsabilità per procreazione" è assolutamente prevalente, soprattutto in dottrina, anche risalente: si veda, *ex multis*, G. Gioia, *L'obbligo di mantenimento tra padre putativo e padre biologico*, in *Fam. dir.*, 2000, 56 ss.; M. Sesta, *La filiazione naturale*, in *Il diritto di famiglia* a cura di M. Dogliotti e M. Sesta, III, Giappichelli, 1999, 110 ss.; P. Perlingieri, *Commento alla Costituzione italiana,* a cura di P. Perlingieri, Esi, 1997, 195 ss.; V. Carbone, *La paternità rifiutata*, in *Fam. dir.*, 1996, 347 ss.; I. Patrone, *Obbligo di mantenimento dei figli: contenuto, garanzie, sanzioni*, in *Fam. dir.*, 1996, 68 ss.

[6] Sul tema v. G. Ferrando, *Il rapporto, di filiazione naturale*, in *Filiazione e adozione*, a cura di G. Bonilini e G. Cattaneo, Utet, 1999, 110 ss.; A. De Cupis, *Note introduttive agli artt. 269 – 279*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, IV, Cedam, 1992, 166 ss. V. anche U. Majello, *Della filiazione*, cit., 14 ss.

[7] In tal senso Cass., 26 maggio 2004, n. 10124 in *Mass. giur. it.*, 2004, ma anche Cass., 3 novembre 2006 n. 23596 in *CED Cassazione*, 2006.

[8] Così Cass., 22 luglio 2014, n. 16657, in *CED Cassazione*, 2014.



difforme dato casistico-normativo in cui il lemma è utilizzato dal legislatore e degli elementi di differenza con le ipotesi di risarcimento, è possibile sostenere che, con tale termine, si faccia riferimento a tutte quelle ipotesi in cui un soggetto è tenuto ad una prestazione in danaro, quale dazione per un servizio da altri prestato, ovvero in considerazione del sacrificio, consentito dalla legge [9], dell'altrui diritto od interesse.

La quantificazione dell'importo dovuto, inoltre, deve essere condotta sulla base di criteri proporzionali di volta in volta stabiliti legislativamente: il preminente scopo della prestazione, coerentemente con quanto sopra indicato, infatti, non deve essere parametrato alla reintegra del patrimonio (inteso nel suo complesso) del soggetto beneficiario dell'indennità, quanto alla reintegra del singolo bene sacrificato (autonomamente considerato), sia pur in via equivalente.

Dunque, in sintesi, si può coerentemente parlare di indennizzo laddove concorrano, nella fattispecie attributiva, i seguenti elementi: corrispettività, mancanza dell'illecito e carattere pecuniario della prestazione.

È evidente che nel caso del rimborso del mantenimento arretrato si possano ravvisare tutti gli elementi sopra indicati. In particolare, la natura compensativa della somma emerge chiaramente allorquando si ponga l'attenzione sul sacrificio – che solo a posteriori dell'accertamento può qualificarsi come ingiusto – che il genitore che ha per primo riconosciuto il figlio ha sopportato in termini di libertà economica e di spesa, ovvero di libero godimento del proprio patrimonio e di risparmio, latamente tutelati dall'art. 47 Cost. e dall'art. 25 CEDU.

Certamente, poi, non è possibile parlare di atto illecito rispetto al mancato riconoscimento del figlio, non ritrovandosi nell'ordinamento alcuna norma che imponga di provvedere a tale atto, tanto più se si riflette sul fatto che gli strumenti giudiziali predisposti dal Legislatore al fine di ricostruire un legame di filiazione tra soggetti (presunzioni, accertamento giudiziale di maternità o paternità, reclamo dello stato di figlio) si fondano sulla specifica esigenza di tutela del minore e di garanzia dell'universalità dei diritti connessi a tale *status* giuridico.

Sul carattere necessariamente pecuniario della prestazione nel caso oggetto di studio è superfluo soffermarsi, non potendosi ipotizzare alcuna diversa natura.

L'adesione alla categoria delle indennità non è questione esclusivamente dogmatica: comporta, *in primis*, che al diritto di credito per tali somme si applichi l'ordinario termine di prescrizione decennale, salva la previsione di termini speciali, ai sensi dell'art. 2946 c.c. e non, invece, il termine breve fissato in cinque anni per il risarcimento del danno (art. 2947 c.c.).

Sul piano probatorio, poi, stante l'evidente difficoltà di provare nel loro preciso ammontare le spese sopportate dal genitore che *ab origine* ha riconosciuto il figlio, la natura indennitaria del rimborso non osta all'applicazione del criterio equitativo [10], sebbene, come si vedrà *infra*, esso dovrebbe essere sorretto da una valutazione presuntiva delle circostanze addotte in via diretta o mediata nel giudizio. In ogni caso, l'ammissibilità della valutazione equitativa della misura del mantenimento arretrato si può derivare anche

[9] È indubbio che nel codice civile ricorrano ipotesi in cui viene usato il termine "indennità" in relazione a danni subiti dal soggetto senza che questi sia costretto a sopportarlo (a titolo esemplificativo v. artt. 937, 1017, 2045 c.c.). In molti casi, tuttavia, il Legislatore usa impropriamente la parola (come, ad esempio, nel caso dell'art. 139 c.c.); in altri il riferimento alla locuzione è giustificato in considerazione dell'esaltazione della funzione compensativa e della natura pecuniaria dell'attribuzione, mentre l'elemento del fatto illecito – che si rinviene nella previsione normativa – viene tralasciato in relazione a tale determinato effetto. Solo in tale senso si può, allora, accogliere l'opinione di chi mette in evidenza l'irrisarcibilità del danno in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058 c.c., in tali ipotesi. In quest'ottica G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Giuffrè, 1964, 152 ss.

[10] Il ricorso all'equità è pacificamente ammesso per giurisprudenza costante della Corte di Cassazione, v. Cass., 19 febbraio 2010, n. 3991 in *CED Cassazione*, 2010 e Cass., 1 ottobre 1999, n. 10861 in *CED Cassazione*, 1999.



dall'assunto secondo cui, in genere, è la legge stessa ad indicare il criterio di quantificazione dell'indennità: nel caso di specie l'equità costituisce parametro di valutazione desumibile dall'art. 279 c.c., in tema di responsabilità per il mantenimento e l'educazione.

3. – Per insegnamento della giurisprudenza di legittimità il *quantum* del rimborso dovuto al genitore che ha provveduto in via esclusiva al mantenimento deve liquidarsi in via equitativa, pur nei limiti degli esborsi in concreto o presumibilmente sostenuti dal genitore che per l'intero si è accollato le spese [11].

Nella decisione in commento è dato conto di tre diversi indirizzi giurisprudenziali circa i criteri da utilizzarsi nell'operazione di quantificazione del mantenimento.

Il primo, inaugurato dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere [12], assume quale parametro equitativo l'importo dell'assegno di mantenimento ordinario riconosciuto al momento della decisione: tale criterio può essere condivisibile laddove l'accertamento giudiziale della filiazione naturale (o, comunque, il riconoscimento volontario) sia pronunciato a breve distanza di tempo dalla nascita del figlio in quanto le valutazioni condotte per la determinazione *pro futuro* si devono generalmente ritenere congrue anche in riferimento al passato stante il breve iato temporale [13] durante il quale difficilmente si realizza un radicale sconvolgimento delle condizioni di vita dei genitori e delle necessità della prole.

Tale orientamento, tuttavia, non può soddisfare in quelle diverse ipotesi in cui il lasso temporale è maggiore e, pertanto, il parametro sopra indicato risulta del tutto scollegato dalla valutazione dell'insieme di circostanze che, ai sensi dell'art. 316-*bis* c.c. e secondo comune esperienza, concorrono a formare il giudizio quantitativo circa l'entità del mantenimento in concreto (redditi dei genitori, esigenze del figlio, condizioni socio-economiche delle parti e del contesto di riferimento, eccetera).

Non pare condivisibile, invece, l'opinione assunta dal Tribunale di Modena [14], che nega il riconoscimento del rimborso laddove non sia addotta alcuna prova o circostanza a fondamento della richiesta svolta: tale eccessivo formalismo cozza con le stesse considerazioni indennitarie sopra riportate, dacché risulta evidente, per il solo fatto che il figlio sia in vita, goda di buona salute e abbia magari svolto attività sportive, ludiche o di altra natura, che il mantenimento da parte di un genitore vi sia stato e che sorga pertanto un diritto all'indennizzo di quota parte dello stesso.

Nel decidere di negare il rimborso alla madre, si deve ritenere che il Tribunale di Modena sia caduto in errore laddove ha escluso il mantenimento materno sulla base della dichiarazione del marito convivente della stessa – nonché padre putativo del soggetto il cui stato di figlio veniva accertato – di aver provveduto alle spese di mantenimento, prestando il fianco all'assunto secondo cui per spese di mantenimento si potrebbero intendere solo gli esborsi di denaro in via indiretta, così escludendo il mantenimento in via diretta o nelle altre modalità (ad esempio in termini di lavoro casalingo) previste espressamente dalla lettera dell'art. 316-*bis* c.c.

Infine, si deve dar conto dell'indirizzo proposto dal Tribunale di Trani [15], che risulta essere quello che più si avvicina alla soluzione che si intende proporre, come pure maggiormente in armonia con il complesso di

[11] V. Cass., 16 maggio 2016, n. 14417 in *Quotidiano Giuridico*, 2016.
[12] V. Trib. S. Maria Capua V., 14 dicembre 2016, n. 4093 in *DeJure*.
[13] Come nel caso in commento, essendo giunto l'accertamento giudiziale di paternità a soli quattro mesi dal parto.
[14] V. Trib. Modena, 2 ottobre 2020, n. 1078 in *CED Cassazione*, 2020.
[15] V. Trib. Trani, 19 giugno 2018, n. 1349 in *DeJure*.



norme che l'ordinamento dedica all'obbligo di mantenimento dei genitori nei confronti dei figli e della sua ripartizione *pro* quota tra gli stessi.

Il Tribunale, infatti, evidenzia la necessità di riferire la quantificazione ad una serie di indici da "cucire addosso", di volta in volta, alle parti processuali.

4. – Come accennato nel precedente paragrafo, il criterio di equità da adottarsi nel giudizio di quantificazione del rimborso è un criterio composito, che deve avere riguardo alle specifiche e variabili esigenze – provate, desumibili o, in via residuale, anche solo presunte – del figlio.

In tale vaglio, ogni circostanza direttamente o indirettamente connessa con l'evoluzione delle situazioni reddituali e patrimoniali dei genitori, del loro *status* socio-economico, nonché delle esigenze di vita del figlio deve essere presa in considerazione, in quanto in grado di fornire elementi presuntivi utili nell'individuazione di un *quantum* che sia equo.

In tal senso, laddove si possa desumere che il figlio abbia svolto delle attività sportive, ovvero abbia proseguito gli studi oltre la scuola dell'obbligo, abbia avuto degli *hobbies*, etc., il Giudice dovrà tenere conto di tali fattori, aumentando la misura del mantenimento rispetto a quella minima di natura sostanzialmente alimentare.

Solo nel caso – peraltro quasi di scuola, per quanto detto sinora – in cui vi sia una mancanza assoluta di elementi circa le condizioni di vita presenti e passate delle parti e del figlio, allora la liquidazione dovrà essere parametrata ad una misura minima da commisurare al costo della vita nel luogo di residenza e che tenga conto delle spese ineliminabili sostanzialmente di natura alimentare, le quali devono ritenersi provate presuntivamente dal fatto noto della crescita e dello sviluppo della prole.

5. – Quanto alla decorrenza degli interessi, è necessario qualificare il titolo in base al quale il genitore-creditore agisce.

In merito, in dottrina ed in giurisprudenza, non sono mancate opinioni contrastanti: alcuni intravvedevano nel comportamento del genitore adempiente un caso di *negotiorum gestio* [16] produttiva delle obbligazioni di cui all'art. 2031 c.c.; altri incardinavano il diritto al rimborso nella disciplina dell'arricchimento senza causa [17]. La tesi oggi maggiormente condivisa [18], cui già si è accennato in precedenza, muove però dal presupposto che l'obbligo di mantenimento del figlio a carico dei genitori abbia natura di obbligazione solidale (in

[16] In questo senso, Cass., 4 settembre 1999, n. 9386, in *Foro it. Rep.*, 1999, 98 ss.; Cass., 5 dicembre 1996, n. 10849, in *Foro it.*, 1997, I, 3337; in dottrina, G. MANERA, *Dichiarazione giudiziale di paternità e decorrenza dell'obbligo di mantenimento. Nuova metodica per l'accertamento della paternità*, in *Giur. mer.*, 1989, 644 ss.

[17] Cfr. L. LENTI, *Sulla collaborazione dei genitori al mantenimento del figlio naturale*, nota adesiva a Cass., 20 aprile 1991, n. 4273, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 639 ss.

[18] Nello stesso senso v., fra gli altri, in giurisprudenza, Cass., 14 agosto 1998, n. 8042, in *Fam. dir.*, 1999, 271 con nota critica sul punto di G. AMADIO, *Obblighi di mantenimento, accertamento della filiazione e rapporti tra genitori*; App. Cagliari, 9 aprile 1997, in *Riv. giur. sarda*, 1997, 644; Cass., 23 marzo 1995, n. 3402, in *Fam. dir.*, 1995, 452; Cass., 29 marzo 1994, n. 3049 in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 652; Cass., 20 aprile 1991, n. 4273, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 634. V. altresì, in dottrina, T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, V, Giappichelli, 2000, 333 ss.; I. AMBROSI, M. GAMBINI, *Cenni sulla natura giuridica dell'obbligo di mantenimento del figlio naturale*, in *Giur. mer.*, 1999, 670 ss.; A. FINOCCHIARO, *L'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale*, in *Vita not.*, 1999, 1165 ss.; M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il codice civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Giuffrè, 1990, 302 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, *La famiglia – Le successioni*, II, Giuffrè, 1989, 233 ss..



virtù dell'art. 148 c.c., suscettibile di interpretazione estensiva anche ai casi di nascita fuori dal matrimonio); ne consegue che il diritto di ripetere i pregressi contributi al mantenimento discende dall'art. 1299 c.c., che regola il regresso tra condebitori in solido per il caso che uno di essi abbia pagato l'intero debito.

È evidente che, nel caso in oggetto, la funzione svolta dagli interessi sia moratoria (dovendosi escludere funzioni compensative e corrispettive [19]): pertanto essi potranno essere riconosciuti esclusivamente a partire dalla richiesta formale di adempimento formulata del creditore, che nella maggior parte dei casi coinciderà con la domanda giudiziale, sì che il decorso degli interessi avrà inizio alla data di deposito della stessa.

Infine, quanto alla possibilità di rivalutazione della somma liquidata, è necessario preliminarmente ricollegare il rimborso alla categoria dei debiti di valore ovvero di valuta. La distinzione, di matrice giurisprudenziale [20], formulata a temperamento del principio nominalistico, sottrae infatti alla disciplina di cui all'art. 1227 c.c. la categoria dei debiti di valore, poiché al fine di determinare il valore della prestazione è necessaria un'operazione di conversione di un bene – chiaramente diverso dal denaro – in termini monetari.

La natura indennitaria del rimborso, tuttavia, risulta inconciliabile con la possibilità di operare una rivalutazione della somma, che andrà pertanto esclusa: il credito in parola – necessariamente e fin da principio – avrà ad oggetto un'obbligazione di valuta, e ciò anche e nonostante la circostanza per cui il mantenimento possa consistere in beni diversi dal denaro [21].

[19] Gli interessi corrispettivi sono previsti dall'art. 1282 c.c., che dispone siano riconosciuti interessi di pieno diritto sui crediti liquidi ed esigibili aventi ad oggetto somme di danaro. Come si è detto, il credito da mantenimento pregresso diviene esigibile solo con la pronuncia di accertamento giudiziale della filiazione naturale, pertanto mancano i presupposti necessari perché gli interessi possano assumere tale funzione. Per quanto riguarda gli interessi compensativi, solo di recente tenuti distinti dai precedenti, essi sarebbero dovuti a titolo equitativo per compensare un vantaggio consistito nel godimento di un bene fruttifero di cui non sia stato versato il prezzo; in tale ottica, gli interessi compensativi troverebbero la loro norma istitutiva nell'art. 1499 c.c.

[20] Da ultimo Cass., 20 gennaio 2009, n. 1335, in *Mass. giur. it.*, 2009.

[21] Sul tema vanno segnalati anche gli ulteriori contributi: F. Arrivas, *Il recente orientamento della S.C. in tema di competenze sulla revisione delle disposizioni relative all'affidamento della prole*, in *Dir. Famiglia*, 1982, 478; F.P. Luiso, *Una giurisdizione per i minori*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 184; R. Thomas, M. Bruno, *I provvedimenti a tutela dei minori*, Giuffrè, 2005, 160; A. Graziosi, *Strumenti processuali a tutela dei figli legittimi e dei figli naturali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 319 ss.; G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 525 ss.; A. Figone, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Giappichelli, 2014; A. Graziosi, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinnanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. e dir.*, 2013, 263 ss.

JUS CIVILE



LUCIO CASALINI

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università degli Studi di Camerino

COMMONS IN THE PRISM OF INTELLECTUAL PROPERTY. EVOLUTIONARY PROFILES OF CONTRACTUAL MODELS AND CIRCULATION OF KNOWLEDGE ON THE NET*

SOMMARIO: *1. Introduction. – 2. The relationship between commons and property. – 2.1. Comparison of economic and legal theory. – 3. Crisis of the linear property model. – 3.1. The incidence of social function. – 4. Evolutionary profiles of contractual models and circulation of knowledge on the net. – 4.1. Legal design and Creative Commons model. – 5. Conclusion.*

1. – Taking inspiration from George Bernard Shaw's famous reflection "if you have an apple and I have an apple and we exchange these apples, then you and I will still each have one apple; but if you have an idea and I have an idea and we exchange these ideas, then each of us will have two ideas", this essay aims to analyze the category of commons in comparison to intellectual property law (*rectius,* copyright law), in the European framework of reference. Commons is elected as a leitmotif of this analysis, focused on knowledge as a common immaterial good (*id est,* intellectual and creative works, scientific product *et similia*), traditionally considered as intellectual property right but radically changing in the context of the new information society, thanks to digitization [1].

Then, this paper is focused on potentials and limits of the legal instruments of *copyright* and, subsequently, the development of new models of contracts on the net. From this perspective, it could ensure the difficult balance between *ius excludendi* and *ius utendi* which constitutes the primary objective of a modern intellectual property law.

In particular, the focus is on the implementation of open access principles, through the contract: the most flexible instrument to evolve the system. Considering the copyright directive transposition, we should analyze the legal framework of reference and elaborate best practices and new contract models [2].

* Il presente lavoro è un prodotto sviluppato nell'ambito del progetto UNI4JUSTICE: *Universitas* per la Giustizia. Programma per la qualità del sistema giustizia e per l'effettività del giusto processo, monitorato dal Ministero della Giustizia, promosso dall'Agenzia per la Coesione Territoriale, nell'ambito del PON Governance e Capacità Istituzionale 2014-2020 e realizzato in sinergia con gli interventi previsti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) a sostegno della riforma della giustizia. Le opinioni espresse dall'autore rispecchiano esclusivamente le visioni personali dello stesso.

[1] Part of my reflections on this topic has already started during my PhD and allowed me to win the *Call for paper "Are We Owned? A Multidisciplinary and Comparative Conversation on Intellectual Property in the Algorithmic Society"*, organized by Prof. Guido Noto La Diega (University of Stirling & Scottish Law and Innovation Network), funded by *The Modern Law Review* for a one-day International Conference held in Stirling on Friday 8th October 2021, with the participation of speakers from all around the world, like Prof. Joshua Fairfield (Washington and Lee University). All information about the International Conference can be found on the website areweowned.wordpress.com.

[2] Germany is considered the cradle of Open Access European principles: The Berlin Declaration is the milestone in the European



2. – Considering so, the dialectical relationship between goods and property clearly emerges, which raises the question whether, in the perspective of reform of Book III of the Civil Code, it is necessary to deal «in primo luogo della teoria della proprietà o della teoria dei beni» [3].

If on the one hand it is certainly necessary to reflect on the notion of goods in the legal sense, on their use and to what extent this can affect the institution of property, on the other hand it is necessary to rethink the meaning of the very structure of property, handed down to us and rooted in our legal culture as a subjective right *par excellence,* characterized by the typical characteristics of real rights: absoluteness, fullness and exclusivity.

The relationship between goods and property reverberates and the necessary relationality between goods and person is realized, in fact, through the private graft. Already a few years after the entry into force of the new Code in 1942, but above all following the strong acceleration given by the advent of the Constitution, a few years later, the best doctrine has shifted the center of gravity of this relationality between goods and people in the egalitarian and solidaristic dimension of the codified property right [4], aligning it with the principles enshrined in articles 2 and 3 of the Italian Constitution [5].

---

history of open access, dating back to 2003. The purpose of the declaration is to guarantee the maximum possible dissemination of scientific publications using the Internet, which allows the circulation of information, data and scientific products. Italian version is available here: *https://openaccess.mpg.de/67682/BerlinDeclaration_it.pdf.*

[3] The litterature about the theory of good is wide: S. PUGLIATTI, *Beni (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959; ID., B*eni e cose in senso giuridico,* Giuffrè, Milano, 1962; D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Giuffrè, Milano, 1970; Id., *Oggetto dei diritti,* in *Enc. dir.,* XXIX, Milano, 1979; ID., *Commento all'art. 810*, in *Commentario al codice civile,* directed by P. CENDON, vol. III, Utet, Torino, 1991; M. ALLARA, *Dei beni*, Giuffrè, Torino, 1984; M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni*, in *Quadrimestre*, 1987; V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.,* IV, Torino, 1989; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982; ID., *Oggetto dei diritti*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1900; ID., *Dei beni (Artt. 810-821),* in *Il Codice Civile Commentario,* directed by P. SCHLESINGER, Giuffrè, 1999; C. SGANGA, *Dei beni in generale (Artt. 810-821),* in *Il Codice Civile Commentario,* founded by P. SCHLESINGER and directd by D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2015; A. GAMBARO, *I beni,* in *Trattato di diritto civile,* CICU-MESSINEO-MENGONI, Giuffrè, Milano, 2012; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti,* Laterza, Bari, 2015, 360, who, resuming the thought of Arianna Pretto-Sakmann, emphasizes the connection that is established through the profile of the alienability of the goods granted to the owner, therefore of the free availability of the good through contractual autonomy.

[4] According to an evolutionary interpretation, property right has gone from being considered in its static dimension in the Code of 1865 («La proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta […]», art. 436), to bring to the attention of the interpreter in a dynamic key with the new formulation of art. 832 of the Code of 1942 («Il proprietario ha il potere di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo»). Thus «si passa […] dalla individuazione dell'istituto sotto un profilo oggettivo ad una valutazione soggettiva e si offre una determinazione indiretta (del contenuto) della proprietà, fissando l'ambito delle facoltà del soggetto investito di quel diritto», see G. PESCATORE, *Considerazioni sul «diritto» di proprietà,* in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli,* Vol. II, Utet, Torino, 1960, 1257. On this point, see also F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale,* Giuffrè, Milano, 1957, 131 ss.

[5] The debate around this particular aspect of the property has been thriving since the years. thirty of the twentieth century. Subsequently, the contributions of the doctrine become huge and here we refer only to some of the most important: O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889 (Frankfurt am Main, 1948); F. SANTORO PASSARELLI, *Risultati di un convegno giuridico interuniversitario sul tema della proprietà*, in *Rivista di diritto civile*, 1939, 270; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1955, 172 ss.; S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, *La proprietà*, Milano, 1938, 120 ss.; ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964; F. Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile* (1947), now in ID., *Studi giuridici*, vol. III, t. 2, Milano, 1960, 623 ss.; ID., *La proprietà e le proprietà, con riguardo particolare alla proprietà terriera,* Giuffrè, Milano, 1954; P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà,* in *Rivista di diritto civile*, I, 1972, 1 ss., spec. 39; G.B. FERRI, *La formula «funzione sociale», dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, 673 ss.; S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, 1338; ID., *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione* a cura di C. BRANCA, *sub* art. 42, Bologna-Roma, 1982, 114; ID., *Il diritto di proprietà tra dogmatica e storia. Il terribile diritto*, Bologna, 2013, 213 ss.; U. MATTEI, *Una primavera di movimento per la «funzione sociale della proprietà»*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2013, 531 ss.; M.R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la*



As authoritatively argued, if property is nothing but the particular configuration of the subject's relationship with the thing, such a change of perspective would seem to endorse the introduction of the new category of the commons, emancipated from exclusionary individualism and open to new horizons of inclusion and belonging. In other words, the acceptance of the category in question represents the only way capable of breaking [6], from within, the monolithic property block [7].

Since such goods do not allow discrimination in access and imply a total inclusion in fruition, the social function of property enshrined in our fundamental chart, through them, finally would be fully implemented [8].

In this perspective, article 42 constitutes the constitutional reference point, as well as the interpretative canon, of the code discipline of the regime to which the goods belong. From the lens of the European Union, the other pole towards which to tend the interpretative tension is to be traced back to art. 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Both norms are placed in a hierarchically superordinate position with respect to the Civil Code. However, the first does not enshrine property among the freedoms and, although it guarantees and protects it, places it in the part that concerns the rights and duties of citizens (Title III), which refer to economic relations.

The property is thus placed in the heart of the cd. economic constitution [9], not already among the fundamental principles to which the whole system must conform. A position which imposes the overcoming of the conception of property as an absolute right [10]. It is precisely by moving on the side of the Constitutional Charter that concerns economic relations that emerges, in fact, a force capable of cracking and breaking the

---

proprietà, *ivi*, 2013, 551 ss. In the same issue of the review, different is the position of L. NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, 503 ss.

[6] A. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico,* in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Editrice Torinese, Torino, 1960, 1479; the Author is responsible for identifying the category of "beni private di interesse pubblico" which, also fulfilling purposes of public interest, are subject to a specific constraint regime.

[7] In this sense, recently P. FAVA, *Rights in Rem*, Giuffrè, Milano, 2019 422, where the author states that «in tale ottica, l'insieme dei beni comuni è destinato a produrre effetti dirompenti nel nostro ordinamento, scardinando le preesistenti e rigide forme di concetti e assiomi giuridici, ponendosi come strumento di riaffermazione della dignità della persona in opposizione a logiche foriere di diseguaglianze sociali». For further information, see Z. BAUMANN, *Danni collaterali*, Laterza, Bari, 2013, 6.

[8] Excellent in this sense the analysis of N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Laterza, Bari, 2007. Fundamental work in the production of the great Italian philosopher, who comes to support the pre-eminent *promotional function* of law, essential to adapt it to the transformations of contemporary society and the growth of the welfare state, in a universe that is constantly on the move. In particular, the author here states that this category marks a blurring of the great dichotomy between public and private, determining a conceptual tension towards a *tertium genus,* that is able to ensure decision-making techniques no longer based solely and merely on representation, but also and more actively on a participatory and deliberative democracy. See also M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto,* Il Mulino, Bologna, 2010, 29.

[9] As well known, it has assumed the same legal value as the Founding Treaties, following the entry into force of the Treaty of Lisbon in 2007. EU Charter of Fundamental Rights, article 17, entitled "Right to property", provides «1. Everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest. 2. Intellectual property shall be protected».

[10] U. NATOLI, *La proprietà, Appunti dalle lezioni,* Giuffrè, Milano, 1976. In this regard, the Italiana Constitutional Court, 28 November 1968, n. 16, already expressed itself as follows: «Per quanto riguarda l'asserita violazione dell'art. 2 della Costituzione, è da escludere che tra "i diritti inviolabili dell'uomo" si possa far rientrare quello relativo all'autonomia contrattuale degli imprenditori agricoli, che qui si pretende leso, giacché tale diritto, operando nell'ambito di quelli più generali della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà terriera, è specificatamente tutelato, come si è visto, da altre norme costituzionali, le quali autorizzano il legislatore ordinario ad imporre adeguati limiti per soddisfare preminenti interessi di carattere generale e sociale». In the same way, C. Cost. 21 March 1969, n 37.



monolith of private property as an absolute right [11], placing limits in the light of the social function assigned to it.

2.1. – Today, dominant economic definition of *commons* is due to the extraordinary study of Elinor Ostrom, according to which «i commons sono risorse materiali o immateriali condivise, ovvero risorse che tendono a essere non esclusive e non rivali, e che quindi sono fruite (o prodotte) tendenzialmente da comunità più o meno ampie» [12]. On the other hand, the legal conception of *common* is strongly influenced by economic thought, although the doctrine has not yet come to a univocal definition, at least in Italy.

Broadening the lens of the analysis, it is possible to observe how the studies on the commons that have developed on the international level during the last century have had a remarkable echo also in the Italian legal reflection. In our country there have been, in fact, interesting contributions of an interdisciplinary nature [13], as well as a wide literature that has been formed in the economic field [14].

Legal literature is the most substantial [15]. It winds along critical lines of the right to property, as well as the classical theory of goods, and is inserted – giving it, indeed, new vigor – in that theoretical strand that

---

[11] P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale,* Giappichelli, Turin, 2018, 98.

[12] E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 2015. The reconstruction that the economist Stefano Zamagni offers of the category of common goods is suggestive. He argues that a simple but effective way of grasping the proper meaning of the common good is to compare it with the concept of total good. While the latter can be metaphorically rendered with a summation, the addenda of which represent individual goods, common goods are rather comparable to a product, whose factors are the goods of individuals or groups. The sense of the metaphor is immediate: in a summation, even if some of the addenda cancel out, the total sum is still positive. This is not the case, however, with a production, because the cancellation of even a single factor resets the entire product. Conversely, the increase of a single factor has a multiplier effect on all the others. (From the report at the Conference "Il mercato giusto: per umanizzare l'economia", held in Lecce – Sala conferenze Seminario Antico, Piazza Duomo) on 22-23 october 2015. More broadly, see S. ZAMAGNI, *L'economia civile*, Roma, 2015.

[13] L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico,* Laterza, Rome-Bari, 2002; ID. *Principia iuris., Vol. 1: Teoria del diritto,* Laterza, Rome-Bari, 2007, which, in the context of his studies on fundamental rights, has also dealt with the problem of the commons; L. LOMBARDI VALLAURI, *Beni comuni e beni non esclusivi*, in P. CACCIARI, *La società dei beni comuni*, Ediesse, Roma, 2012; E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Roma-Bari, 2013; L. PENNACCHI, *Filosofia dei beni comuni*, Donzelli, Roma, 2012; P. CACCIARI, *La società dei beni comuni*, Ediesse, Roma, 2010; G. RICOVERI, *Beni comuni vs merci*, Jaca Book, Milano, 2010; S. SETTIS, *Italia S.p.A.*, Einaudi, Torino, 2002; ID., *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Einaudi, Torino, 2014.

[14] S. ZAMAGNI, L. BRUNI, *Economia civile,* Il Mulino, Bologna, 2005; A. FUMAGALLI, *Bioeconomia e capitalismo cognitivo. Verso un nuovo paradigma di accumulazione*, Carocci, Roma, 2007; I. MUSU, *Beni comuni e analisi economica*, in L. SACCONI, *Etica, economia e diritto dei beni comuni. Forme di governance democratica e cooperativa*, Il Mulino, Bologna, 2013; E. RULLANI, *Economia della conoscenza*, Carocci, Roma, 2007; L. SACCONI, *Beni comuni, contratto sociale e governance cooperativa dei servizi pubblici locali*, in ID., *Etica, economia e diritto dei beni comuni. Forme di governance democratica e cooperativa*, Il Mulino, Bologna, 2013; M. SALVATI, *I principi e l'efficienza*, in A. MARTINELLI, M. SALVATI, S. VECA, *Progetto 89*, Il Saggiatore, Milano, 165-284, 1989; ID., *Capitalismo, mercato e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2009; A. SOMMA, *Democrazia, economia e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 461-494, 2011; T. VITALE, *Società locali e governo dei beni comuni. Il Nobel per l'economia a Elinor Ostrom*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2010, 91 ss.

[15] «[…] il discorso del giurista (raccordato con le riflessioni di altre discipline) costringe alla precisazione, contribuisce alla chiarezza, e quindi a evitare suggestioni che possono apparire affascinanti, ma rischiano poi di dimostrarsi prive di concretezza», C. SALVI, *Beni comuni e proprietà privata* (a proposito di *Oltre il pubblico e il privato. Per un dibattito dei beni comuni,* a cura di M.R. MARELLA), in *Riv. dir. civ*., 1, 2013, 1. Moreover, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2013; A. GAMBARO, *Note in tema di beni comuni*, in *Aedon – Rivista di arti e diritto on line*, n. 1, 2013; A. LUCARELLI, *Il diritto pubblico fra crisi e ricostruzione,* La Scuola di Pitagora, Napoli, 2009; ID., *La democrazia dei beni comuni,* Laterza, Roma-Bari, 2013; M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni,* Ombre Corte, Verona, 2012; U. POMARICI, *Beni comuni,* in Id., *Atlante di filosofia del diritto,* I, 1-57, Giappichelli, Torino, 2012; M. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giu-*



over the years has been attentat of the last century had started a profound review of some cardinal institutions of civil law, starting from the right of property, then coming to reconsider the classic dichotomy public goods *aut* private goods [16].

The *thing* capable of forming the object of rights is only that which can be a source of utility and object of appropriation [17], likely to become part of the assets of a person, natural or legal, possible object of exchange for their value. In this last regard, the juridical notion of good does not coincide with the naturalistic but economic one.

To relate economic and legal theory is therefore equivalent to relating the concepts of good and utility [18]. In economics the term good designates the *quid* that satisfies a need of an individual, which in turn would constitute the *quid* that feels that need to be *satisfied.* This explains the phenomenon of the movement of goods, the possible restrictions of which derive from reasons that are not economic, but legal.

As is well known, in the last century the legal system has largely accepted the new and pressing demands of the economic system and this has led to a considerable expansion of the notion of good. From this perspective, the systematic placement of art. 810 ss. in the Italian Civil Code, dedicated to property, does not exhaust the theory of goods at all.

In fact, the concept of good fades into the broader and (almost) evanescent one of *utility,* even if it is not suitable to constitute the object of private subjective juridical situations. Characters such as *fullness* and *exclusivity,* referring to the fruition and disposition of the good, are considered less and less essential in the face of the massive and widespread of new forms of belonging and exploitation. Moreover, it is the very operation of the capitalist economies that has put in crisis the ancient proprietary logics, on which they were founded and erected. In this regard, there has been talk of the age of *access*, in consideration of the new trends aimed at preferring other and different ways of fruition goods (many characterized by rapid obsolescence). That is, aimed at allowing the user, on the one hand, the possibility of drawing from them all the utilities that that particular good is suitable to produce, on the other, the certainty of not having to bear the heavy burdens deriving from the purchase of the right to property (think of the great diffusion of new contractual models, such as *leasing* or, always in this perspective, the distinction between goods and services that tends to fade more and more). In the words of Paolo Grossi, therefore, *altri modi di possedere* [19].

---

ridico dei beni pubblici. Le proposte della commissione Rodotà, in *Politica del diritto*, 3, 2008, 531-550; G. Dalisa, *Beni comuni* versus *beni pubblici,* in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 6, 2007, 23 ss.

[16] S. Rodotà, *Il terribile diritto, op. cit.* Also the authors who animated the debate on property rights during the sixties and seventies of the last century: U. Natoli, *La proprietà, Appunti dalle lezioni*, Milano, 1976, 278-284; A.M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 468; P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 5-6; M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 475-477; M. Comporti, *Contributo allo studio del diritto reale*, Cedam, Padova, 1977; M. Costantino, *Il diritto di proprietà*, *op. cit.,* 210; Id., *Contributo alla teoria della proprietà*, Jovene, Napoli 1967.

[17] The most accredited manuals agree on this point. *Inter alia*, A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2021; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2021; P. Perlingeri, *Manuale di diritto civile,* Esi, Napoli, 2022; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2021. About the distinction between goods and things, see also U. Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Giuffrè, Milano, 1989.

[18] From the economic point of view, the utility of good and, therefore, the meaning of good in the economic sense, reference is made to S. Pugliatti, *Beni (Teoria Generale),* in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 168. On the utility as an interest that the system has in the protection of that good, as an exhaustible resource, see A. Falzea, *Dogmatica giuridica e diritto civile* in *Riv. dir. civ.*, 1990, 772; O.T. Scozzafava, *Dei beni (Artt. 810-821),* in *Il Codice Civile Commentario,* directed by P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1999, 90; D. Messinetti, *Oggetto dei diritti,* in *Enc. dir.,* XXIX, Milano, 1979, 809 and 821.

[19] P. Grossi, *Un altro modo di possedere, L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria,* Giuffrè, Milano, 1977.



The concept of utility must be related to that of *value.* For the founder of political economy Adam Smith, the word value applied to goods has two different meanings: «a volte esprime l'utilità di un oggetto particolare, a volte il potere di acquistare altri beni che il possesso di quell'oggetto comporta. L'uno può essere chiamato "valore d'uso", l'altro "valore di scambio". Le cose che hanno il maggiore valore d'uso hanno spesso poco o nessun valore di scambio»[20]. The example of water is emblematic. A good that has an absolute use value, configuring itself as indispensable, indeed vital because without it is impossible to survive; on the other hand, it has little exchange value, since it is a natural good, potentially accessible to all to an indeterminate extent[21].

In conclusion, if we accept the requests coming from economic science, we can better understand the variable morphology configuration of the norm which, based on a well-known tendency to broaden the notion, cannot come to encompass any object of the legal relationship. This implies that the main criterion for identifying goods is now based on their exchange value, as an effect of the phenomena of the dematerialization of wealth and the *commodification* of legal relations[22].

3. – The critique of the proprietary model is part of a broader and more articulated doctrinal debate, which moves from the attempt to disintegrate the granitic unity of the institute, through the full implementation of the new principles and values expressed by the Constitution[23].

Since the passing years[24], the discussion has focused on the «dissociazione tra proprietà e gestione, in forme che mirino a risocializzare l'economia con riferimento a beni, come quelli comuni, che presentano le-

[20] A. SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni (1776)*, Milano, 1973, 31.

[21] It has always been like this: Plato already recognized in the Euthydemus water, which "costs nothing", a "rare and precious value", in PLATO, *Euthydemus,* (edited by) G. REALE, Bompiani, Milano, 2008, 794; since Roman law, with GAIO, in its *Institutiones*, these vital goods such as water were conceived as commons, which he called them *extra commercium* and *extra patrimonium*: «Quaedam enim natural iure communia Sunt omnium», wrote Gaio «et naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris», Inst. 2, 1 pr.; D. 1, 8, 2, 1.

[22] «Lo sviluppo della tecnologia ha contribuito ad aumentare le tipologie di beni che possono essere ricomprese nella categoria dei beni immateriali. Infatti, accanto alle opere dell'ingegno […] alle invenzioni industriali e ai segni distintivi dell'impresa […], oggi si parla di nuovi beni immateriali per indicare il *software*, i diritti audovisivi sulle manifestazioni sportive, le immagini dei beni e l'etere», A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali,* Firenze, 2020, 228. There are many examples: financial instruments, *know-how*, *big data* etc. In this perspective, the European Commission noted in a recent communication [COM(2020)760] as «[i]ntangible assets such as inventions, artistic and cultural creations, brands, software, know-how, business processes and data are the cornerstones of today's economy. Over the last two decades, the volume of annual investments in such 'intellectual property products'increased by 87% in the EU, while the volume of tangible (non-residential) investments increased by only 30%. Investments in intangibles were also significantly less affected by the 2008 economic crisis».

[23] S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto,* Giuffrè, Milano, 1954; ID., *La proprietà e le proprietà, con riguardo particolare alla proprietà terriera,* Giuffrè, Milano, 1954; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere, op. cit.*

[24] Literature is very extensive, *ex multis:* S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, op. cit.;* P. CAVALERI, *Iniziativa privata e costituzione "vivente",* Cedam, Padova, 1978; F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e funzione sociale,* Cedam, Padova, 1976, 3 ss.; ID., *I beni della cultura secondo la Costituzione,* in *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi,* Cedam, Padova, 1977, 77-86; ID., *Aspetti privatistici della programmazione economica, in Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata (1970),* vol. II, Milano, 1971, 182, 235; ID., *Proprietà privata e Costituzione, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* XXVI, 1972, 953-961; ID., *Proprietà privata e funzione sociale. Presentazione,* Cedam, Padova, 1976, 9-12; ID., *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi,* Padova, 1977, 241-244; ID., *La proprietà,* in *L'opera di Salvatore Pugliatti*, in *Rivista di diritto civile,* XXIV, 1, 1978, 569-575; A. LENER, *Problemi generali della proprietà,* in F. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Proprietà privata e funzione sociale*, cit., 16-19; S. NATOLI, *La proprietà, Appunti dalle lezioni, Milano,* 1976, 278-284; M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 1972, 468; P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà,* in *Riv. dir. civ.,* 1972, I, 5-6; M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata,* in *Pol. dir.,* 1971, 475-477; M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale,* Cedam, Pa-



gami con esigenze vitali dell'uomo»[25]. In the last instance, it was to separate the economic-social function of the good from the legal title of the property, or to operate a split, in antithesis to the system of the civil code of 1942 focused on the rigid belonging owner, between ownership and management of the property in property[26].

This change of perspective led to an abandonment in those years of the rigid dogmatics of a positivistic matrix, inaugurating an advanced anti-formalist reflection. The result was a radical rethinking of the classical institutes of civil law, with an ever-increasing attention to the right of jurisprudential source, to be inscribed within the framework of the constitutional design. Evidently, one of the first institutes to suffer the effects was precisely *property*, the best product of nineteenth-century legal positivism. Its full and exclusive individual belonging was immediately questioned, shifting the visual angle to the more markedly relational aspects that arise by virtue of it, which are established between individual and good, which are destined to develop between individuals themselves[27].

Historically, the legal institution of private property represented, in its transposition into the Civil Code of 1942, the synthesis of a whole era in which the nascent bourgeois class had been able to affirm the sacredness and inviolability of proprietary law. Conversely, all other proprietary forms – including collective ownership – were considered as mere relics of a past, which no utility could have unfolded in the present time, in a radically changed economic and industrial system[28].

Around the middle of the last century, the Constitution of the Republic enters the scene and the first veils of the original sacredness of the institute begin to fall: the «primato politico e culturale che la cultura giuridica borghese le aveva sempre conferito»[29], since it can «essere sottoposta a forme di governo complessivo dell'economia destinate a presidiare fini generali»[30], to the point of even calling into question its nature as a fundamental right[31].

The critical experience of those years, focused on the democratic government of the economy, moved, therefore, in the sign of a decisive revival of the *social function* of property, as enshrined in Article 42, paragraph 2, of the same Constitution. If in the liberal state the fulcrum of intersubjective relations was based on the binomial property-freedom, now, in the new constitutional state[32], property had to be reread in the light of the principles of equality (art. 3) and solidarity (art. 2)[33].

This is a real paradigm shift: during those years, the object of interest for scholars is no longer the legal

---

dova, 1977; A. CORASANITI, *La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario,* in *Rivista di diritto civile,* XXIV, 1, 1978, 180-204; M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà,* Esi, Napoli 2019; F. DE MARTINO, *Della proprietà, in Commentario del Codice civile (a cura di A. Scialoja e G. Branca),* Il Mulino, Bologna, 1976; L. MOCCIA, *Sui limiti della proprietà privata nell'interesse collettivo,* in *Foro italiano,* CIII, 5, coll. 57-64, 1978.

[25] A. SOMMA, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2011, 463.

[26] *Ibidem.*

[27] H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto,* Giappichelli, Torino, 1997.

[28] It is hardly necessary to recall that pursuant to art. 29 of the Albertine Statute of 1848 the property was considered "sacred, inviolable, intangible and only in very rare and exceptional cases can it be sacrificed".

[29] C. SALVI, *Privatizzazioni, proprietà pubblica e privata. Verso un ripensamento critico*, *op.cit*., 362.

[30] A. SOMMA, *op. cit.*, 486.

[31] L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 12.

[32] U. ROMAGNOLI, *Il sistema economico nella Costituzione* in AA.VV., *La Costituzione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1977, 149; M. COSTANTINO, *Il diritto di proprietà*, cit., 210.

[33] A. BALDASSARRE, *Proprietà, Diritto Costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 14.



institution itself considered, in a static perspective, but the function that property performs, in a dynamic perspective, in the context of the new value structure outlined by the new constitutional art. 42 [34].

The difficulties in thinking about the relationship between subject and good without the intermediation of the proprietary paradigm fall. We begin to think in terms of the prevalence of function over ownership.

Certainly, property continued to be the cardinal institution of Italian civil law, but in a new light. Indeed, the emergence of new instances of protection and needs, expressed by the nascent category of common goods, has revived the never dormant question of the social function of private property [35], with considerations then extended also to public property [36].

Passing from the level of principles to that of the complex and extremely complex system of sources, the linearity of the design is lost in a disordered framework where the same constitutional principles sometimes seem contradictory.

The most prudent doctrine has noted, in no more recent times, the need for a liberation from the property paradigm, in the conviction that the relationship between public and private property cannot exhaust the complexity of the relationships between person and goods [37]. In this regard, Paolo Grossi pointed out how the approval of the Constitution marked the transition from an individualistic meaning of nineteenth-century property, as an object of almost absolute dominion of the owner, to a positive and open vision, as an important factor in the production of wealth and a vehicle of social solidarity [38]. In this perspective, the social function reveals its power, not as an external limit, but as a fundamental feature of the internal core of the property.

3.1. – In art. 42 Cost. the formula that «la proprietà è pubblica o privata» is carved in a lapidary way. Everything that does not fall within the two poles of public or private remains wrapped in a cone of shadow. Nevertheless, through the consideration of the interests that converge on the goods and the *utilities* [39] they express (to use Pugliatti's words), as well as the limitations that because of these can compress the right to property, the unitary concept of private property and its primitive character of absoluteness enter crisis.

Proprietary regimes can vary according to pursued interests. The link, previously very close, almost intangible, between the interest of the private individual and the power to satisfy him unconditionally through the powers of fuition and disposition of *his* good is broken. In this framework, the functional homogeneity of

---

[34] C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 1994, 67.

[35] The road was now paved: with the emergence of the new values, property could no longer be what it had been before, but as already expressed by Article 153 of the Weimar Constitution – a rule that later merged into the current Constitution of the Federal Republic of Germany – "*ownership obliges*" (Art. 14, II: «*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch Soll zugleich Dem Wohle Der Allgemeinheit dienen*»); also F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà,* in *Enciclopedia del Novecento (1980)*, Treccani.it.

[36] Fruit of the new sensitivity of the times, they certainly reflect the change in the way of understanding public property induced by the financial crisis, to which the State, at least in Italy, has not been able to give satisfactory answers. S. MAROTTA, *La via italiana dei beni comuni,* in *Aedon, fasc. 1, gennaio-marzo 2013.*

[37] In other words, it was necessary to identify and follow a third way, opposite to property. Among the many authors who have opened the door to this new interpretative way of the relationship between ownership and goods, see U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto,* Bari, 2011.

[38] For the Author, final destination of this evolution. P. GROSSI, *I beni: itinerari fra «moderno» e «pos-moderno»,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2012; ID., *Un altro modo di possedere, op. cit*. And S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti,* Laterza, Bari, 2015.

[39] This also explains the oblivion into which art. 714 of the Civil Code French, which reaffirms the existence of "things that do not belong to anyone and whose *use* it is *common to all*", assigning to *Lois de police* the task of regulating the methods of use; G. RESTA, *Beni comuni e mercato*, 2014, 3.



the good would be possible only in theory, but always denied by practice, since, following an inferential reasoning, the functions are instead multiple and heterogeneous [40].

The guarantee of private property and its irrepressibility is given by Article 42 of the Italian Constitution, which in its second paragraph provides: «[l]a proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge». The protection of the legal system is therefore implemented by means of the instrument of the *legal reserve.* Now, here it is interesting to frame the institute within the constitutional dictate and weld it to the discourse on the commons, highlighting the impossibility of a flat vision with respect to the proprietary scheme. The reference is to the *functionalization* of private property in the social *sense:* article 42 with respect to property requires the legislator to «assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti». It is easy to grasp in this last opening of accessibility, so wide to encompass the entire horizon of possible subjectivities, a clear projection of the principle of equality, enshrined in art. 3 Cost., in its substantial declination (paragraph 2). In this framework, the Rodotà Commission, in outlining the regime of belonging to the common goods, tries to implement the constitutional dictate so that the articulation of the law goes beyond property, but without exceeding it, reconstructing the discourse around the common goods on an objective functional criterion.

The emphasis is no longer on the owner, but on the function that a *good* must perform in society, so as to make it completely indifferent whether these goods belong to natural or legal persons, public or private. From this point of view, the conclusions reached by the Court of Cassation in the judgment rendered to united sections on 14 February 2011, n. 3665, in which it recognizes that the ownership of certain goods must be attributed to the community of reference and, therefore, that in this sense they are common goods, goods belonging to that given community, are extremely interesting [41] of which they perform the function of satisfying their interests [42].

Despite this significant recognition, the Italian Supreme Court do not go so far as to clear affirm the possibility of community management of the same but attribute this task to the State.

For the Court «i beni appartengono alla collettività, ma sono amministrati dallo Stato, che ha come compito principale quello di garantirne la funzione, che […] coincide con la soddisfazione di un diritto fondamentale» [43]. In this sense, the Court seems not to be indifferent to the solicitations coming "bottom-up" and values another category, that of the common good, characterized essentially by the prevalence of function over ownership.

The judgment in question, in fact, starting from the direct application of Articles. 2, 9 and 42 of the Constitution, systematically elaborates a juridical framework of reference that seems perfectly in tune with the

[40] As a result of the advent of the fundamental article, it has failed "any recognition of the institute as an attribute of the human personality"; U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 34. It would seem to assume a not dissimilar perspective who, with regard to the systematic framework of reference, inserts it among the fundamental rights without failing to point out that «if, therefore, a comparison is made between the recognition and guarantee of other fundamental rights of human persons or even groups, one realizes that in the scale of constitutional protections the right to property is assigned a modest place», M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata,* in *Pol. dir.,* 1971, 456.

[41] In the proposal for an articulated article relaunched more recently by the law of popular initiative, «i beni comuni sono a titolarità diffusa, appartengono a tutti e a nessuno, nel senso che tutti devono poter accedere ad essi e nessuno può vantare pretese esclusive».

[42] Of course, public property and private property are not two *species* of a single kind, but two distinct legal institutions, in the sense that the first is antithetical to the second, in that one expresses rights while, the other, interprets duties; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni,* Il Mulino, Bologna, 2013.

[43] M. SPANÒ, *Istituire i beni comuni. Una prospettiva filosofico-giuridica, in Politica&Società*, 3, 2013, 433 ss.; S. LIETO, *"Beni comuni", diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica,* in *Politica del diritto,* 2, 2011, 331 ss.



requests for the prediction and elaboration of the juridical notion of the common good. In other words, the Supreme Court takes note of the substantial insufficiency of the code regime to include all possible ways of belonging and claims the need to expand the entire regulatory system of goods, beyond the regimes of ownership existing in the current system.

This is the perspective for an adaptation in a social and supportive manner of the rules of belonging and fruition, considering constitutional principles, definitively places the person at the center [44].

Shifting the viewing angle, «la Costituzione apre [...] un processo di trasformazione, basato sulla solidarietà e sull'accessibilità da parte di tutti all'uso dei beni, condizione intermedia tra la proprietà come dominio e la proprietà popolare ovvero la non proprietà» [45].

The meaning just recalled of the formula *social function* (which in itself, as noted by authoritative doctrine, is the subject of very different cultural solicitations and difficult to compose), seems to evoke the *Weimerian* social-democratic model that in Article 153 of the Constitution reported on the property *that obliges* citizens and is placed at the service of the common good. Unlike the notion of private property, which is essentially attributable to subjective right [46], that of public property seems calibrated above all on the concept of *function* [47].

In this perspective, some types of ownership provided for by the legal system and essentially attributable to the notion of public property must be identified. Among these, the category of collective rights over goods owned by social communities must be framed. In this case, these are goods of a varied nature [48].

With the expression "collective property", therefore, neither would be intended to evoke property not individual or that attributable to a public legal person, but a type of property based on the essential characteris-

---

[44] In this way, «(...) le valli da pesca configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico, inteso in senso non solo di oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali. Detta natura di tali beni (come del resto per tutti i beni pubblici) ha la sua origine costitutiva nella legge (...), sulla base della sussistenza "all'attualità" di determinate caratteristiche (fisiche-geografiche) in concreto previste dal legislatore, e prescinde quindi da disposizioni e provvedimenti di ordine amministrativo (...)». These words come from the fundamental decision: Cass., sez. un., sent. 14 febbraio 2011, n. 3665. S. LIETO, *op. cit.,* 337; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle sezioni unite,* in *Rass. dir. civ.,* 2012.

[45] G. BERTI, *Recenti scritti di giuspubblicisti intorno alla proprietà*, in *Quaderni fiorentini*, 5-6, 1976-1977, 998.

[46] About the meaning of the expression *social function*: F. RESCIGNO, *Proprietà* (voce), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 273 ss.; F. PEDRINI, *Note preliminari a uno studio sui diritti costituzionali economici*, in forumcostituzionale.it, 2010, according to which: «(...) sembrerebbe anzitutto opportuno sottolineare lo stretto legame sussistente fra il precetto della funzione sociale e quello della generale accessibilità: la funzione (non solo individuale, ma anche) sociale della proprietà privata sarebbe primariamente garantita dalla configurazione di quest'ultima non come privilegio di pochi ma come diritto di molti (e potenzialmente di tutti). Del resto, la "funzione sociale" della proprietà privata neppure parrebbe esaurirsi nella massima estensione della sua titolarità e piuttosto sembrerebbe coincidere – in forza del ragionamento secondo cui la funzione sociale dovrebbe, ovviamente, essere una funzione (non dannosa, né indifferente, bensì) utile rispetto alla società (in altre parole, servente rispetto al bene comune) – con l'area denotata della "utilità sociale" di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost. (...)».

[47] Therefore, in this sense public property should not be understood as «un insieme di facoltà garantite dall'ordinamento al loro titolare per la soddisfazione di un interesse proprio, bensì una situazione giuridica strutturalmente diversa, con marcati tratti di doverosità, e rivolta alla tutela di un interesse altrui (o comunque distinto da quello personale di colui che esercita il complesso delle relative facoltà)», in F. PEDRINI, *op. cit., ivi*.

[48] V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1983, 88., according to which, they are «beni economici della più varia natura (in ogni caso sempre immobili) ma generalmente beni agrari e forestali (boschi e pascoli). Essi presentano questo di caratteristico dal punto di vista giuridico, che appartengono non in proprietà individuale a persone, fisiche o giuridiche o a enti pubblici, ma in proprietà collettiva ad una comunità di abitanti; ovvero che sono oggetto di diritti reali parziali (di godimento e d'uso: usi civici) imputati alla comunità d'abitanti medesima».



tics of the commons [49]. In other words, it is a conception very close to the Germanic tradition of communion, or, according to an opposite perspective, very far from the Romanist proprietary system of an essentially individualistic mold. With this in mind, public servitude, civic uses, collective property as well as a series of legislative provisions that determine constraints aimed at protecting the environment and the landscape (see Legge quadro no. 394/1991 on protected areas), represent – also according to what the Court argued – regulatory provisions focused essentially on the fruition and use, for various reasons, of certain goods by the community and referable to the State-collectivity as an «ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza» [50].

Beyond the traditional dichotomy of public property-private property, advertising is inherent, for example, in the category of *cultural goods,* in relation to the social function that it performs in terms of fruition of cultural value by the community. In this regard, it was appropriately emphasized that «il bene culturale è pubblico non in quanto bene di appartenenza, ma in quanto bene di fruizione» [51]. It is by vocation intended for the generality of the associates who must be able to use it without hindrance even if this belongs to private owners [52]. In conclusion, it can be argued that commons represent a specific category. On the contrary, from a normative point of view, an express conceptual autonomy has not yet been recognized, thus remaining for the Italian legislature a category confined to a meta-juridical dimension [53].

At this point of the investigation, one might wonder why there is such a need to identify a category *other* than the traditional one of public goods. As emerged with respect to the latter and the related legal structure, the common goods have prerogatives that distinguish them and make them functional to the satisfaction of specific needs, not adequately protected by the current regime. The effort aimed at identifying this category, regardless of the provision of specific statutes, must be understood in the perspective of the affirmation of a principle of absolute unavailability of certain goods considered essential to the existence and development of everyone. Not a particularly easy operation, which undoubtedly makes the selection of primary needs complex, even if the essential nucleus of those goods of life, fundamental to the survival of man, is of immediate identification and represents the starting point for the provision of a legal regime of absolute protection, devoid of the compromising character that in some ways has characterized the discipline of public goods, for some time more and more exposed to privatization and improper use, which have compromised its natural destination [54].

---

[49] P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, 1988, 364, for which «(...) contenuto fondamentale è un godimento condizionato del bene, con un indiscusso primato dell'oggettivo sul soggettivo: primato dell'ordine fenomenico, che va rispettato ad ogni costo, sull'individuo; dell'ordine comunitario – cristallizzazione della oggettività storica – rispetto all'individuo».

[50] Cass., sez. un., sent. 14 February 2011, n. 3665. «La tutela della persona, della dignità, della solidarietà che fondano i parametri di valore dei *commons* urbani sono punti di partenza e obiettivi di un discorso giuridico sempre perfettibile. Vero è che il mercato, la politica e il diritto plasmato dal (e sul) mercato in chiave neoliberale promettono la felicità; eppure le comunità di individui, con le loro attività fuori dal profitto, con le loro logiche inclusive, democraticamente e direttamente partecipate, di condivisione, di dono in funzione di interessi collettivi e di utilità generale mostrano, vivendole, che altre strade sono possibili», C. CREA, *«Spigolando» tra biens communaux, usi civici e beni comuni urbani,* in *Politica del diritto,* 3, 2020, 449; S. RODOTÀ, *L'inaspettata rinascita dei beni comuni,* La Scuola di Pitagora, Napoli, 2018, 63 e 59.

[51] M.S. GIANNINI, *I beni culturali,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1976, 31.

[52] The promotion of the development of culture, which is among the fundamental tasks of the Republic, affects the protection of the historical and artistic heritage, whose conservation and use must be guaranteed as key functions in the evolutionary process of the individual; cf. S. LIETO, *ult. op. cit.* 340. About cultural promotion, as a task of a general nature contemplated in the Constitution, see M.S. GIANNINI, *Sull'art. 9 Cost. (la promozione culturale),* in *Scritti in onore di Angelo Falzea,* III, Milano, 1991, 433 ss.

[53] About the relevance of the destination as a criterion for distinguishing goods of public interest from those of individual interest, see P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Esi, Napoli 1971, 37 ss. and 186 ss.

[54] S. LIETO, *ult. op. cit.* 348; U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Giuffrè,



4. – At this point of analysis, it is clear how the three ideal terms of theorical construction can be combined. The three terms are: commons, open access and contract.

We have dedicated an in-depth analysis to commons in the previous paragraphs. Proceeding in order, Open Access means an open mechanism by which some contents are digitized and made usable by an indeterminate series of subjects, free of charge and just with the aid of an Internet connection. In this perspective, Open Access creates a common good: a scientific article, an essay, a data collection, but also a poem or a piece of music, is made available to the community, so that everyone can freely dispose of it [55].

The characteristic trait of this kind of common good, thus coming into existence on the internet and free to circulate in it, rests in the fact that it is not consumable, it is not rival, it does not produce conflict in its use.

In other words, the use of a subject does not lead to the well-known *tragedy of the common goods* [56], or the risk of impoverishment that implies the non-use by another subject, but rather multiplies the potential for exploitation and expansion of the good itself.

The models for implementing the principles of open access, known to date, aimed at ensuring their effectiveness are the *Green Road*, which is based on the so-called self-archiving, and the *Gold Road*, instead based on the so-called author pays-model. The action of the European Union fits into this line, which stands out for its strong activism in this sector and has been supporting a principle of considerable scope for several years now. Through recommendations from the Commission and a substantial Impact Assessment, it established that the results of scientific research conducted through the use of public resources must be made usable by the community and, therefore, imperatively subject to a regime of open (free) access [57].

This strong position taken by the Commission strengthens the connection between common goods and free access, shifting the angle of view: the outcome of a study conducted with public funds can be said to be an common good *ab origine*. A careful observation does not escape the fact that this principle is destined to have a disruptive impact on contractual practice, within the perimeter of the European digital single market [58].

Milano, 1989; A. LUCARELLI, *Il diritto pubblico fra crisi e ricostruzione,* La Scuola di Pitagora, Napoli, 2009; ID., *La sentenza della Corte Cost. n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.p.A. in house e alle aziende speciali,* in *federalismi.it;* A. QUARTA, *Non-Proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni goods,* Esi, Napoli, 2016.

[55] P. SAUBER, *Creare un bene comune attraverso il libero accesso,* in *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica,* Milano, 2009.

[56] The tragedy of the commons is feared by the American biologist Garrett Hardin, in his famous article with the same title published in Science in 1968, G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968. The reference to knowledge as common good therefore seems to avert that "tragedy" which would condemn *commons* in the sphere of inefficiency and inevitable *overgrazing*, or rather over-exploitation. This reconstruction is, in fact, calibrated on "excessive pastures" and does not reconcile with intangible and inconsumable goods such as works and online resources, the use of which enormously increases the creative potential of users.

[57] Recommendation of EU Commission, 17 July 2012, on access to scientific information and its conservation (COM 2012/417/EU).

[58] In the *Europa 2020 "Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva"*, the EU Commission presented seven flagship initiatives, including the so-called *Digital Agenda*, aimed at «trasformare l'UE in un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale». About the *Digital Single Market*, on the institutional website of the European Parliament it can be read that: «Il mercato unico digitale è uno dei settori più promettenti e impegnativi in termini di progresso e crea potenziali vantaggi in termini di efficienza, pari a 415 milioni di euro. Il mercato unico digitale apre nuove opportunità di incentivazione dell'economia tramite il commercio elettronico, facilitando nel contempo la conformità amministrativa e finanziaria per le imprese ed emancipando i clienti tramite l'*e-government*. I servizi di mercato e quelli governativi sviluppati nel mercato unico digitale stanno evolvendo dalle piattaforme fisse a quelle mobili, sono sempre più presenti e offrono accesso a informazioni e contenuti in qualsiasi momento, luogo e da qualsiasi dispositivo (commercio e *governance* diffusi). Quest'evoluzione



Lastly, the third ideal term: the contract. It is immediately evident that the necessary compliance with the obligation to make research results accessible will require the adoption of new contractual models, alternative to the traditional one of the integral transfers of the author's copyright to the publisher. Rather, the new models will have to be based on a breakdown of intrinsic rights related to the ownership of the intellectual work [59]. In this regard, it should be noted that there is no antinomy between the Open Access regime and the IP rights. Indeed, the sharing of the works would not deny, but would presuppose the protection of the prerogatives in the field of intellectual property [60]. The author is by no means stripped of the rights that derive from the ownership of the work but is only called upon to dispose of them in a manner compatible with the purpose of the maximum possible dissemination of scientific knowledge [61]. In this sense, this paper intends to innovate the current range of membership and use models, while respecting the traditional principles and institutions of the legal system [62], bearing in mind the delicate balance between the author and his rights, on the one hand, and the publisher, on the other.

This difficult balance could be effectively entrusted to the main tool for settling the divergent interests of the parties, the maximum expression of the autonomy of individuals.

The practices related to the so-called copyleft (General Public License, Creative Commons, etc.) are quite significant in this regard: they provide a sort of escape from the logic of copyright, without formally contesting the existence of its discipline. In particular, Creative Commons project despite being born from a strict critique of the concept of authorship and the super-protection guaranteed by copyright, recognizes an exclusive right to the author, but combines property rights with contractual options allowing accessibility and reproducibility of the work for non-commercial purposes.

The limits of private autonomy will set to protect the circulation of that commons, of which it is intended to ensure the widest fruition. In this perspective, the limitations on the free determination of the content of the contract will respond to the same *ratio* that characterizes the models of circulation of goods in relation to which it is possible to find general interests. So, this transcends the individualism and flow in the interest of the community. Therefore, a powerful quantitative and qualitative development of the legal instruments seems necessary, aimed at regulating these new relationships and safeguarding the commons of knowledge, «proiettando la loro tutela nel mondo più lontano, abitato dalle generazioni future» [63].

4.1. – One of these legal instruments is undoubtedly represented by legal design. In particular, the way proposed is the application and implementation of *legal design,* as a possible virtuous model for conveying

necessita di un quadro normativo che contribuisca allo sviluppo del *cloud computing*, a una connettività dei dati mobili senza confini e a un accesso semplificato alle informazioni e ai contenuti, pur tutelando la vita privata, i dati personali, la sicurezza informatica e la neutralità della rete». Available at the web address: *www.europarl.europa.eu*.

[59] The limitation of copyright is based on a fundamental characteristic of information, namely the fact that it is a good by its nature cumulative and incremental. An exclusivity without limits would paralyze the information production activity itself, R. CASO, *op. cit*.

[60] G. DONADIO, *Open Access, Europa e modelli contrattuali: alcune prospettive sui beni comuni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, vol. 31, n. 1, 2013, 107-122.

[61] Moreover, a similar purpose is also in line with the particular interest of the author in obtaining greater visibility and a consequent greater number of citations.

[62] M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1, 2011; by the same author, see also M.R. MARELLA (ed.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un dibattito dei beni comuni,* Verona, 2012.

[63] Cass. civ., sez. un., 14 february 2011, n. 3665, in which the Supreme Court gave a first formal recognition to the category of common goods; see G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Rass. dir. civ.*, 2012. See also Cass., sez. un., 16 february 2011, nn. 3811, 3812, 3936, 3937, 3938 and 3939.



and communicating rules. Recently, this methodology has been greatly developed through the use of new technologies in the digital environment.

Creative Commons (CC) Licenses are an excellent successful application of these instruments. We are sure that this model can be replicated equally successfully for other cases [64]. The Creative Commons (CC) Licenses are among the first examples of multi-layered notices: the traditional license in "legalese" (called the "Legal Code") is accompanied by the "Common deed", *id est* a more user-friendly version of the license. From the Common deed is always possible to have a quick access to the full license. Furthermore, a third layer complement the system of the CC Licenses, making them machine-readable [65].

This model would be a modular design solution building from best information design practices, such as design patterns aimed at conveying the information in a transparent way [66]. In this perspective, the concept of contract drafting could be replaced by that of contract design, where strategic choices about the drivers and goals of collaboration merge with business and legal knowledge about how to maximize the chances of success and minimize risks and disputes [67].

5. – We started with an in-depth reflection on the legal and economic meaning of property, probing the two existing categories of public and private property, to delineate a third kind where these prove insufficient

---

[64] For instance: in the field of justice, see R. DUCATO and A. STROWEL (eds.), *Legal Design Perspectives: Theoretical and Practical Insights from the Field,* Milano, 2021, in particular chapter 4, L.R. LUPICA, G. GRANT, *Will human-centred Legal Design improve civil justice systems? And how will we ever know?,* 117, «as legal researchers concerned about access to justice challenges, we need to turn focus to evaluation of not just programs and products, but the process by which they are developed. We need to consider the myriad opportunities, functions, and performance of Legal Design beyond intervention outcomes»; in general, about digitalization of justice, see also S. SAPIENZA, M. PALMIRANI, C. BOMPREZZI, *Il ruolo dell'intelligenza Artificiale nel Sistema Giustizia: Funzionalità, Metodologie, Principi*, in *La Trasformazione Digitale della Giustizia nel dialogo tra discipline: Diritto e Intelligenza Artificiale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, 1-36; A. GARAPON, J. LASSÉGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Il Mulino, 2021; M. PALMIRANI, S. SAPIENZA, *Big Data, Explanations and Knowability*, in *Ragion pratica*, 2021, 57, 349-364; in the field of Data Protection, see R. DUCATO and A. STROWEL (eds.), *Legal Design Perspectives: Theoretical and Practical Insights from the Field,* Milano, 2021, in particular chapter 7, R. DUCATO, *Spaces for legal design in the european general data protection regulation*, 200, nt. 72: "[i]n this sense, it is encouraging to see that the Italian Data Protection Authority has recently launched a collaboration with the Italian chapter of Creative Commons to simplify the privacy policies in light of the famous CC 3-layered approach, see Italian Data Protection Authority, 'Semplificare le informative privacy attraverso il metodo "Creative Commons". Protocollo tra Garante Privacy e Creative Commons del 26 Luglio 2021' [doc web 9684797] *https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9684797*. See L. GATT, I. CAGGIANO, R. MONTANARI (eds.), *Privacy and Consent a Legal and UX&HMI Approach for Data Protection*, University Suor Orsola Press, 2021, 123, in which «considering an overview of current laws, it is believed that rewriting legal clauses according to the legal design method, represents a possible *ex ante* protection, as it should increase the awareness of the common user»; for further details L. AULINO, *Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come un rimedio ex ante*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2020, 303-312; in the field of Banking and Financial contracts, P. GRIMALDI, *Information asymmetries in banking and financial contracts: possible solutions from legal design*, in *EJPLT*, 2, 2021, 70-75.

[65] A. ROSSI, R. DUCATO, H. HAAPIO, S. PASSERA, *When Design Met Law: Design Patterns for Information Transparency*, in *Droit de la consommation*, Vol. 122-123, no.5, 2019, 106; *https://creativecommons.org/licenses*.

[66] R. DUCATO and A. STROWEL (eds), *Legal Design Perspectives, cit.*, 200. And see also A. ROSSI, M. PALMIRANI, *Can Visual Design Provide Legal Transparency? The Challenges for Successful Implementation of Icons for Data Protection*, in MIT Press Direct, Vol. 36, no. 3, 2020, 82-96; G. LORINI, *Corporeal drawn norms. an investigation of graphic normativity in the material world of everyday objects*, in *Phenomenology and Mind*, n. 17 – 2019, 80-90; M. HAGAN, *Legal Design as a Thing: A Theory of Change and a Set of Methods to Craft a Human-Centered Legal System*, MIT Press Direct, Vol. 36, Issue 3, 2020, 3-15.

[67] H. HAAPIO, S. PASSERA, *Contracts as interfaces: Exploring visual representation patterns in contract design*, in M. J. KATZ, R.A. DOLIN, M. BOMMARITO (eds.), Legal Informatics, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2016, 2.



to exhaust all possible forms of belonging. In light of the social function of property rights, it is an indispensable prerequisite for the analysis of the commons. The new paradigms of circularity and sustainability offer the conceptual framework within which to develop the analysis according to new perspectives, as they go beyond the logic of the classically understood market, especially with regard to new contractual models. They constitute an extremely interesting conceptual laboratory and represent the starting points to develop new lines of evolution, thanks to new technologies and legal design. The latter seems capable of implementing the principles of transparency, inclusiveness and open access, placing the person at the center according to an anthropocentric view [68]. Furthermore, a correct use of legal design would allow for better access to justice, in a double meaning: greater awareness of the content of the contract for the parties who appeal to the judge in the event of a dispute and, *viceversa*, less burden for the justice system if disputes are avoided *ex ante,* thanks to a more effective communication of the rights and duties of the contractual parties.

[68] A. Santosuosso, S. Azzini, *Legal design e contratto: un nuovo sviluppo o un'alternativa?*, in *I Contratti*, 4, 2022, 465-476, in particular 467: «non si coglie l'essenza dell'idea di legal design se si trascura una delle sue principali caratteristiche: l'essere centrato sull'umano (*human-centered*)»; L.R. Lupica, G. Grant, *Will human-centred legal design improve civil justice systems? And how will we ever know?*, in R. Ducato, A. Strowel, *Legal design Perspective, cit.*, 118; S. Dangel, M. Hagan, J.B. Williams, *Technology that is not human-centered will not be a solution,* 2018, 9.

JUS CIVILE



FEDERICO ONNIS CUGIA

Professore a contratto di Diritto delle assicurazioni – Università Telematica San Raffaele di Roma

LA NATURA DEI *PASSION INVESTMENTS* TRA ATTIVITÀ DI CONSUMO E PRODOTTI FINANZIARI

SOMMARIO: *1. I* passion investments*: descrizione di un fenomeno. – 2. La definizione di prodotto finanziario. La creazione di un "valore". – 3. Operazioni di investimento aventi natura finanziaria e operazioni di investimento in attività reali o di consumo. – 4. Il rischio proprio dell'investimento avente natura finanziaria. – 4.1.* Segue*. I casi vagliati dalla Suprema Corte: compravendita o investimenti di natura finanziaria? – 5. Le operazioni di vendita di diamanti tramite intermediazione di istituti di credito. – 6. La gestione collettiva del patrimonio in beni d'arte: il caso degli* art funds*. – 7. La responsabilità dell'ente creditizio. – 7.1 –* Segue*. L'offerta al pubblico e il collocamento di prodotti finanziari. – 7.2 –* Segue*. La commercializzazione di beni rifugio quale attività connessa della banca. – 7.3.* Segue*. La natura della responsabilità della banca intermediaria.*

1. – Un'auto d'epoca, una bottiglia di vino pregiata, pietre preziose o una bella casa possono offrire un'emozione che quote di fondi di investimento, azioni e obbligazioni non potranno mai dare.

Diversificare le operazioni di investimento in attività reali o di consumo attira un numero sempre crescente di investitori, specie avendo riguardo ai cc.dd. *passion investments*, investimenti in beni caratterizzati da un alto valore venale come gli oggetti di lusso da collezione, dalle auto d'epoca ai gioielli, dalle opere d'arte agli orologi, dai vini agli strumenti musicali e così via [1].

[1] Risulta emblematica l'attenzione della Soprintendenza dei Beni Culturali (in particolare, per opere d'arte e veicoli di interesse storico e collezionistico) che, in prossimità della vendita di detti beni presso case d'asta comunica di aver avviato il procedimento di dichiarazione di interesse culturale *ex* artt. 12 ss. d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), coi conseguenti limiti alla circolazione dei beni in àmbito nazionale (artt. 53 ss. Codice dei beni culturali) e, soprattutto, internazionale (col divieto di uscita definitiva dal territorio della Repubblica *ex* art. 65 Codice dei beni culturali). Su queste tematiche cfr., *ex multis*, CIMMINO, *Alienazione di beni culturali: autorizzazione* ex post *e prelazione*, in *Not.*, 2020, 261 ss.; LOI MOJTEHADI, *La dichiarazione di interesse culturale: il sindacato del giudice amministrativo tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Riv. giur. sarda*, 2017, 526 ss.; MASTROPIETRO, *La dichiarazione di interesse culturale tra opponibilità e notizia*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 860 ss.; MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, in *Obbl. contr.*, 2009, 162 ss.; BERCELLI, *Notifica e trascrizione del provvedimento di dichiarazione dell'interesse culturale tra esigenze di tutela dei beni culturali e principio di certezza dei rapporti sociali*, in *Aedon*, 2006; SCIULLO, *La verifica dell'interesse culturale (art. 12)*, *ivi*, 2004; CELESTE, *Beni culturali: prelazione e circolazione*, in *Riv. not.*, 2000, 1071 ss.; R. PERCHINUNNO, *Profili privatistici e sistema di circolazione dei beni culturali: il problema della prelazione artistica*, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, a cura di CAPUTI JAMBRENGHI, Milano, 1999, 173 ss.; CARACCIOLO LA GROTTERIA, *I trasferimenti onerosi dei beni culturali nell'ordinamento italiano e comunitario*, Milano, 1998, *passim*. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, 22 settembre 2008, n. 4569, in *Urb. app.*, 2009, 54 ss., con commento di DAMIANO, *La prelazione sui beni culturali*. Sui veicoli di interesse storico e collezionistico sia consentito un rinvio a ONNIS CUGIA, *Le criticità concorrenziali nell'organizzazione di competizioni sportive automobilistiche di regolarità*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2018, 212, nt. 7.



L'appetibilità di investimenti nelle varie *asset class* al fine di una diversificazione del portafoglio è resa allettante dalla correlazione bassa o negativa con i principali investimenti finanziari [2]. Sono beni, in una qualche misura, sottratti al consumo: il mercato dei beni di collezione è quasi un *locus amoenus* della teoria economica in cui vi sono una buona informazione ed una vera contrattazione [3]. Inoltre, l'investitore è spinto all'investimento dal suo certo rendimento "spirituale", nel senso che un bene da collezione, essendo passione prima ancora che ricchezza, porta a far prevalere il lato emozionale su quello economico e il bene avrà sempre un valore immateriale per chi l'ha acquistato, indipendentemente da quello venale. I *passion investment* sono dunque visti come investimenti che in un certo qual modo sfuggono da considerazioni di carattere eminentemente finanziario, assumendo (in maniera parallela, se non prevalente rispetto a queste ultime) particolare rilevanza il fattore emotivo, per cui l'investimento in beni di lusso appare affascinante per la sicurezza conferita da quelli che, nella comune opinione, vengono considerati cc.dd. beni rifugio (o *safe heaven*), che alla caratteristica della difesa del valore del capitale investito sul lungo periodo uniscono quelle della facile trasportabilità e della soddisfazione estetica e collezionistica [4]. Allo stesso tempo, però, non va trascurato il fatto che sono investimenti che risentono delle mode o delle oscillazioni dei mercati finanziari e, pertanto, al fine di contenere i rischi propri di tali settori richiedono elevate competenze specifiche [5].

La crescente affermazione della rilevanza dei beni di lusso nei mercati finanziari in senso ampio è ormai tangibile. In assenza di approfondimenti scientifici [6], si deve osservare come opere d'arte, orologi, auto d'epoca, gioielli rappresentino anche una garanzia sempre più appetibile per gli intermediari, fornendo un rinnovato stimolo alle operazioni di finanziamento su pegno [7]. Ciò consente, da un lato, all'investitore di ottenere liquidità in tempi rapidi e senza un'indagine sul merito creditizio; dall'altro, all'intermediario di poter contare su una garanzia di elevata qualità, per quanto caratterizzata da una particolare illiquidità e dalla complessità nella determinazione del valore di mercato del bene che ne forma oggetto (con la conseguenza che il rapporto dimensionale tra importo del finanziamento e valore della garanzia si attesta tra il cinquanta ed il settanta per cento di quest'ultima) [8].

Negli ultimi tempi si sono registrati molteplici arresti giurisprudenziali in ordine alla valutazione di differenti manifestazioni del fenomeno in discorso, in particolare per quanto attiene al diffuso fenomeno dell'offerta, da parte di alcune società e per il tramite del canale bancario, di diamanti presentati come "da

---

[2] Cfr. RENNEBOOG, *The Returns on Investment Grade Diamonds*, CentER Discussion Paper Series No. 2013-025, reperibile *online* nel sito *internet https://ssrn.com/abstract=2251791*.

[3] Il tema è ampiamente approfondito, in una chiave sociologico-economica, da BOLTANSKI e ESQUERRE, *Enrichessement. Une critique de la marchandise*, Paris, 2017, tr. it. di De Ritis, *Arricchimento: una critica della merce*, Bologna, 2019, *passim*.

[4] Così, precisamente, CAPRIGLIONE, *I fondi chiusi di beni d'arte*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2007, 413.

[5] Ancora, CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 413.

[6] Ad eccezione, con specifico riferimento al fenomeno del c.d. *art lending*, del contributo di BONATO, Art-lending*: osservazioni sparse*, in *Ilcaso.it*, 2018.

[7] Nel nostro ordinamento regolato, come è noto, dall'art. 48 t.u.b.: su tale particolare operazione di credito, senza pretesa di completezza, v. RUSSO, *Credito su pegno*, in *Commentario Bonfatti*, Pisa, 2021, 236 ss.; TARDIVO, *Il credito su pegno*, in *Le operazioni di finanziamento bancario, societario, sull'estero, al consumatore, strutturato, a mezzo garanzia, pubblico*, a cura di PANZARINI-DOLMETTA-PATRIARCA, Bologna, 2016, 553 ss.; ID., *Il credito su pegno*, in *Vita not.*, 2001, 620 ss.; FALCONE, *Protezione del credito bancario e "particolari operazioni di credito"*, Napoli, 2012, 211 ss.; MARANO, *Operazioni di credito su pegno, soggetti abilitati ed esenzione alla revocatoria fallimentare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, 102 ss.; PIPITONE, *Il credito su pegno nella legge fallimentare e nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1994, 374 ss.

[8] Per una analisi della struttura e dimensione del mercato internazionale dei finanziamenti garantiti da beni di lusso v. l'articolo di MARCHESONI e PIRRELLI, *Più ricorso all'arte a garanzia dei prestiti*, in *Plus24-Il Sole 24 Ore*, 21 marzo 2020, 21.



investimento") [9], con una pacifica adesione all'orientamento affermatosi nella giurisprudenza di legittimità [10], per cui un'operazione è qualificabile come investimento di natura finanziaria, come tale riconducibile nel novero dei prodotti finanziari (con la correlata applicazione della disciplina in materia di sollecitazione), quando caratterizzata dal conferimento di una somma di denaro da parte del risparmiatore con un'aspettativa di profitto o di remunerazione e con un rischio.

Appare dunque necessario concentrare preliminarmente l'indagine se e quando operazioni di tal genere siano configurabili come offerta al pubblico di prodotti finanziari, intendendosi per tale, come è noto, ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati [art. 1, comma 1, lett. t), t.u.f.].

2. – In primo luogo, occorre prendere le mosse dalla nozione di prodotto finanziario offerta dal t.u.f.: come è noto, sono tali, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *u*) «*gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari*".

La formulazione della norma, connotata da una certa vaghezza [11], ha richiesto particolari sforzi esegetici da parte della dottrina [12], specie attorno alla formula «*investimento di natura finanziaria*» [13]. La natura finanziaria di un investimento e la conseguente sussunzione dello stesso nella fattispecie "prodotto finanziario" consente l'applicazione di molteplici norme di settore, sia in materia di offerta fuori sede (artt. 30, commi 5 e 9, 31, comma 2, e 32, comma 2, t.u.f.) e di offerta al pubblico di prodotti finanziari (artt. 94 ss. e, specialmente, l'art. 100-*bis* t.u.f.) [14].

---

[9] V. Trib. Modena, 11 luglio 2018, in *ExParteCreditoris*.it; Trib. Parma, 26 novembre 2018 e Trib. Milano, 8 gennaio 2019, entrambe in *Dirittobancario.it*; Trib. Parma, 21 gennaio 2019, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, II, 160 ss., con nota di Bonaccorsi di Patti, *Note minime sulla pretesa responsabilità della banca nella vendita di diamanti c.d. "da investimento"*; Trib. Modena, 2 aprile 2019, Trib. Genova, 11 aprile 2019 e Trib. Roma, 1° settembre 2019, tutte e tre in *ExParteCreditoris.it*; Trib. Milano, 29 ottobre 2019, in *DeJure*; Trib. Lucca, 11 novembre 2019; Trib. Modena, 19 novembre 2019, in *Dirittobancario.it*; Trib. Asti, 24 febbraio 2020, in *ExParteCreditoris.it*; Trib. Modena, 10 marzo 2020, in *IlCaso.it*; Trib. Bologna, 16 luglio 2020, in *ExParteCreditoris.it*; Trib. Lucca, 4 settembre 2020, in *Resp. civ. prev.*, 2021, con nota di Verri, *Diamanti da (non) investimento: profili giuridici dell'operazione e responsabilità della banca che segnala l'acquisto*; Trib. Genova, 29 marzo 2021, in *Giur. comm.*, 2022, II, 1240 ss., con nota di Marino, *Contratto di commercializzazione di diamanti: responsabilità contrattuale dell'intermediario bancario tra contatto sociale qualificato e contratto di mediazione*; Trib. Milano, 8 giugno 2021, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, II, 90 ss., con nota di Girardi, *Un diamante è per sempre? Collocamento di pietre preziose e responsabilità della banca*; Trib. Lucca, 26 luglio 2022, in *IlCaso.it*.

[10] Oltre alla recente Cass. pen., 26 ottobre 2022, n. 44378, v. Cass., 12 marzo 2018, n. 5911 e, prima ancora, Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, in *Contr.*, 2013, 1205 ss., con commento di Savasta, *Natura finanziaria dei diamanti e ruolo della Consob*.

[11] V. Guizzi, voce *Mercato finanziario*, in *Enc. dir.*, V Agg., Milano, 2001, 747. In tal senso anche Cass., 17 aprile 2009, n. 9316, in *Giur. comm.*, 2010, II, 103 ss., con nota critica di Pomelli, *I confini della fattispecie "prodotto finanziario" nel Testo Unico della Finanza*, il quale sottolinea la eccessiva genericità della formula.

[12] Finanche a ritenere evidente come sia "*impossibile precisare il contenuto, il significato, la portata di una nozione generale di 'prodotto finanziario' ed il suo rapporto con la categoria degli 'strumenti finanziari*'" così Ferro-Luzzi, *Attività e "prodotti finanziari"*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 145.

[13] Ineccepibili le osservazioni di Ferro-Luzzi, *L'assetto e la disciplina del risparmio gestito*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 193, secondo cui «*l'essenza, la definizione della finanziarietà, sarà chiara agli economisti, certo non lo è ai giuristi*».

[14] Cfr. Chionna, *Strumenti finanziari e prodotti finanziari nel diritto italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, 3; Costi, *Il mercato mobiliare*[11], 2018, 11. Anzi, secondo A. Lupoi, *I prodotti finanziari nella realtà del diritto: rilevanza del rischio finanziario*



Dalla definizione di prodotto finanziario emerge in primo luogo un rapporto di *genus ad speciem* tra prodotti finanziari e strumenti finanziari: tutti gli strumenti finanziari sono prodotti finanziari [15], ma non tutti i prodotti finanziari sono strumenti finanziari.

Se l'individuazione dei confini della categoria degli strumenti finanziari non comporta particolari problemi, data la puntuale e tassativa individuazione degli stessi contenuta nella sezione C di cui all'allegato 1 al t.u.f. (e l'individuazione di un perimetro «*inferiore*», escludendo dagli stessi gli strumenti di pagamento *ex* art. 1, comma 2, t.u.f., così come modificato dal d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129) [16], appare meno agevole inquadrare la categoria aperta dei prodotti finanziari, che sicuramente ricomprende gli strumenti finanziari (e ne costituisce il limite "*superiore*"), ma anche le altre forme di impegno di capitali aventi natura finanziaria, presentando così – sotto il profilo contenutistico – un'estrema diversificazione. Come attentamente evidenziato in dottrina, si ha un'operazione finanziaria quando le parti programmano un'operazione che inizi e termini con il denaro, "*essendo l'oggetto dell'interesse che le parti mirano a realizzare con l'operazione, oggetto che consiste nel, e si concentra sul, danaro*" [17].

Ma tale specificazione non è di per sé sufficiente a consentire di individuare un prodotto finanziario che non sia strumento finanziario e a permettere che esso soggiaccia alla disciplina di settore. Così fosse, entrerebbe nella nozione di prodotto finanziario qualsiasi attività speculativa. Né appare soddisfacente l'impostazione secondo cui i prodotti finanziari debbano rispondere a caratteristiche economico-giuridiche che, seppur non tali da far sì che la riconduzione alla gamma delle fattispecie tipiche degli strumenti finanziari, siano quanto meno oggettivamente analoghe a quelle [18].

Ulteriore peculiarità è la natura aperta ed atecnica del prodotto finanziario che non è strumento finanziario [19]: ciò risponde ad una voluta scelta del legislatore, il quale non solo là dove lo ha ritenuto opportuno ha individuato precisamente cosa rientrasse in una determinata categoria (*id est* gli strumenti finanziari), lasciando così aperta una finestra alla creatività del mercato, alla sua evoluzione e alla molteplicità di prodotti offerti dai suoi attori, ma ha voluto anche offrire una tutela agli investitori, consentendo di ricondurre nell'àmbito della disciplina di protezione dettata dal t.u.f. anche forme innominate di prodotti finanziari. Inoltre, la nozione prescinde anche dalla cartolarità del prodotto, potendosi tranquillamente ammettere che lo stesso non sia in alcun modo rappresentato da un documento [20].

Allora, il *quid pluris* va necessariamente individuato nell'operazione nel suo complesso: cosa distingue

---

quale oggetto dell'operazione d'investimento, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2017, 77, il prodotto finanziario appare come fattispecie regolata in funzione di altro: non sono l'oggetto di per sé di una specifica disciplina, bensì principalmente lo strumento della disciplina di altro e cioè dell'attività di raccolta di risparmio e dei servizi di investimento e dell'offerta al pubblico.

[15] Anzi, ad esser ancor più precisi una *species* tipizzata: così CERA (e DI VALENTIN), *Il diritto degli investimenti*, Bologna, 2015, 24.

[16] ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*[10], Torino, 2020, 100, 357.

[17] FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 134.

[18] Cass., 17 aprile 2009, n. 9316, cit. *Contra* v. POMELLI, *op. cit.*, 117.

[19] Il che si riflette sull'atipicità del contratto di investimento: oltre a Cass., 12 marzo 2018, n. 5911, così anche Cass. 5 febbraio 2013, n. 2736, cit. In dottrina v. CHIONNA, *op. cit.*, 1.

[20] Cfr. COSTI, *op. cit.*, 11 s.; RIGHINI, *Commento all'art. 1*, in *Commentario Vella*, I, Torino, 2012, 32; CAPRIGLIONE, *I "prodotti" di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? (Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui* sub-prime*)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 34. CHIONNA, *op. cit.*, 5 ss., oltre a porre in evidenza il superamento dell'identità tra investimento finanziario e titolo di credito in massa, sottolinea come le due nozioni di prodotto e strumento finanziario rispondano a vocazioni di tutela che si riflettono su due differenti piani di tutela: la nozione di prodotto finanziario mira a consentire l'applicazione di disposizioni poste direttamente a tutela dell'investitore e solamente in via mediata del mercato e dell'attività degli intermediari; la nozione di strumento finanziario è invece volta a fornire diretta garanzia del corretto funzionamento del mercato e dell'attività degli intermediari e, indirettamente, a tutela dell'investitore. In argomento v. anche POMELLI, *op. cit.*, 117 s.



l'attività di un soggetto, che – ad esempio – acquista un immobile affinché con esso realizzi un guadagno (ad esempio, locandolo ovvero rivendendolo ad un prezzo più alto di quello di acquisto) da chi, invece (e altrettanto a titolo esemplificativo) sottoscrive quote di un fondo di investimento immobiliare? Un tale elemento connotante deve essere ravvisato in un fattore intermedio che si interpone tra il denaro iniziale investito e il denaro finale guadagnato con l'investimento [21].

In un prodotto finanziario, questo fattore intermedio è sicuramente da ravvisare nel riferimento ad un dato oggettivo della realtà economica, che ha funzione di costituire lo strumento o il parametro di calcolo, per la determinazione del denaro finale [22]. Tra denaro iniziale e denaro finale si inserisce il riferimento ad un dato della realtà (beni, titoli, denaro assunto come nominale, etc.) e qualunque ne sia la disciplina giuridica privatistica, ha una sua particolare rilevanza perché svolge nel rapporto una funzione diversa da quella normalmente riconosciutagli e tutelata negli istituti giuridici tradizionali. Effetto del contratto è così il creare un valore finanziario, che assume rilevanza proprio nell'ottica del risultato che il contratto stesso intende perseguire. Tra il denaro iniziale e il denaro finale c'è il fattore intermedio caratterizzato da un nesso stabilito dal contratto tra un fatto consistente in una dinamica dei dati della realtà economica di riferimento e il diritto soggettivo di credito/debito tra le parti, periodico, ma soprattutto al termine del rapporto [23].

3. – Per quanto finora esposto, emerge come vi sia una fondamentale distinzione tra le operazioni di investimento aventi natura finanziaria e quelle di investimento in attività reali o di consumo, cioè le operazioni di acquisto di beni e di prestazioni di servizi che, anche se concluse con l'intento di investire il proprio patrimonio, sono essenzialmente dirette a procurare all'investitore il godimento del bene, a trasformare le proprie disponibilità in beni reali idonei a soddisfare in via diretta bisogni non finanziari del risparmiatore stesso [24].

Per meglio evidenziare la distinzione tra un investimento avente natura finanziaria e uno che non la ha, è possibile operare un confronto un investimento effettuato acquistando un lingotto d'oro e un investimento in uno strumento finanziario parametrato al valore dell'oro.

A tal uopo, il confronto può essere fatto con un ETC (*Exchange Traded Commodities*) sull'oro. Gli ETC sono strumenti finanziari oggetto di un'operazione di cartolarizzazione emessi da una società veicolo o *special purpose vehicle* – società costituita *ad hoc* per effettuare esclusivamente una o più operazioni di emis-

---

[21] FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 137.

[22] FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 137. Cfr. anche CHIONNA, *op. cit.*, 3.

[23] FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 138 ss., spec. 140.

[24] Sul punto cfr. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una "definizione"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, 561 s., il quale evidenzia come la differenza risulti fondamentale anche per la tutela degli investitori: "*Là dove, infatti, un certo contratto ha ad oggetto un "bene reale", e cioè un bene che dispone, oltre che di un valore di scambio, anche di un valore d'uso – che è potenzialmente rilevabile anche dal* quisque de populo *–, la disciplina legale di diritto comune (ivi inclusa, quella, decisiva, della garanzia per vizi, che presuppone, per l'appunto, la distinzione fra valore di scambio e valore d'uso) è, in linea di massima, adeguatamente protettiva del consumatore: sicché non v'è alcun motivo per "riservare" a soggetti pubblicisticamente controllati l'attività di offerta al pubblico, ad es., di biciclette o di capi di abbigliamento (beni reali che hanno un valore d'uso "facilmente" apprezzabile). Là dove, al contrario, un certo contratto ha ad oggetto un "bene finanziario", e cioè un bene la cui unica "utilità" consiste nella* chance *di un apprezzamento monetario – che, al contrario, non è affatto rilevabile dal* quisque de populo*, postulando conoscenze ed* expertise *professionali –, la disciplina legale di diritto comune risulta insufficiente, e diviene pertanto necessario, per assicurare la funzionalità del mercato, istituire presidi di diritto speciale a tutela degli utenti (risparmiatori/investitori). Da questa specifica esigenza di tutela del pubblico avvertita dal legislatore (comunitario e nazionale) consegue pertanto: (*i*) la riserva dell'attività a soggetti pubblicisticamente controllati (imprese di investimento e banche); (*ii*) la soggezione dei connessi contratti a un preciso regime imperativo ispirato alla tutela dell'investitore*".



sione di strumenti finanziari – a fronte dell'investimento diretto dell'emittente in materie prime o in contratti derivati su materie prime [25]. Gli ETC replicano direttamente o indirettamente il sottostante attraverso una gestione passiva e sono negoziati in borsa come un'azione. Il Regolamento Borsa Italiana [26] (art. 2.2.22, comma 2) detta la previsione, specificamente per gli ETC, secondo cui: *a*) le attività acquistate con i proventi derivanti dalla sottoscrizione dei titoli devono costituire patrimonio separato a tutti gli effetti da quello dell'emittente; *b*) le attività acquistate con i proventi derivanti dalla sottoscrizione, nonché i proventi generati dalle stesse attività, devono essere destinati in via esclusiva al soddisfacimento dei diritti incorporati negli strumenti finanziari ed eventualmente alla copertura dei costi dell'operazione; *c*) sulle attività acquistate con i proventi derivanti dalla sottoscrizione non devono essere ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei relativi strumenti finanziari. Può inoltre essere prevista la sottoscrizione o il rimborso, in via continuativa, attraverso la consegna degli strumenti finanziari o delle merci (o di un ammontare di danaro equivalente) su cui ha investito la società emittente.

I titoli emessi vengono poi immessi in un mercato primario, accessibile esclusivamente agli operatori specialisti, ove è consentita la sottoscrizione e il rimborso di lotti di titoli su base giornaliera al valore ufficiale dell'ETC, verso un pagamento in denaro ovvero in una corrispondente quantità della materia prima (per gli ETC *physically-based*) sottostante al titolo. Successivamente, i titoli vengono immessi nel mercato regolamentato, accessibile a qualsiasi investitore tramite un intermediario.

Tra le principali caratteristiche di tali strumenti finanziari emerge che questi, al pari delle cc.dd. obbligazioni *zero coupon*, non sono fruttiferi di interessi e che conferiscono all'investitore il diritto a richiedere il riscatto del titolo e di ricevere nella data di liquidazione una quantità di denaro pari al valore dell'ETC ovvero, in caso di ETC su metalli preziosi, una quantità della *commodity* sottostante pari al titolo su metallo in tale data. La gestione passiva dell'investimento, replicando l'andamento di un determinato indice, permette un forte contenimento dei costi di gestione e, di conseguenza, delle commissioni in capo al cliente.

Gli ETC permettono all'investitore di esporsi sui mercati delle *commodities* o dei derivati senza dover acquistare il bene fisico oggetto dell'investimento o dover stipulare direttamente contratti derivati. Proprietario del sottostante è unicamente la società emittente: in ragione di ciò e in virtù del principio *res perit domino*, in caso di perimento, danneggiamento o furto dei beni l'emittente non sarebbe in grado di far fronte alle proprie obbligazioni in relazione ai titoli emessi e nessun diritto potrà vantare l'investitore. Infatti, costui è titolare solo dei titoli che derivano il loro valore da quel sottostante e non del sottostante stesso e niente potrà vantare in relazione a vicende riguardanti quest'ultimo. Il bene, qui, è dunque il parametro di riferimento che determina la variazione del denaro iniziale investito e il denaro finale risultante dall'andamento del sottostante.

Se, invece, l'investitore acquista direttamente l'oro [27], l'elemento effettuale del contratto (la creazione di un valore finanziario) è assente e ciò anche in assenza di una consegna materiale del bene, sostituita da quella di un certificato.

---

[25] Sugli ETC, sia consentito un rinvio a Onnis Cugia, *Gli strumenti finanziari derivati cartolarizzati nel quadro normativo comunitario: la natura giuridica degli* Exchange Traded Commodities, in *Contr. impr. Europa*, 2016, 667 ss.

[26] Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A. deliberato dal Consiglio di amministrazione del 21 luglio 2022 e approvato dalla Consob con delibera n. 22455 del 21 settembre 2022.

[27] La definizione dell'oro da investimento è fornita dall'art. 1, comma 1, lett. *a*), l. 17 gennaio 2000, n. 7, recante "*Nuova disciplina del mercato dell'oro*". È tale "*l'oro in forma di lingotti o placchette di peso accettato dal mercato dell'oro, ma comunque superiore ad 1 grammo, di purezza pari o superiore a 995 millesimi, rappresentato o meno da titoli; le monete d'oro di purezza pari o superiore a 900 millesimi, coniate dopo il 1800, che hanno o hanno avuto corso legale nel Paese di origine, normalmente vendute a un prezzo che non supera dell'80 per cento il valore sul mercato libero dell'oro in esse contenuto, incluse nell'elenco predisposto dalla Commissione delle Comunità europee ed annualmente pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, serie C,*



In tal caso, l'acquisto dell'oro appare diretto al conseguimento del bene. Non viene prospettata alcuna forma di rendimento da parte del preponente diversa o collegata al valore del bene acquistato, né può qualificarsi come rendimento di natura finanziaria l'eventuale apprezzamento (o deprezzamento) della *res* materiale oggetto della vendita (oro) e dovendosi, nella fattispecie, escludersi l'assunzione di un rischio di perdita del capitale.

Come posto in luce dalla Consob [28], nel caso di acquisto della *res* non sussistono i caratteri minimi e necessari per ricondurre la fattispecie in esame all'interno della nozione di offerta al pubblico di prodotti finanziari. Secondo la Commissione, infatti, non rientrano nella nozione di sollecitazione le operazioni di investimento in attività reali o di consumo, cioè le operazioni di acquisto di beni e di prestazioni di servizi che, anche se concluse con l'intento di investire il proprio patrimonio [29], sono essenzialmente dirette a procurare all'investitore il godimento del bene, a trasformare le proprie disponibilità in beni reali idonei a soddisfare in via diretta i bisogni non finanziari del risparmiatore stesso e che si è in presenza di un investimento finanziario, come contrapposto ad un investimento di consumo, tutte le volte in cui il risparmiatore conferisce il proprio denaro con un'aspettativa di profitto, vale a dire di accrescimento delle disponibilità investite [30].

---

nonché le monete aventi le medesime caratteristiche, anche se non ricomprese nel suddetto elenco; con decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica sono stabilite le modalità di trasmissione alla Commissione delle Comunità europee delle informazioni in merito alle monete negoziate nello Stato italiano che soddisfano i suddetti criteri". In argomento, v. MARTIS, *Attività dei "compro-oro" e regime IVA: la giurisprudenza conferma l'applicabilità del* reverse charge, in *Riv. giur. sarda*, 2014, 571.

[28] Comunicazione Consob n. DIN/12079227 del 4 ottobre 2012, avente ad oggetto *Richiesta di parere sulla* compliance *alla vigente normativa di specifici prodotti rientranti nell'ambito del commercio professionale di oro*. Nel caso di specie, il quesito verteva sulla qualificabilità di un piano di acquisto di oro a cadenza predeterminata come offerta al pubblico di prodotti finanziari. Il programma di acquisto di oro prevedeva una serie, temporalmente scadenzata, di acquisti di una determinata quantità di oro sino al raggiungimento di una prefissata quantità finale, utile alla trasformazione in lingotti certificati; a fronte di tali acquisti, contabilmente annotati in appositi "conti metallo" intestati a ciascun cliente al cliente viene riconosciuto un corrispondente diritto di comproprietà su un lingotto specificamente identificato di proprietà della società proponente, attraverso la consegna di una "ricevuta (certificato/attestato)", non trasferibile. L'acquirente è immesso nel godimento dell'oro fisico, ricevendo in contropartita dei singoli acquisti frazionati il diritto di comproprietà – per la quota di oro acquistato – di uno specifico lingotto della società proponente ovvero, alla fine del programma di acquisto frazionato ovvero nel caso di uscita anticipata dal piano – sempre possibile senza condizioni – la proprietà esclusiva di un diverso lingotto appositamente prodotto per il cliente e a lui materialmente consegnato.

[29] Con riferimento ai *passion investments* il discorso potrebbe essere, invero, ulteriormente articolato, almeno dalla prospettiva sociologico-economica cui si è fatto riferimento in apertura del presente lavoro, che distinguerebbe il mercato delle attività di consumo da quello delle attività che potremmo definire più voluttuarie o passionali. BOLTANSKI-ESQUERRE, *op. cit.*, *passim*, infatti, operano una quadripartizione dei mercati distinguendo tra: *i*) mercato standard (o di consumo); *ii*) di mercato delle collezioni (con merci relativamente sottratte al consumo); *iii*) il mercato di tendenza (la moda in particolare); *iv*) il "mercato attivo" nel quale si compra o si vende per immediatamente vendere o comprare (tipicamente i mercati mobiliari, ma più in genere la filiera commerciale fra produttore e consumatore finale). Il mercato dei beni da collezione è un mercato in cui vengono scambiati beni arricchiti di "memoria" e caratterizzati da una sorta di pretesa alla durata e alla non usurabilità, che nello stesso tempo sono normalmente (ma non sempre) arricchenti nella misura in cui valgono come investimenti.

[30] La casistica è davvero multiforme. In tal senso, oltre alla Comunicazione Consob n. DIN/12079227 del 4 ottobre 2012, cit., cfr. le Comunicazioni Consob n. DTC/13038246 del 6 maggio 2013 avente ad oggetto *Vendita di diamanti tramite intermediazione di istituti di credito – richiesta di chiarimenti e formulazione di quesiti*; n. DCL/DEM/3033709 del 22 maggio 2005 in merito alla vendita di quote di multiproprietà e n. DAL/RM/96009868 del 4 novembre 1996 avente ad oggetto *Quesito in materia di collocamento di certificati di godimento o di associazione inerenti a porzioni determinate di bene immobile*. È stata ravvisata natura finanziaria altresì ai prodotti vagliati con le Comunicazioni Consob n. 0385340 del 28 aprile 2020 avente ad oggetto *Risposta al quesito avente ad oggetto "Richiesta di parere preventivo per la corretta classificazione di un'operazione immobiliare attinente alla compravendita di nuda proprietà"*; n. DEM/10101143 del 10 dicembre 2010 sulla promozione su *internet* di iniziative finalizzate alla raccolta di denaro a favore di progetti a valenza sociale di organizzazioni del c.d. Terzo Settore; n. DEM/8035334 del 16 aprile 2008 sulla offerta al pubblico di *coupon* finalizzati al godimento di pacchetti-vacanza; nn. DEM/1043775 del 1° giugno 2001 e DIS/36167 del 12 maggio 2000 in materia di sottoscrizione di certificati azionari rappresentativi del diritto di utilizzo di posti ormeggio. Peculiare è il caso



4. – Giunti a questo punto della nostra indagine, occorre soffermarci sull'elemento del "rischio" richiamato dal principio di diritto affermato dalla Cassazione nell'inquadrare i caratteri dell'investimento avente natura finanziaria.

Come visto, per "*ogni altra forma di investimento di natura finanziaria*" debbono intendersi le proposte di investimento che implichino la compresenza dei tre seguenti elementi: *i*) impiego di capitale; *ii*) aspettativa di rendimento di natura finanziaria; *iii*) assunzione di un rischio direttamente correlato all'impiego di capitale. La Suprema Corte, infatti, ha precisamente rilevato come l'investimento di natura finanziaria comprenda ogni conferimento di una somma di denaro da parte del risparmiatore, indipendentemente dalla tipologia del bene oggetto dell'investimento [31] con un'aspettativa di profitto o di remunerazione, vale a dire di attesa di utilità a fronte delle disponibilità investite nell'intervallo determinato da un orizzonte temporale, e con un rischio [32]. La ragione giustificativa del contratto di investimento in prodotti finanziari, e non il suo semplice motivo interno privo di rilevanza qualificante, consiste proprio nell'investimento del capitale (il denaro iniziale) con la prospettiva dell'accrescimento delle disponibilità investite (il denaro finale all'esito degli effetti del valore finanziario), senza l'apporto di prestazioni da parte dell'investitore diverse da quella di dare – come detto – una somma di denaro.

Nondimeno, ai fini della configurabilità della presenza di un prodotto finanziario la Suprema Corte ha incluso tra i rischi assumibili dall'investitore anche il c.d. rischio emittente, ossia la capacità stessa dell'emittente di restituire il *tantundem*, con la maggiorazione promessa.

Sulla scorta di ciò, se ci si concentrasse sulla sola struttura dell'operazione, allora anche un conto deposito rientrerebbe, in astratto, tra i prodotti finanziari: il depositante "blocca" per un determinato periodo di tempo un capitale, nell'ottica di un rendimento (il tasso di interesse), assumendosi – almeno per il deposito di somme eccedenti i 100.000 euro, ai sensi dell'art. 96-*bis*.1, comma 3, t.u.b. e fatte salve le eccezioni di cui al

---

dell'emissione di certificati *en primeur* relativi alla vendita di vino e nell'attività secondaria di mediazione di certificati stessi: se con le Comunicazioni CONSOB nn. DIS/98082979 del 22 ottobre 1998 e DIS/99006197 del 28 gennaio 1999 aventi ad oggetto *Vendita di vino mediante emissione di certificati "*en primeur*"* è stato messo in risalto che, sebbene di primo acchito la fattispecie delineata potrebbe apparire – dal punto di vista del sottoscrittore iniziale – finalizzata al godimento di un bene di consumo, rappresentato dal diritto ad ottenere la consegna del vino alla scadenza prefissata, la struttura dell'operazione nella sua complessità fa emergere la sua natura finanziaria, in quanto la presenza di un intermediario bancario nella commercializzazione dei certificati in discorso (che assumono caratteristiche tipiche degli strumenti finanziari) e l'esistenza di un potenziale mercato secondario nel quale si effettuano scambi e si formano prezzi che prescindono dal valore facciale del titolo, ma sono il frutto dell'incrocio della domanda e dell'offerta dei certificati stessi (e ciò indipendentemente dal motivo che ispira il singolo investitore all'operazione, il quale potrebbe essere interessato anche alla semplice consegna del vino), con la Comunicazione Consob n. DEM/10016056 del 26 febbraio 2010, pur prendendosi atto della sempre più crescente affermazione di un mercato *lato sensu* inteso avente ad oggetto etichette di vino pregiate (e dunque non potendosi escludere che tra le ragioni che determinano l'investitore ad acquistare un certificato *en primeur* si possano annoverare oltre alle finalità di consumo anche la prospettiva di un lucro derivante dalla successiva rivendita a prezzi superiori del bene ricevuto in consegna), l'acquisto del certificato conferisce infatti al titolare il mero diritto a ricevere una determinata quantità di vino a scadenza senza che la banca collocatrice dei certificati garantisca una forma di rendimento finanziario ovvero fornisca la possibilità di rivendere i certificati. Il ruolo della banca si limita infatti a garantire il valore facciale del certificato, ma solo nel caso in cui si verifichi un inadempimento dell'azienda vinicola a consegnare la merce alla scadenza, neutralizzando in tal modo il rischio di credito connesso all'operazione. D'altro canto non è stata riscontrata l'organizzazione di un mercato secondario dei certificati *en primeur* liberamente accessibile, rimanendo pertanto del tutto eventuale e comunque estranea all'operazione in esame, l'opportunità di un collocamento dei certificati o dei beni acquistati. In discorso, cfr. GIRINO, *I contratti derivati*[2], Milano, 2011, 165 ss.; ONNIS CUGIA, *op. cit.*, 682 s. I termini della differenza tra investimento avente natura finanziaria e quello in beni reali sono limpidamente tracciati anche nella Comunicazione n. DEM/9057728 del 19 giugno 2009 in riferimento a contratti atipici aventi ad oggetto la prestazione di servizi commerciali turistico-immobiliari.

[31] Cfr. POMELLI, *op. cit.*, 109. *Contra*, Cass., 17 aprile 2009, n. 9316, cit.

[32] Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, cit.



successivo comma 4° ovvero le altre limitazioni previste per i sistemi di garanzia dei depositanti dagli artt. 96 ss. t.u.b. – il "*rischio emittente"* della solvibilità della banca depositaria. Il legislatore, specificando l'esclusione dei depositi bancari o postali, sempre che non siano a loro volta rappresentati da strumenti finanziari, ha voluto escludere dal non attrarre la racconta del risparmio tramite alcune forme di deposito nella disciplina dell'offerta al pubblico [33]. Se poi si approfondisce la materia indagando anche sul contenuto delle disposizioni di cui alla disciplina secondaria, l'estromissione dei depositi non rappresentati da strumenti finanziari arriva a ricomprendere anche i buoni fruttiferi e i certificati di deposito consistenti in titoli individuali non negoziati nel mercato monetario [34]. L'esclusione di queste forme di investimento finanziario dipende dunque dalla assenza dell'ulteriore requisito della negoziabilità (che, quindi, sia in grado di dar vita a un sistema di scambi in un mercato secondario) [35], di cui siamo dunque indotti a ritenerne l'essenzialità nella struttura propria dei prodotti finanziari [36].

Sul punto, occorre rilevare come sia stato affermato che il contratto di investimento in prodotti finanziari non ha ad oggetto tanto il prodotto finanziario in sé e per sé considerato, quanto il rischio finanziario che il prodotto porta intrinsecamente nell'operazione [37].

Di talché, è evidente come nell'impostazione dell'Autorità di vigilanza e della Suprema Corte secondo cui nel complesso l'operazione deve prevedere che il risparmiatore impieghi il proprio capitale a fronte di un rendimento predeterminato o predeterminabile in base a parametri predefiniti con conseguente assunzione di un rischio correlato all'impiego del capitale affidato, arrivando sotto quest'ultimo profilo a includere anche il "*rischio emittente*" (risultando così sufficiente che sussista l'incertezza in merito non all'entità della prestazione dovuta o al momento in cui questa sarà erogata, bensì alla capacità stessa dell'emittente di restituire il *tantundem*, con il promesso rendimento) [38], l'alea qui presa in considerazione può essere tanto l'alea c.d. giuridica quanto quella c.d. economica [39]. Riprendendo i confini limpidamente tracciati da autorevole dottrina, se quest'ultima si limita alla possibilità dell'oscillazione del valore della prestazione in dipendenza delle fluttuazioni dei mercati, l'alea giuridica concerne la previsione, nell'àmbito del meccanismo contrattuale, "*del collegamento tra la nascita e/o la consistenza della prestazione di una od entrambe le parti e l'accadimento di un evento incerto*" [40].

---

[33] In argomento v. A. Lupoi, *op. cit.*, 84.

[34] Nota 1, par. 1, Provvedimento Banca d'Italia del 29 luglio 2009 recante *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*. Cfr., inoltre, *a contrario*, l'art. 1, comma 1-*ter*, t.u.f.

[35] Cfr. Guizzi, *op. cit.*, 749, a giudizio del quale il prodotto finanziario consiste in un'operazione economica che offre a chi investe «*prospettive di reddito, ma senza elevare l'aspettativa a tale redditività a contenuto di una situazione giuridicamente perfetta*» oppure, là dove sia identificabile un vero e proprio diritto soggettivo alla remunerazione dell'investimento, una operazione in cui la posizione soggettiva da essa nascente "*assuma la connotazione di bene oggettivamente negoziabile e sia dunque in grado di dar vita a un sistema di scambi per contanti (il cosiddetto mercato secondario)*".

[36] Così anche A. Lupoi, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contr. impr.*, 2009, 1277.

[37] Così, esattamente, A. Lupoi, *I prodotti finanziari*, cit., 76, 97, 99.

[38] Come accade anche nella disciplina archetipica dell'assicurazione, ove il legislatore ha puntualmente previsto misure volte a garantire la solvibilità dell'assicuratore: cfr. Corrias, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, 78 ss.

[39] È stato precisamente evidenziato da Corrias, *I contratti aleatori: rivisitazione di una categoria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, I, 685, nt. 66, che alea giuridica ed economica sono tipologie autonome e disgiunte, potendosi avere: *i*) contratti aleatori non caratterizzati dall'alea economica (come l'assicurazione e la rendita vitalizia), nei quali il meccanismo dell'alea giuridica appare idoneo ad eliminare rischi di tipo economico; *ii*) contratti aleatori in cui alea giuridica ed economica coesistono (giuoco e scommessa ed *emptio spei*), in cui la prima è lo strumento attraverso il quale la seconda si determina; *iii*) contratti non aleatori connotati dalla sola alea economica.

[40] V. Corrias, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in Swap *tra banche e clienti. I contratti e le con-*



E ben può configurare ciò il semplice rischio emittente (o di controparte), il quale è un rischio specifico dipendente dalle caratteristiche peculiari dell'emittente medesimo, in quanto rischio che si caratterizza in quanto nel mercato e dal medesimo mercato valutabile e valutato [41] e che può essere diminuito sostanzialmente attraverso la diversificazione del portafoglio, contrariamente a un rischio generico, rappresentato da quella parte di variabilità del prezzo di ciascun prodotto che dipende dalle fluttuazioni del mercato e non può essere eliminato per il tramite della diversificazione [42].

L'essenzialità del rischio finanziario quale elemento connotante i prodotti finanziari emerge oggi anche dalla normativa europea che esprime efficacia diretta nel nostro ordinamento e, in particolare, dal Regolamento (UE) n. 1286/2014 (c.d. regolamento PRIIPs) [43]. Per i contratti riconducibili alla nozione di "*prodotto di investimento al dettaglio preassemblato*" (PRIP), consistenti in un investimento nel quale, indipendentemente dalla forma giuridica dell'investimento stesso, l'importo dovuto all'investitore al dettaglio è soggetto a fluttuazioni a causa dell'esposizione ai valori di riferimento o al rendimento di uno o più attivi che non siano direttamente acquistati dall'investitore al dettaglio, è richiesta la redazione del *Key Information Document* (KID) secondo i precetti di contenuto e forma rinvenibili all'interno degli artt. 6 ss. reg. PRIIPs [44].

In particolare, il KID deve contenere in una sezione intitolata "*Quali sono i rischi e qual è il potenziale rendimento?"*, una breve descrizione del profilo di rischio/rendimento che comprenda i) un indicatore sintetico di rischio, integrato da una spiegazione testuale di quest'ultimo, dei suoi principali limiti e da una spiegazione testuale dei rischi che sono particolarmente rilevanti per i PRIIP e che non sono adeguatamente rilevati dall'indicatore sintetico di rischio; *ii*) la perdita massima possibile del capitale investito [45]; *iii*) scenari di

---

dotte, a cura di MAFFEIS, Milano, 2014, 177. Da ultimo, dello stesso Autore, *I contratti aleatori*, cit., 666 ss. Per cui, al fine di qualificare il contratto come aleatorio, è necessario verificare se, al momento della conclusione del contratto, vi sia una situazione di obiettiva incertezza circa i vantaggi o lo svantaggio economico che potrà derivare dal regolamento negoziale ovvero che, per la struttura del contratto posto in essere dalle parti, è a carico di una delle parti il rischio di un evento casuale che potrà incidere sul contenuto del suo diritto o della sua prestazione: in sostanza l'alea opera sin dall'inizio come elemento essenziale del sinallagma: così Cass., 28 febbraio 2013, n. 5050, ma v. già ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, 439 ss.

[41] Precisamente, con riferimento ai contratti derivati, ANGELICI, *Alla ricerca del "derivato"*, Milano, 2016, 63. Questo profilo viene massimamente esaltato nei *credit default swap*, nei quali il *credit event* viene considerato per il suo significato di incidere su una quotazione nel mercato e, quindi, sul valore del credito. In argomento, v. in luogo di altri, CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati di credito. Il* credit default swap, in *Dir. comm. int.*, 1997, 103 ss.; TAROLLI, *Trasferimento del rischio di credito e trasparenza del mercato: i* credit derivatives, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1169 ss.; RUCELLAI, *Cartolarizzazione sintetica e* Credit Default Swap, *ivi*, 2012, I, 371 ss.; SCIPIONE, *Le distorsioni strutturali dei* credit default swap *e il rischio di controparte. Ripercussioni sulla stabilità dei mercati e spunti per una revisione della normativa*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2016, I, 279 ss.

[42] Sulla rilevanza del rischio emittente sulla valutazione dell'inadeguatezza di un investimento v. Trib. Napoli, 13 febbraio 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, 299 ss., con nota di RENZULLI, *Osservazioni in tema di obblighi informativi degli intermediari nella valutazione di adeguatezza e rilevanza del giudizio di* rating; Trib. Milano, 15 luglio 2009. Con specifico riferimento agli strumenti finanziari, v. anche l'art. 169, comma 3, lett. *a*), Regolamento Intermediari, adottato con delibera Consob 15 febbraio 2018, n. 20307, secondo cui la descrizione dei rischi include i rischi associati all'insolvenza dell'emittente.

[43] Regolamento (UE) n. 1286/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati. Sul Regolamento PRIIPs v. PIRAS, *Le polizze rivalutabili collegate alle gestioni separate*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 14, p. 41 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Prodotti "misti" e norme a tutela del cliente*, in *Società, banche e crisi di impresa*, in Liber Amicorum *Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, p. 2413 ss.; SIRI, *I prodotti finanziari assicurativi*, Roma, 2013, p. 165 ss.; BRUNO e FRANZA, *Prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e poteri della CONSOB in tema di vigilanza e trasparenza*, in *Ass.*, 2014, p. 20 ss.

[44] Ai quali si aggiungono le norme di attuazione contenute nel Regolamento delegato (UE) n. 2017/653 della Commissione, dell'8 marzo 2017, che integra il regolamento (UE) n. 1286/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati stabilendo norme tecniche di regolamentazione per quanto riguarda la presentazione, il contenuto, il riesame e la revisione dei documenti contenenti le informazioni chiave e le condizioni per adempiere l'obbligo di fornire tali documenti.

[45] Comprese informazioni su: *i*) se l'investitore al dettaglio può perdere tutto il capitale investito; o *ii*) se l'investitore al dettaglio



performance adeguati e le ipotesi formulate per realizzarli; *iv*) ove applicabile, informazioni sulle condizioni dei rendimenti agli investitori al dettaglio e limiti massimi delle prestazioni incorporate; *v*) una precisazione che la legislazione fiscale dello Stato membro di origine dell'investitore al dettaglio può incidere sui versamenti effettivi [46].

Oggi, dunque, il rischio finanziario assunto dall'investitore (*rectius*, la conoscenza del rischio) assurge a elemento centrale nella conclusione del contratto di investimento [47], inducendo finanche un Autore ad affermare la nullità per indeterminatezza dell'oggetto là dove il cliente non sia portato a conoscenza del rischio con i prèsidi prescritti [48].

Al fine di connotare la distinzione tra le operazioni aventi natura finanziaria e quelle di investimento in attività reali o di consumo, l'incertezza non va ravvisata tanto nel mero scopo di incrementare il proprio patrimonio auspicando che una situazione di incertezza meramente economica si risolva a proprio favore, ma in un rischio che si riflette nella produzione del (*rectius*, variazione di un) valore [49] proprio del momento intermedio tra denaro iniziale e denaro finale [50].

---

si assume il rischio di sostenere impegni o obblighi finanziari aggiuntivi, comprese passività potenziali ulteriori rispetto al capitale investito nel PRIIP; e *iii*) ove applicabile, se il PRIIP include una protezione del capitale contro il rischio di mercato, nonché i dettagli sull'ampiezza di tale copertura e i suoi limiti, in particolare per quanto riguarda i tempi di applicazione.

[46] Sul punto, v. anche gli artt. 3 e 12 regolamento delegato (UE) n. 2017/653, nonché gli Allegati (I-VII) al medesimo regolamento.

[47] Così A. Lupoi, *I prodotti finanziari*, cit., 76, il quale sottolinea come in tale dinamica la conoscenza del prodotto in sé (così come di tutte le informazioni sintetizzate in un indice) divenga superflua, al contrario della rilevanza dell'indice di rischio o rendimento, degli scenari probabilistici e dell'incidenza dei costi. V. anche Maffeis, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di* swap, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1104 e la pronuncia Cass., 26 gennaio 2016, n. 1376 ivi richiamata (nt. 14), secondo cui "*ogni investitore razionale è avverso al rischio, sicché il medesimo, a parità di rendimento, sceglierà l'investimento meno aleatorio ed, a parità di alea, quello più redditizio, se non si asterrà perfino dal compiere l'operazione, ove l'alea dovesse superare la sua propensione al rischio. La scelta tra differenti opportunità di investimento è, quindi, essenzialmente un problema di raccolta e di valutazione di informazioni, ovvero di ogni dato sulla natura dello strumento finanziario, sui suo emittente, sul suo rendimento e sull'economia nel suo complesso, compresa l'informativa circa l'eventuale sussistenza, con riferimento alla singola operazione da porre in essere, di una situazione di c.d.* grey market*, ovverosia di carenza di informazioni circa le caratteristiche concrete del titolo ed il* rating *del prodotto finanziario nel periodo in considerazione, o – addirittura – di una situazione di imminente* default *economico dell'ente o dello Stato emittente. Ed è evidente che, essendo le informazioni finanziarie complesse e costose, nei rapporti di intermediazione finanziaria le imprese di investimento posseggono frammenti informativi diversi e superiori rispetto a quelli a disposizione degli investitori, o da essi acquisibili*". In giurisprudenza di merito v., da ultimo, Trib. Firenze, 11 maggio 2020; Trib. Pisa, 30 ottobre 2019; Trib. Prato, 29 gennaio 2018.

[48] A. Lupoi, *I prodotti finanziari*, cit., 99 s. L'assenza del rischio, inoltre, *ex* art. 1895 c.c. determina la nullità del contratto di assicurazione, modello paradigmatico dei contratti aleatori. Tale disposizione, avente una valenza transtipica, rappresenta il fondamento normativo della necessità dell'alea bilaterale effettiva in tutte le figure aleatorie e venendo a mancare un apprezzabile rischio di perdite, l'alea sarebbe ritenuta inesistente e mancherebbe la causa di scambio, nella particolare connotazione che essa assume nei contratti aleatori: così Corrias, *I contratti derivati finanziari*, cit., 191, 208. In tema di contratti derivati, è significativa l'impostazione della Suprema Corte (Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, II, 45 ss., con nota di Patroni Griffi, *Noterelle a margine di Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770: asimmetrie informative e meritevolezza dei contratti IRS* e, a p. 768 ss., di Lener e Cipriani, *I derivati, le Sezioni Unite, l'Europa*; in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1515 ss., con nota di Bonaccorsi di Patti, *La legittimazione a stipulare un contratto di* swap *e le regole di finanza locale: un'occasione (o un pretesto) per un'indagine nel mondo dei contratti derivati*; Cass., 29 luglio 2021, n. 21830), secondo cui l'alea razionale che caratterizza tali contratti ai fini del giudizio di meritevolezza è ravvisabile, in concreto, laddove siano esplicitati e condivisi gli elementi che consentono di conoscere la misura qualitativa e quantitativa dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti e oggettivamente condivisi, tramite l'esplicitazione dei costi impliciti, del *mark to market* e, soprattutto, dei cc.dd. scenari probabilistici. In argomento v. anche la più recente App. Milano, 20 settembre 2022.

[49] Cfr. Angelici, *op. cit.*, 50.

[50] Corrias, *I contratti derivati finanziari*, cit., 202 ss. esclude l'identità dell'alea giuridica con la speculazione, sebbene i due caratteri possano coesistere. Angelici, *op. cit.*, 52 osserva come alla centralità del rischio corrisponda la rilevanza del profilo tempora-



4.1. – Assunta la definizione di prodotto finanziario, non poche perplessità nascono nell'osservare l'applicazione pratica di tale principio offerta dalla giurisprudenza di legittimità che ha qualificato come prodotto finanziario due particolari operazioni di impegno di capitale – una in diamanti [51], l'altra in opere d'arte [52] – che prevedevano l'acquisto dei beni cui si aggiungeva l'aspettativa di un rendimento, per quanto di importo predeterminato, in caso di esercizio del diritto di recesso da parte dell'investitore con la restituzione del bene nel termine previsto.

Nello specifico, nel caso dell'investimento in diamanti l'operazione prevedeva il trasferimento in proprietà del diamante verso il corrispettivo di un prezzo, attribuendo all'acquirente la facoltà alternativa del godimento del bene o di pretendere l'esecuzione del contratto preliminare unilaterale concluso dalla società, con la conseguenza che, mentre nel primo caso l'acquirente non avrebbe avuto diritto al compenso per la custodia, nell'ipotesi di restituzione del diamante in plico sigillato tale compenso sarebbe spettato.

Detto altrimenti, l'offerta al pubblico consisteva nell'immobilizzare del denaro per un determinato periodo di tempo, con la prospettiva del guadagno in conseguenza di ciò. Il meccanismo negoziale attraverso cui si perveniva a questo risultato veniva descritto come la consegna in affidamento di un diamante del valore ipotetico di 1.000 euro, chiuso in un involucro sigillato, contro il versamento in denaro della stessa somma e l'impegno della società, dopo dodici mesi, di riacquistare il diamante, restituendo il capitale di 1.000 euro e corrispondendo altresì l'importo di 80 euro "*a titolo di custodia*".

A giudizio della Cassazione, in tal caso, sussiste una causa negoziale finanziaria, in quanto l'investimento del capitale viene effettuato nella prospettiva dell'accrescimento delle disponibilità investite. Nella struttura negoziale prevalgono gli elementi del credito fruttifero e della garanzia, giacché il sottoscrittore finanzia la società e questa gli dà in garanzia il diamante, aggirando al contempo il divieto di patto commissorio *ex* art. 2744 c.c. con la previsione che la proprietà del diamante passerà al sottoscrittore se egli violerà il sigillo, così camuffando da sanzione per l'inadempimento all'obbligo di custodia ciò che non è altro che l'appropriazione del bene in caso di mancato soddisfacimento del credito per capitale ed interessi.

Ancora, per il Giudice di legittimità appare fuorviante qualificare l'importo di 80 euro come un "*compenso per la custodia*".Nel quadro di un contratto di custodia, infatti, l'anticipazione di 1.000 euro dal custode al proprietario della cosa custodita sarebbe evidentemente priva di causa e perciò nulla. Viceversa, quell'anticipazione acquisterebbe un sicuro significato se ricondotta nell'àmbito di un contratto di investimento, rappresentando il capitale impiegato in vista di un'aspettativa di rendimento.

Fattispecie del tutto analoga è quella avente ad oggetto la compravendita di opere d'arte, in cui la Cassazione ha ugualmente ricondotto l'operazione nel novero dei prodotti finanziari. Trattavasi di un'operazione complessa che prevedeva la conclusione di un contratto di compravendita di opere d'arte a un prezzo scontato con una percentuale variabile tra il cinque ed il sette per cento del prezzo indicato in listino con la facoltà per gli acquirenti di risolvere il contratto e di ottenere, una volta scaduto il termine convenuto, la restituzione dell'importo superiore rispetto a quello versato al momento dell'acquisto e pari al prezzo di listino dell'opera d'arte.

---

le: se nella speculazione finanziaria è predefinito il momento nel quale potrà realizzarsi il guadagno o la perdita, potendo assegnare al prodotto finanziario un valore attuale del parametro di riferimento, sulla base di una previsione fondata sui profili del rischio e del tempo, nella speculazione commerciale (nt. 93) "*gli elementi prognostici svolgono il loro ruolo esclusivamente ai fini del calcolo individuale del singolo operatore, e ciò al fine della sua scelta del momento in cui compiere l'operazione inversa da cui deriverà il suo guadagno o la sua perdita*».

[51] Con la più volte richiamata Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736.

[52] Cass., 12 marzo 2018, n. 5911, cit.



Entrambe le pronunce pongono l'accento sul fatto che la predeterminazione dell'importo promesso quale remunerazione del capitale non è circostanza sufficiente a escludere il rischio e, con ciò, la possibilità stessa di riscontrare la presenza di un prodotto finanziario, in quanto, come visto, fa rientrare il rischio emittente è incluso nell'alea assunta dall'investitore mediante l'investimento.

A nostro giudizio, l'impostazione della Suprema Corte trascura l'oggetto della complessa operazione economica, allargando eccessivamente le maglie del "rischio" arrivando ad assorbire nell'alveo dell'investimento avente natura finanziaria fattispecie estranee alla figura.

Equiparare il rischio emittente proprio di un titolo obbligazionario (la Suprema Corte fa esplicito riferimento all'obbligazione *zero coupon*)[53] al fine di affermare che anche nelle operazioni in analisi l'investitore sia esposto al rischio emittente non tiene conto della natura dell'investimento in discorso. A tal fine, appare opportuno servirci delle scienze economiche, che offrono un importante spunto del quale ci si può servire per valutare l'operazione contrattuale nel suo complesso. Ci riferiamo alla differenza tra le attività reali – beni aventi un valore intrinseco, in quanto producono una utilità reale e immediata al proprietario – e attività finanziarie, nelle quali l'investitore vanta un diritto nei confronti dell'emittente dell'attività finanziaria (per il quale, al contempo, lo strumento è una passività finanziaria). La sovrapponibilità funzionale tra investimento in un'opera d'arte e in un'obbligazione operata dalla Suprema Corte, vista soprattutto nell'ottica del rischio di controparte, non tiene conto del fatto che, nonostante l'inadempimento dell'emittente, a differenza dell'investimento in attività finanziarie all'investitore, in ogni caso, rimarrà nella sua sfera patrimoniale il bene avente un proprio, autonomo ed intrinseco valore.

Nel valutare, invece, se sussiste una qualche altra forma di incertezza economica (ossia concernente il valore di una prestazione), si deve condividere l'impostazione della giurisprudenza di merito che per prima è stata adita a vagliare l'operazione dell'investimento in diamanti[54], secondo cui nella complessa operazione contrattuale manca il rischio, in quanto il prezzo ed il compenso per la custodia erano convenzionalmente predeterminati e non potevano in alcun caso subire variazione in conseguenza di fattori di incertezza. Non sussiste qui, infatti, alcuna incertezza del risultato economico dell'operazione[55], essendo prefissata nella fase genetica del contratto (ossia al momento della sua conclusione) la misura delle prestazioni delle parti.

Diverso è, invece, il più recente caso vagliato dalla Cassazione penale[56] che ha correttamente sussunto l'operazione di investimento in bitcoin nell'esercizio di una attività finanziaria, in quanto i soggetti interessati all'investimento hanno erogato capitali sotto la forma di bitcoin con l'aspettativa di ottenere un rendimento, costituito dalla corresponsione di altre monete virtuali che avrebbero permesso la partecipazione alla piattaforma, dal valore variabile a seconda del momento dell'acquisto e che avrebbe acquistato maggior valore

---

[53] Le obbligazioni *zero coupon* sono titoli di credito emessi ad un prezzo inferiore al valore nominale, che non producono cedole nel corso della loro vita. Il rendimento percepito dall'investitore scaturisce dal c.d. scarto di emissione, ossia dalla differenza tra il valore di rimborso e il prezzo di emissione. In Italia le obbligazioni zero coupon più diffuse sono i Buoni Ordinari del Tesoro (BOT) e i Certificati del Tesoro *Zero Coupon* (CTZ). Questo tipo di obbligazione garantisce ai sottoscrittori un investimento effettivo in tutto il periodo di impegno del capitale, senza il problema del reinvestimento degli interessi periodici. Gli interessi sono sottratti al valore nominale al momento dell'emissione. Il calcolo avviene sottraendo al valore nominale il valore attuale degli interessi figurativi, attualizzato sulla base di un tasso fisso predefinito.

[54] App. Napoli, 26 gennaio 2006, inedita.

[55] Detto altrimenti, il rischio «*in termini normali (e perciò prevedibili), di oscillazioni di costi e valori delle prestazioni (originate dalle ordinarie fluttuazioni di mercato), alle quali i contraenti si sottopongono stipulando un dato contratto, per effetto del differimento dell'esecuzione*»: così NICOLO, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1026.

[56] Cass. pen., 26 ottobre 2022m n. 44378, cit.



se il progetto relativo alla piattaforma avesse avuto successo, con ciò assumendo su di sé un rischio connesso al capitale investito [57].

Tanto più, nelle predette operazioni di investimento in diamanti ed opere d'arte deve sicuramente escludersi la sussistenza di un'alea giuridica nella struttura dell'operazione, in quanto l'evento dedotto in contratto non incide né nel sorgere dell'obbligazione né nella determinazione della misura della prestazione [58].

Nel caso in cui l'investitore decida di volersi avvalere della facoltà di restituire il bene al prezzo concordato, la giurisprudenza che ha escluso la natura finanziaria dell'operazione ha ritenuto che ci si trovi di fronte ad un contratto preliminare unilaterale del quale l'acquirente medesimo può pretendere l'esecuzione da parte della società offerente [59].

La qualificazione del patto di "riacquisto" come contratto preliminare unilaterale, però, non persuade, anche e soprattutto in ragione della coesistenza con la alternativa facoltà dell'acquirente di mantenere il bene nel proprio patrimonio. Da un punto di vista strutturale, le operazioni in discorso vengono a creare un rapporto tra le parti di diritto potestativo contro soggezione, che indirizza maggiormente ad un loro inquadramento nel patto di opzione, che secondo l'impostazione della giurisprudenza ha sì in comune con il preliminare unilaterale l'assunzione dell'obbligazione da parte di un solo contraente, ma se ne distingue per l'eventuale successivo *iter* della vicenda negoziale, in quanto, a differenza del preliminare unilaterale – che è un contratto perfetto e autonomo rispetto al definitivo – l'opzione non è che uno degli elementi di una fattispecie a formazione successiva, costituita inizialmente da un accordo avente ad oggetto l'irrevocabilità della proposta e poi dall'accettazione del promissario che, saldandosi con la prima, perfeziona il contratto [60].

Va altresì esclusa la riconduzione dell'operazione negoziale alla vendita con patto di riscatto di cui all'art. 1500 c.c. [61], in quanto a mezzo della clausola di riscatto è il venditore a riservarsi il diritto di risolvere il contratto entro un tempo determinato [62], così automaticamente riacquistando la proprietà del bene, oltretutto contro la restituzione dello stesso prezzo per il quale era stata venduta, sanzionando con la nullità qualsiasi pattuizione che comporti per il venditore un esborso superiore al prezzo stipulato per la vendita [63]. La previsione di un corrispettivo superiore in caso di riacquisto induce, infine, ad escludere che nelle ipotesi in esame ci si trovi di fronte ad una vendita conclusa sotto condizione risolutiva potestativa [64] a mezzo della quale l'acqui-

---

[57] Già Trib. Verona, 24 gennaio 2017, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, 467 ss., con nota di PASSARETTA, *Bitcoin: il* leading case *italiano*, evidenziava il rischio di cambio dell'operazione, dovuto al cambio di valuta reale con moneta virtuale. Sulla qualificazione dell'operazione come prodotto finanziario, oltre alla giurisprudenza e alla dottrina da ultimo citata, v. le delibere Consob riferite all'acquisto di "*pacchetti di estrazione di criptovalute*" e *Initial Coin Offering* 1° febbraio 2017, n. 19866 e 31 ottobre 2018, n. 20660, nonché D. FAUCEGLIA, *Il deposito e la restituzione delle criptovalute*, in *Contr.*, 2019, 669 ss.

[58] Sulla definizione di alea giuridica cfr. CORRIAS, *I contratti aleatori*, cit., 668 s.

[59] L'originario acquirente potrebbe con ciò domandare l'esecuzione specifica del contratto *ex* art. 2932 c.c., potendosi esperire il rimedio in qualsiasi ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto: così Cass., 30 marzo 2012, n. 5160; Trib. Milano, 7 maggio 2019; Trib. Venezia, 28 aprile 2021.

[60] Cfr. Cass., 30 novembre 2017, n. 28762.

[61] Su cui, per tutti, LUMINOSO, *La vendita*, in *Trattato* Cicu-Messineo, Milano, 2014, 707 ss.

[62] Configurando, secondo l'opinione prevalente (tra le altre, v. Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, 1428 ss., con note di MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità* e REALMONTE, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*; Cass., 18 novembre 2011, n. 24252; Cass., 30 marzo 2016, n. 6144), una vendita conclusa sotto condizione risolutiva potestativa.

[63] Sul tema, v. Cass., 30 marzo 2016, n. 6144, cit.

[64] Nelle fattispecie in esame è pienamente soddisfatta coi princìpi pacificamente affermati dalla Suprema Corte nel distinguere tra condizione "meramente potestativa" e "potestativa", in quanto il fatto volontario dedotto in condizione è collegato a valutazioni di interesse e convenienza e si presenta come alternativa capace di soddisfare anche l'interesse proprio del contraente: da ultimo, sul punto, cfr. Cass., 30 settembre 2021, n. 26590.



rente si riserva il diritto di risolvere il contratto entro un tempo determinato, così automaticamente riacquistando il venditore la proprietà del bene contro restituzione del prezzo e rimborso delle spese.

5. – In tempi recenti, come accennato [65], nella giurisprudenza di merito si registrano numerosi arresti sul tema della vendita di diamanti tramite intermediazione di istituti di credito [66].

Le operazioni di vendita di diamanti che venivano effettuate da alcune società per il tramite del canale bancario, determinavano il trasferimento di un pieno diritto di proprietà della *res* materiale in capo all'acquirente, atteso che quest'ultimo era immediatamente immesso nel pieno ed esclusivo diritto di disporre e godere del bene, non essendoci peraltro vincoli o limitazioni al godimento dello stesso. Non si ravvisa inoltre la sussistenza di certificati rappresentativi dei diritti dei titolari, destinati eventualmente a circolare nell'àmbito di un "mercato secondario", appositamente organizzato. Ancora, non era previsto un patto di riacquisto da parte delle società. In particolare sussisteva esclusivamente di un mero impegno assunto dalle società in discorso a far sì che, nel caso in cui un acquirente intendesse rivendere i diamanti, un terzo (per la precisione, una società controllata) avrebbe assunto l'incarico di ricollocarli entro una certa data, al prezzo di mercato [67].

Con l'operazione non era nemmeno prospettata, a favore dell'acquirente che decidesse di dismettere i diamanti, una specifica forma di rendimento diversa, collegata e/o ulteriore rispetto al valore del bene acquistato.

In buona sostanza, l'acquirente del diamante aveva il pieno diritto di godere e disporre del bene e, dunque, la facoltà di alienarlo o utilizzarlo altrimenti. L'eventuale provento percepito con la (proficua) rivendita del bene rappresentava, dunque, solo una delle possibili modalità di godimento del bene stesso da parte del proprietario [68].

---

[65] Cfr. *supra*, nt. 9.

[66] V. a tal proposito anche la Comunicazione Consob n. DTC/13038246 del 6 maggio 2013, cit. (nt. 30) nonché la Comunicazione Banca d'Italia 14 maggio 2018 avente ad oggetto *Operazioni di compravendita di diamanti effettuate attraverso gli sportelli bancari*. Non appare opportuno, ai fini dell'economia del presente lavoro, indagare sui profili relativi all'inquadramento della vicenda come pratica commerciale scorretta. Sul punto, v. i Provvedimenti AGCM nn. 26757 e 26758 del 20 settembre 2017 (in Bollettino AGCM 30 ottobre 2017, n. 41), 27233 del 13 giugno 2018 (in Bollettino AGCM 2 luglio 2018, n. 25), nonché le sentenze TAR Lazio 14 novembre 2018, nn. 10965, 10966, 10967, 10968 e 10969, con cui è stata rigettata la domanda di annullamento dei succitati provvedimenti e delle decisioni con cui l'Autorità ha irrogato le sanzioni amministrative pecuniarie per pratiche commerciali scorrette. In dottrina, cfr. CAMPITIELLO, ESPOSITO e BRONZINI, *Making the Italian Market for 'Investment Diamonds' More Transparent: the IDB and DPI Cases*, in *Riv. it. antitrust*, 2017, 198 ss.

[67] Nella *réclame* veniva rappresentato un grafico nel quale era confrontato l'andamento delle quotazioni dei diamanti – *rectius*, i prezzi liberamente fissati dalla società offerente per i propri diamanti – con l'andamento della quotazione ufficiale dell'oro e con l'andamento del tasso di inflazione, che induceva a credere – contrariamente al vero – che anche per i diamanti si trattasse di quotazioni di mercato alle quali era possibile acquistarli e venderli e che l'andamento dei loro prezzi effettivi fosse continuamente crescente e che il loro acquisto potesse garantire rendimenti medi ben superiori all'inflazione.

[68] A tal proposito, appaiono rilevanti i comunicati stampa delle associazioni di tutela dei consumatori a seguito della sentenza Trib. Milano, 10-15 gennaio 2019, con cui è stato dichiarato il fallimento di una delle società proponenti l'acquisto dei diamanti, volti a promuovere la proposizione della domanda di insinuazione al passivo *ex* art. 92 l. fall. per ottenere la restituzione dei diamanti ed evitare, così, oltre al danno, la beffa che essi andassero a costituire l'attivo fallimentare. Si veda anche la pronuncia che ha respinto i reclami proposti *ex* art. 18 l. fall. (App. Milano, 23 aprile 2020), che evidenzia come, di fronte al caso di specie, "*è innegabilmente difficile imbattersi in un insieme di riscontri dello stato d'insolvenza più eloquente*" di quello testimoniato "*dalla sospensione della vendita dei diamanti di investimento (attività principale) a partire dall'ottobre 2016 a seguito dell'inchiesta del programma Report; dalla sanzione comminata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per 2.000.000 confermata dalla sentenza del tar del Lazio del 14/11/2018 per soddisfare la quale la società non ha allo stato mezzi; dal* panic selling *ingenerato nei clienti proprietari dei diamanti acquistati dalla (*Omissis*) s.p.a. e custoditi presso i* caveaux *societari con ingenti costi e il venir meno della fiducia*



Non si riscontra, come sopra accennato, la prospettazione, da parte delle società fautrici dell'iniziativa, di uno specifico rendimento. Difatti, sebbene la *res* materiale possa apprezzarsi (o anche deprezzarsi) per effetto dell'andamento delle quotazioni del bene nel tempo, tale circostanza non è di per sé sufficiente per affermare che l'eventuale apprezzamento del bene in parola possa *de facto* costituire una forma di rendimento di natura finanziaria. Ciò che rileva (ai fini dell'individuazione dell'investimento di natura finanziaria) è piuttosto l'effettiva e predeterminata promessa, all'atto dell'instaurazione del rapporto contrattuale, di un rendimento collegato alla *res*. Detta caratteristica non è però rinvenibile nel caso di specie.

Dunque, per configurare un investimento di natura finanziaria, non è sufficiente che vi sia accrescimento delle disponibilità patrimoniali dell'acquirente (cosa che potrebbe realizzarsi attraverso talune modalità di godimento del bene, come ad esempio con la rivendita del diamante) ma è necessario che l'atteso incremento di valore del capitale impiegato (ed il rischio ad esso correlato) sia elemento intrinseco all'operazione stessa.

6. – Finora s'è analizzata la sola ipotesi dell'acquisto di (o, se vogliamo, investimento in) beni rifugio da parte dell'investitore *uti singulis*, ponendo in evidenza gli elementi discriminatori che consentono di qualificare l'operazione come investimento in prodotti finanziari o meno.

Vi è, però, un'altra manifestazione del connubio tra beni rifugio e finanza, che trova il proprio terreno elettivo nel settore dell'arte: i fondi di investimento in opere d'arte o *art funds* [69].

Diversamente dal caso di investimento in opere d'arte vagliato dalla Suprema Corte [70], nel quale l'investitore sottoscriveva un contratto di compravendita di opere d'arte a un prezzo scontato rispetto al prezzo indicato in listino, con la facoltà per gli acquirenti di risolvere il contratto e di ottenere, una volta scaduto il termine convenuto, la restituzione dell'importo superiore rispetto a quello versato al momento dell'acquisto e pari al prezzo di listino dell'opera d'arte, nel caso degli *art funds* il gestore del fondo di investimento compravende opere d'arte, determinando così il valore delle relative quote.

Nella gestione collettiva del risparmio, infatti – come è noto – l'attività gestoria si svolge a monte, nell'interesse della collettività degli investitori. Dunque, l'investitore, a differenza di quanto avviene nella gestione individuale, acquisisce una quota di un patrimonio indiviso al quale partecipano *pro quota* anche altri investitori e il gestore del fondo svolge secondo una politica predeterminata la propria attività di investimento e disinvestimento dei beni in cui è investito il patrimonio, per la finalità della sua valorizzazione, nell'interesse collettivo dei partecipanti.

La finalità della gestione collettiva è appunto quella, attraverso la gestione del suo patrimonio e dei relati-

---

degli acquirenti nuovi che ha determinato il crollo del valore dell'attività sul mercato; dall'impossibilità di far fronte con il proprio patrimonio sociale alle centinaia di mediazioni e al crescente contenzioso con la clientela riguardante l'annullamento e/o la nullità e/o la risoluzione dei contratti di vendita e conseguentemente la restituzione delle somme pagate per l'acquisto dei diamanti e/o il risarcimento dei danni (stimato per circa Euro 30.007.874,52); dall'impossibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi ex *art. 182* bis *L.F.; dall'indisponibilità della compagine sociale alla sottoscrizione di un prestito obbligazionario per Euro 4.500.000*".

[69] Il primo fondo di investimento in opere d'arte è ritenuto essere *La peau de l'Ours*, costituito nel 1904 da André Level, uomo d'affari e collezionista d'arte moderna francese. In materia, oltre alla citata opera di CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 395 ss., spec. 402 ss., v. anche ZAMPETTI, *"*Arts funds*". Benefici e difficoltà*, in *Analisi giur. econ.*, 2007, 187 ss.; IANNACONE, *Fondi comuni di investimento in opere d'arte: opportunità tra problematiche valutative e conflitti di interesse*, *ivi*, 199 ss.; SEGNALINI, Art funds *e gestione collettiva del risparmio*, Torino, 2016, *passim*; CARRIÈRE, *L'opera d'arte nell'ordinamento finanziario italiano*, in *Banca impr. soc.*, 2017, 515 ss.

[70] Cass., 12 marzo 2018, n. 5911, cit.



vi rischi, di generare un rendimento per gli investitori derivante dall'acquisto, dalla detenzione o dalla vendita delle attività in cui è investito il patrimonio stesso e dalle operazioni volte a ottimizzare o incrementare il valore delle suddette attività [71]. L'attività di gestione collettiva è svolta dal gestore in maniera standardizzata e spersonalizzata, in tendenziale totale autonomia dagli investitori, i quali – pertanto – non dispongono di poteri connessi alla gestione operativa delle attività in portafoglio. L'investitore non ha alcun interesse alla proprietà del bene, avendo un interesse meramente finanziario ad un investimento il cui risultato è – nel caso in discorso – correlato al mercato dell'arte [72].

La materia è stata sensibilmente innovata dal recepimento, nel nostro ordinamento, della direttiva 2011/61/UE sui gestori di fondi di investimento alternativi (con la novellazione del t.u.f. ad opera del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 44) [73]. Per quanto in questa sede interessa, bisogna dunque volgere lo sguardo non solo alla definizione di organismo di investimento collettivo del risparmio (OICR) di cui all'art. 1, comma 1, lett. *k*), t.u.f. ("*l'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote o azioni, gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi nonché investito in strumenti finanziari, crediti, inclusi quelli erogati, a favore di soggetti diversi da consumatori, a valere sul patrimonio dell'OICR, partecipazioni o altri beni mobili o immobili, in base a una politica di investimento predeterminata*"), ma anche a quella di OICR alternativo (o FIA, fondo di investimento alternativo) italiano *ex* art. 1, comma 1, lett. m-*ter*), t.u.f.

Un FIA italiano è un fondo comune di investimento rientrante nell'àmbito di applicazione della direttiva 2011/61/UE, ossia un OICR che raccoglie capitali da una pluralità di investitori al fine di investirli in conformità di una politica di investimento definita a beneficio di tali investitori [cfr. l'art. 4, comma 1, lett. a), direttiva 2011/61/UE] [74].

La disciplina è poi arricchita dalla normativa secondaria di cui al d.m. Economia e finanze 5 marzo 2015 n. 30 [75], implementato dalla disciplina di vigilanza di cui al Regolamento Banca d'Italia sulla gestione collettiva del risparmio [76].

---

[71] L'attività si distingue così dalla mera amministrazione finalizzata alla mera esecuzione di atti conservativi e all'esercizio dei diritti connessi ai beni facenti parte del patrimonio. Cfr. CARRIÈRE, *op. cit.*, 523.

[72] FERRO-LUZZI, *op. cit.*, 143, evidenzia come di fronte ai prodotti finanziari che si riferiscono ad un dato dell'economia reale si sia in presenza di un valore diverso da quello rappresentato dalla proprietà del bene, ma non certo autonomo e distaccato.

[73] Sulla direttiva 2011/61/UE (nota anche come *Alternative Investment Fund Managers Directive* o AIFMD) e il suo recepimento nell'ordinamento italiano cfr. SPOLAORE, *La gestione collettiva del risparmio*, in *Il Testo Unico Finanziario. I – Prodotti e intermediari*, diretto da Cera e Presti, Bologna, 2020, 561 ss.; PASSADOR, *La mano "visibile" del legislatore europeo: il risparmio gestito dalla AIFMD al TUF*, in *Contr. impr. Europa*, 2016, 99 ss.; LAMBERTI, *La disciplina comunitaria dei gestori di fondi di investimento alternativi*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, suppl. al f. 1, 85 ss.; RENZULLI, *La disciplina sui gestori di fondi di investimento alternativi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 346 ss.; GUFFANTI, *La Direttiva sui fondi alternativi: prime considerazioni*, in *Soc.*, 2011, 1181 ss. Tra le finalità della direttiva AIFMD v'è quello di prevenire ogni possibile rischio di conflitti di interesse, circostanza fisiologicamente in agguato nella gestione collettiva, specie se hanno ad oggetto beni con una natura (e un mercato) peculiari quali le opere d'arte.

[74] Dobbiamo fin d'ora rilevare come in Italia i fondi d'investimento nazionali in opere d'arte non abbiano avuto particolare *appeal* tra i risparmiatori, riscontrandosi un unico fondo che abbia ottenuto l'autorizzazione dalla Banca d'Italia (il fondo *Pinacotheca*, nel maggio 2007): per un approfondimento v. SEGNALINI, *op. cit.*, 68 ss. Ciò nondimeno, deve segnalarsi che sono numerose le esperienze – sia in àmbito eurounitario che non – di *art funds* che potrebbero essere commercializzati in Italia dopo la procedura prevista dagli artt. 43 (per i FIA riservati) e 44 (per i FIA non riservati) t.u.f. e dalla normativa secondaria vertente sull'*iter* autorizzativo della commercializzazione in Italia (artt. 28-*octies* ss. Regolamento Emittenti, adottato con delibera Consob 14 maggio 1999, n. 11971) e sulle norme in materia di trasparenza e correttezza nella commercializzazione di OICR (artt. 107 ss. Regolamento Intermediari). Sul punto cfr. CARRIÈRE, *op. cit.*, 532.

[75] *Regolamento attuativo dell'articolo 39 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF) concernente la determinazione dei criteri generali cui devono uniformarsi gli Organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR) italiani.*

[76] Provvedimento Banca d'Italia del 19 gennaio 2015 e ss.mm.ii.



Il d.m. Economia e finanze 30/2015, all'art. 4, prevede che il patrimonio dell'OICR possa essere investito in strumenti finanziari negoziati o meno in un mercato regolamentato, depositi bancari di denaro, beni immobili, diritti reali immobiliari, partecipazioni in società immobiliari, crediti e titoli rappresentativi di crediti, nonché altri beni per i quali esiste un mercato e che abbiano un valore determinabile con certezza con una periodicità almeno semestrale. Formula, questa, ribadita dal Regolamento Banca d'Italia sulla gestione collettiva del risparmio (cfr. Par. 1, Tit. V, Cap. III, Sez. V,) per la composizione del portafoglio dei FIA istituiti in forma chiusa, unica tipologia di OICR che, come opportunamente rilevato in dottrina, possono investire in opere d'arte [77].

L'utilizzo del *medium* OICR consente di dare concretezza alla finanziarizzazione del settore o, meglio, dell'investimento in arte [78], optando per uno strumento che consente all'investitore di fruire al contempo dell'immediata rivalutazione dei beni d'arte e della pronta liquidazione del loro incremento di valore [79].

Per l'investimento negli "*altri beni*" mobili, il gestore indica nel regolamento del fondo limiti di frazionamento che, tenuto conto della natura dei beni e delle caratteristiche dei mercati di riferimento, assicurino il rispetto delle norme prudenziali di contenimento e di frazionamento del rischio. Tali beni debbono essere valutati in base al prezzo più recente rilevato sul mercato di riferimento, eventualmente rettificato anche sulla base di altri elementi oggettivi di giudizio disponibili, compresa l'eventuale valutazione degli stessi effettuata da esperti indipendenti.

Il fatto che debba trattarsi di beni per cui esista un mercato e che abbiano un valore determinabile con certezza con una periodicità almeno semestrale suggerisce di soffermarsi sulla ricomprendibilità delle opere d'arte tra detti beni e sulla compatibilità del mercato dell'arte con il contesto della gestione collettiva del risparmio. Per quanto non possa mettersi in discussione che esista un mercato dei beni artistici (intendendosi per mercato l'unità giuridica delle relazioni di scambio, riguardanti un dato bene o date categorie di beni, il *locus artificialis* degli scambi, "*cioè delle relazioni in cui ciascuna parte dà all'altra e riceve dall'altra, o, meglio, dà in quanto e perché riceve*") [80], il settore presenta delle peculiarità dipendenti dalla natura stessa dei beni, pacificamente rientranti tra gli *Hard-To-Value-Asset* (HTVA) [81]: trattasi di beni i quali, *inter alios*, richiedono un'attività valutativa complessa che richiede di norma il ricorso ad uno specialista.

Per soddisfare le esigenze di stimare il valore con periodicità almeno semestrale richieste dalla normativa secondaria, è stato molto correttamente evidenziato come il regolamento di un fondo chiuso di beni d'arte debba prevedere un'attività di valutazione di periti indipendenti, con cui si identifichino i dati qualitativi e il prezzo di stima di un determinato bene, accompagnata dalla redazione con periodicità almeno semestrale di un catalogo di tutti i beni di proprietà del fondo contenente la puntale indicazione delle valutazioni dei succi-

---

[77] Meglio ancora se la partecipazione è riservata a investitori professionali e alle categorie di investitori individuate dal d.m. Economia e finanze 30/2015 [cfr. l'art. 1, comma 1, lett. *m*-quater), t.u.f.], data anche la possibilità del conferimento di beni in natura (in tal caso, i beni d'arte) *ex* art. 10, comma 6, d.m. Economia e finanze 30/2015: così CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 410, 421; SEGNALINI, *op. cit.*, 71, 76 s. Sulla possibilità dei partecipanti di conferire beni per liberare i titoli di partecipazione al fondo v. anche SPOLAORE, *op. cit.*, 586.

[78] CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 404; SEGNALINI, *op. cit.*, 3.

[79] Tale risultato sarebbe realizzabile in presenza di una regolamentazione del fondo che subordini l'acquisto delle opere d'arte ad una precisa analisi tecnica e permetta al fondo medesimo la possibilità di una immediata alienazione dei beni: così CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 409.

[80] Per utilizzare la nota formula di IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, *passim*, ma spec. 81 ss. Sull'esistenza di un mercato dei beni d'arte v. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 413 ss.

[81] Sugli HTVA v., da ultimo e per tutti, BINI, *La stima del valore di mercato delle attività difficili da valutare (*Hard-to-Value-Asset*) in tempi di Covid-19*, in *Soc.*, 2020, 871 ss., il quale offre una interessante disamina sulle conseguenze della crisi pandemica nelle stime periodiche del valore di mercato per questa tipologia attività nell'àmbito dei fondi alternativi d'investimento.



tati periti. Ciò appare coerente con la prescrizione della cadenza semestrale dell'attività valutativa, che tiene conto della connaturata variabilità del giudizio degli specialisti coinvolti (che è determinato da numerosi parametri) [82] ed evidenzia inoltre come non vi sia identità tra i concetti di "*certezza*" – soddisfatta con la menzionata attività peritale e di trasparenza sulle informazioni relative alle opere d'arte – ed "*univocità*" del valore [83].

Non da ultimo, la forma chiusa consente di fissare il termine di durata dell'OICR in un massimo di cinquant'anni (art. 6, comma 2, d.m. Economia e finanza 30/2015): ciò risulta particolarmente congeniale ad investimenti a lungo termine, quali quelli in arte [84].

L'esempio degli *art funds* risulta emblematico su come la gestione collettiva del risparmio, in questo caso, possa far acquisire natura finanziaria ad una attività (sebbene svolta in via indiretta) che, per quanto visto, se effettuata direttamente dall'investitore non avrebbe tale carattere [85]. L'investimento e disinvestimento in (*rectius*, l'acquisto e la vendita di) beni d'arte da parte dell'investitore non avrebbe natura finanziaria, ma se la stessa attività avviene nell'àmbito della gestione in monte dell'OICR nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi in base a una politica d'investimento predeterminata, tale attività assume per l'investitore – indirettamente, con la sottoscrizione delle quote del fondo – natura finanziaria.

Paradossalmente, nel caso di un fondo chiuso riservato, l'investitore professionale potrebbe addirittura partecipare conferendo un'opera d'arte a tal uopo acquistata [86], avvalendosi di un investimento non avente natura finanziaria per investire in strumenti finanziari la cui *performance* è determinata proprio dalla gestione operativa del patrimonio raccolto dall'OICR.

7. – L'intermediazione di istituti di credito nelle operazioni di *passion investments*, sia che configurino o meno un'operazione avente natura finanziaria, invita a soffermarsi sia su un'indagine circa la natura sia dell'attività svolta che della responsabilità nascente nel caso di un danno all'investitore.

Innanzitutto, deve in ogni caso escludersi che tale attività rientri tra i servizi di investimento, in quanto gli stessi – che la banca è legittimata a svolgere *ex* art. 18 t.u.f. – hanno per oggetto strumenti finanziari (cfr. art. 1, comma 5, t.u.f.).

7.1. – Se l'investimento ha natura finanziaria ed è pertanto qualificabile come prodotto finanziario, andrà esaminata l'attività della banca sia in ordine all'offerta al pubblico (*id est* l'attività di sollecitazione con la

[82] Uno dei quali è il c.d. effetto portafoglio: BINI, *op. cit.*, 876 evidenzia come le HTVA siano normalmente possedute da soggetti che detengono un portafoglio di attività della stessa specie (*id est* il caso dei fondi di investimento in beni d'arte). Un portafoglio di attività simili può caratterizzarsi per un valore di mercato superiore (c.d. *portfolio premium*) o inferiore (c.d. *portfolio discount*) rispetto alla somma dei valori di mercato delle singole attività considerate singolarmente. Il premio di portafoglio è legato alla qualità con cui il portafoglio è stato costruito. In una collezione di opere d'arte, ciò si concreta nelle modalità di costruzione della collezione stessa: se è stata ben costruita il suo valore può essere superiore a quello delle opere singolarmente considerate, perché la ricostruzione di una simile collezione richiederebbe tempi e costi aggiuntivi rispetto al semplice investimento nei singoli beni d'arte; se invece la collezione non segue criteri riconosciuti validi da altri collezionisti, vale l'opposto.

[83] Così, precisamente, CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 421 ss. V. anche CARRIÈRE, *op. cit.*, 531 s., il quale – richiamando SEGNALINI, *op. cit.*, 91 ss. – ritiene che la peculiarità degli *art funds* richieda l'adozione di presidi organizzativi e modelli operativi peculiari.

[84] Così SEGNALINI, *op. cit.*, 72.

[85] *Contra* SEGNALINI, *op. cit.*, 21, che ritiene che possa parlarsi dei beni d'arte "*se non in termini di strumenti finanziari, perlomeno di prodotti finanziari, nell'accezione* (…) *sicuramente applicabile ai beni d'arte una volta che può ormai essere data per accertata la loro finanziarizzazione*". Circostanza, questa, smentita dalla pacifica classificazione dei prodotti finanziari esposta *supra* ai §§ 3, 4, 4.1 e 5.

[86] Cfr. *supra* nt. 77.



quale propone al mercato di sottoscrivere o acquistare prodotti finanziari) che al collocamento (ossia l'attività affinché i prodotti siano collocati presso gli investitori finali).

Queste attività, per quanto strettamente interdipendenti [87], in una via quantomeno teorica non sono essenzialmente collegate e ciò emerge altresì dalla previsione di diversi regimi di responsabilità per l'intermediario offerente e quello collocatore (art. 94, commi 8 e 9 t.u.f.) [88].

Società emittente e banca offerente e/o collocatrice sono soggette alla disciplina dell'offerta al pubblico di prodotti finanziari di cui agli artt. 94 ss. t.u.f. e al rispetto delle norme di correttezza di cui alla disciplina secondaria emanata dalla Consob ai sensi dell'art. 95, comma 2, t.u.f. [89].

Tali norme, oggi contenute nell'art. 34-*sexies* Regolamento Emittenti, prescrivono all'emittente, all'offerente e al collocatore di prodotti finanziari (nonché a coloro che si trovano in rapporto di controllo o di collegamento con tali soggetti) di attenersi a princìpi di correttezza, trasparenza e parità di trattamento dei destinatari dell'offerta al pubblico che si trovino in identiche condizioni e di astenersi dal diffondere notizie non coerenti con il prospetto o idonee ad influenzare l'andamento delle adesioni.

Ai sensi dell'art. 94, comma 8, t.u.f. l'emittente, l'offerente e l'eventuale garante, a seconda dei casi, nonché le persone responsabili delle informazioni contenute nel prospetto rispondono, ciascuno in relazione alle parti di propria competenza, dei danni subiti dall'investitore che abbia fatto ragionevole affidamento sulla veridicità e completezza delle informazioni contenute nel prospetto.

Dalla formulazione della norma emergono dubbi in ordine alla natura solidale della responsabilità dei vari soggetti coinvolti nell'offerta al pubblico: se, facendo leva sul tenore letterale, parte della dottrina esclude la solidarietà dalla regola dell'art. 94, comma 8, t.u.f. [90], altra (con argomentazioni maggiormente persuasive), sottolineando come la fattispecie presenti una pluralità di debitori, un'*eadem res debita* e un'*eadem causa obligandi*, ritiene sussistano i requisiti di cui all'art. 1294 c.c. [91]. Ciò appare inoltre coerente, in un'ottica sistemica, con le esigenze di tutela dell'investitore [92].

Simile incertezza non si presenta in relazione alla regola di cui all'art. 94, comma 9, t.u.f., il quale prevede una responsabilità per informazioni false o per omissioni idonee ad influenzare le decisioni di un investitore ragionevole in capo all'intermediario responsabile del collocamento così accrescendo la tutela dell'investitore [93], in quanto l'emittente affianca, sulla base di un meccanismo improprio di responsabilità solidale, un soggetto che accompagna quest'ultimo nell'attività di raccolta, impegnando la propria reputazione [94].

---

[87] L'offerta avrà maggiori probabilità di successo grazie all'intervento dell'intermediario-collocatore normalmente in grado di avvicinare una platea ampia di investitori: così MOSCA, *Collocamento e offerta al pubblico. Riflessioni su una relazione non strettamente necessaria*, in *Riv. soc.*, 2016, 649.

[88] In argomento, non si può prescindere dalla lettura di ACCETTELLA, *Il collocamento di strumenti finanziari*, Milano, 2013, 161 ss.

[89] ALVARO, *Il quadro normativo italiano in tema di commercializzazione di pietre preziose presso lo sportello bancario*, in *Banca impr. soc.*, 2017, 166 s.

[90] Cfr. ANELLI, *La responsabilità da prospetto fra novità legislative e sentenze della Suprema Corte*, in *Soc.*, 2011, 416; GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, 226 ss., spec. 227, il quale evidenzia come nella prassi la parziarietà della responsabilità sia superata mediante una assunzione volontaria di responsabilità imposta all'emittente dal responsabile del collocamento.

[91] BELOTTI, *La responsabilità solidale nel collocamento di prodotti finanziari*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 683 ss. trae spunti per corroborare tale tesi applicando analogicamente l'art. 2339, comma 2, c.c. V. anche BRUNO, *La (nuova?) responsabilità da prospetto verso il pubblico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 787.

[92] BELOTTI, *op. cit.*, 685; BRUNO, *op. cit.*, 787.

[93] MOSCA, *op. cit.*, 673 s. V. anche BELOTTI, *op. cit.*, 686 ss.

[94] V. FERRARINI, *L'ammissione a quotazione: natura, funzione, responsabilità e "*self-listing", in *Analisi giur. econ.*, 2002, 193 s.



È possibile qualificare le responsabilità descritte come responsabilità per colpa oggettiva [95], in quanto entrambe le disposizioni introducono una presunzione *iuris tantum* di responsabilità, dalla quale i soggetti indicati possono essere esonerati dimostrando di aver adottato ogni diligenza allo scopo di assicurare che le informazioni in questione fossero conformi ai fatti e non presentassero omissioni tali da alterarne il senso.

Ciò sarebbe inoltre elemento corroborante la natura aquiliana della responsabilità da prospetto [96]: se si fosse trattato di responsabilità contrattuale, non sarebbe stato necessario introdurre una presunzione semplice di colpevolezza [97]. Inoltre, in presenza di offerte al pubblico di prodotti finanziari l'aderente all'offerta è in grado di determinare la propria scelta contrattuale non già sulla base di un'interlocuzione diretta con la controparte, bensì unicamente alla luce delle informazioni reperibili sul mercato. Ove, quindi, vi sia stata violazione delle regole destinate a disciplinare il prospetto informativo che correda l'offerta, trattandosi di regole volte a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti per consentire a ciascuno di essi la corretta percezione dei dati occorrenti al compimento di scelte consapevoli, si configura un'ipotesi di violazione del dovere di *neminem laedere* e, per ciò stesso, la possibilità che colui al quale tale violazione è imputabile sia chiamato a rispondere del danno da altri subito secondo i princìpi della responsabilità aquiliana [98].

Inoltre, il termine di prescrizione quinquennale previsto dal comma 11 dell'art. 94 t.u.f. appare come un ulteriore elemento utile a suffragare la tesi della natura extracontrattuale della responsabilità in discorso.

Il richiamo delle norme di correttezza di cui all'art. 36-*sexies* Regolamento Emittenti al rispetto dei princìpi di correttezza, trasparenza e parità di trattamento dei destinatari dell'offerta al pubblico non è di per sé sufficiente a qualificare come contrattuale o precontrattuale la responsabilità della banca offerente o collocatrice, in quanto si tratta di un obbligo diverso da quello cui più specificamente allude l'art. 1337 c.c., al cui disposto, pertanto, è lecito fare riferimento – in situazioni come quella in esame – solo nella misura in cui si rinviene in esso un'applicazione del generale dovere di buona fede, che senza alcun dubbio deve improntare anche il comportamento di chi propone un'offerta al pubblico di prodotti finanziari.

Volgendo il discorso alla quantificazione del danno risarcibile, non può essere trascurato il riferimento alla "ragionevolezza" dell'investitore e dell'affidamento che costui abbia fatto delle informazioni – incomplete o non veritiere – diffuse, *ex* art. 94, commi 8 e 9, t.u.f. [99]. Ciò implica che il discorso sia pervaso dall'incidenza del concorso di colpa ai sensi del combinato disposto degli artt. 2056, comma 1, e 1227 c.c.

Se una giurisprudenza di legittimità ha ravvisato che l'investitore non abbia alcun dovere di compiere un'attività di verifica e di controllo della veridicità delle informazioni contenute nel prospetto, essendo detta attività espressamente demandata alla Consob [100], per cui – contando solo i documenti ufficiali – l'affida-

---

[95] Così BRUNO, *op. cit.*, 787.

[96] Per una ricostruzione dell'ampio dibattito sulla natura della responsabilità da prospetto prima del recepimento nel nostro ordinamento della direttiva 2003/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari v. ANELLI, *op. cit.*, 418 ss., nonché D'ALFONSO, *Responsabilità da prospetto informativo*, Napoli, 2002, *passim*.

[97] Ancora, BRUNO, *op. cit.*, 789.

[98] Così, esattamente, Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, in *Soc.*, 2011, 411 ss., con nota di ANELLI, *op. cit.*, e in *Resp. civ.*, 2012, 801 ss., con nota di ZANARDO, *La Suprema Corte si pronuncia sulla responsabilità "da prospetto"*; v. anche Cass., sez. un., 8 aprile 2011, n. 8034, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, 698 ss., con nota di GARDELLA, *La frode* Madoff *non sfugge alla giurisdizione italiana: responsabilità transfrontaliera da prospetto ed interpretazione del PRIMA*. In giurisprudenza di merito cfr. Trib. Milano, 18 maggio 2017, in *Soc.*, 2017, 1361 ss., con commento di ARRIGONI, *Nesso di causalità e* quantum *del risarcimento nella responsabilità da prospetto*.

[99] Per BRUNO, *op. cit.*, 794, l'affidamento è presunto (*iuris tantum*) nel sistema: i mercati finanziari sono congegnati per garantire l'attendibilità delle informazioni che incide sulla determinazione dei prezzi e sulla volontà degli investitori.

[100] Cfr. Cass., 17 novembre 2016, n. 23418; Cass., 25 febbraio 2009, n. 4587, in *Foro it.*, 2009, I, 3355 ss.; Cass., 3 marzo 2001, n. 3132.



mento fondato su dati inveridici esula dall'alea insita nell'investimento avente natura finanziaria e, conseguentemente, l'errata valutazione del rischio, proprio perché non calcolabile non può essere imputata all'investitore, neppure ai fini del suo concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227 c.c. (salvo che si provi che questi conosceva comunque e nella sua effettiva entità e natura il rischio), altra giurisprudenza ha ravvisato che la colpa possa essere imputata all'investitore nel caso in cui la contezza della mendacia delle informazioni venga appresa attraverso una fonte "esterna" quale gli organi di stampa [101].

D'altra parte, il valore di un prodotto finanziario è influenzato da una molteplicità di fattori, quindi il danno risarcibile non può *sic et simpliciter* coincidere con la differenza fra il prezzo pagato dall'investitore e la quotazione attribuita dal mercato al titolo successivamente alla scoperta della falsità del prospetto.

Dottrina [102] e giurisprudenza [103] hanno affermato la risarcibilità dell'intera tipologia di danni da informazione e, cioè, dei danni da investimento o mancato disinvestimento (se le informazioni rappresentano una situazione più rosea di quella reale) ovvero da disinvestimento o mancato investimento (se le informazioni dipingono, invece, una situazione peggiore).

Appare oggi prevalente l'applicazione di una liquidazione del danno che tenga conto del valore che i prodotti finanziari avrebbero avuto sul mercato a fronte di una corretta informazione, risarcendo la differenza fra il prezzo corrisposto al momento dell'operazione per acquistare o sottoscrivere i prodotti oggetto dell'operazione e il loro effettivo valore economico, non emerso al momento dell'operazione [104].

Questa impostazione appare essere eccessivamente ancorata a fattispecie astratte, non tenendo debitamente in conto il richiamo alla ragionevolezza operato dall'art. 94, commi 8 e 9, t.u.f.

Di talché appaiono sistematicamente più coerenti le argomentazioni della giurisprudenza di merito che, pur partendo dalla differenza tra il complessivo esborso sostenuto per l'investimento e il valore residuo dei prodotti finanziari sottoscritti, sottraggono poi l'ulteriore somma conseguibile liquidando tempestivamente l'investimento, così limitando l'importo da riconoscere a titolo risarcitorio in favore dell'investitore in ragione del minor danno che lo stesso avrebbe potuto conseguire qualora avesse provveduto alla cessione dei prodotti in portafoglio in un ragionevole arco di tempo, specie là dove si possa configurare un preciso interesse al disinvestimento una volta emersa la falsità delle comunicazioni sociali. Pur così riconoscendo che l'investitore debba mitigare il danno liquidando l'investimento [105], risulta arduo – se non impossibile – fissare con

---

[101] Cass., 27 aprile 2016, n. 8394.

[102] BRUNO, *op. cit.*, 794. Precedentemente, v. PINARDI, *La responsabilità per danni da informazione nel mercato finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, 363.

[103] Sul danno da investimento cfr. Trib. Milano, 22 settembre 1986, in *Soc.*, 1987, 162. Sul danno da mancato investimento v. Trib. Napoli, 16 giugno 1986, per cui una omessa o insufficiente informazione in occasione dell'aumento del capitale sociale può essere causa di una mancata formazione della volontà di sottoscrizione dello stesso e quindi, se la società è in buone condizioni patrimoniali, di una perdita di c.d. *chance* economica, mentre se la falsità del bilancio occulta uno stato patrimoniale insufficiente, la mancata sottoscrizione dell'aumento del capitale non produce alcun danno. Sul danno per mancato disinvestimento, invece, v. Trib. Milano, 21 ottobre 1999, in *Giur. it.*, 2000, I, 554 in cui il danno risarcibile è consistito nel mantenimento dell'investimento dovuto alla falsa rappresentazione della situazione patrimoniale nella documentazione sociale; Trib. Milano, 29 settembre 1983, in *Giur. comm.*, 1984, II, 42 ss., in cui i soci, di fronte a bilanci costantemente in attivo, ma in realtà falsi e sostanzialmente in perdita, si astennero dal negoziare i titoli in loro possesso prima del totale azzeramento del loro valore, proprio perché tratti in inganno da quelle comunicazioni sociali non veritiere. Per il danno da disinvestimento v. invece Trib. Chiavari, 18 gennaio 1993, in *Soc.*, 1993, 823, riguardante un caso di cessione di azioni ad un prezzo inferiore al valore reale in quanto il bilancio sottovalutava il patrimonio sociale.

[104] Cass., 30 gennaio 2019, n. 2654; Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, cit.; Trib. Milano, 25 luglio 2008. Specificamente sul danno da mancato disinvestimento v. Trib. Milano, 30 giugno 2009, che afferma che possono essere oggetto di possibile valutazione ai fini del decidere anche gli atti compiuti e le sentenze emesse in altro processo, come i comunicati Consob ed i provvedimenti dell'AGCM, in quanto rappresentativi di fatti.

[105] ARRIGONI, *op. cit.*, 1374 critica tale impostazione evidenziando come vi siano in concreto situazioni nelle quali risulta mag-



precisione il momento in cui sorge in capo all'investitore tale onere e deve in ogni caso essere assicurato a costui un adeguato *spatium deliberandi* che elimini le distorsioni sul prezzo che sarebbero causate da un *panic selling*. Per cui, viene adottata una liquidazione del danno in via equitativa facendo ricorso a una valutazione secondo il prezzo medio di mercato in un determinato periodo successivo al momento di svelamento del vero [106].

Deve però registrarsi un recente affinamento di tale impostazione, che – nel caso di investitore *retail* – fa un ulteriore ricorso alla tecnica statistica dell'*event case*, ravvisando l'opportunità di ridurre il danno in via equitativa attraverso la depurazione della perdita patrimoniale subita dall'investitore (sempre pari all'ammontare dell'investimento al netto del suo minor valore al momento della scoperta della falsità delle informazioni) tenendo conto dell'andamento complessivo del mercato, in quanto si deve verosimilmente presumere che costui, fuorviato dalle false informazioni al momento della decisione di effettuare un dato investimento, in ogni caso avrebbe impegnato il proprio capitale con operazioni di analoga natura [107].

7.2. – Là dove, invece, si sia di fronte ad una operazione qualificabile come compravendita di beni mobili, va valutato se l'attività di intermediazione della banca sia consentita, rientrando tra le "*attività connesse o strumentali*" che *ex* art. 10, comma 3, t.u.b. le banche possono esercitare assieme all'attività bancaria ed ogni altra attività finanziaria [108].

Se le attività strumentali sono di facile individuazione, intendendosi per tali le attività in funzione servente del migliore esercizio dell'attività della banca [109], non altrettanto intuitivo è cosa costituisca attività connessa.

Illuminante, a tal proposito, è l'impostazione che autorevole dottrina ha adottato ai fini della individuazione dei confini delle attività connesse, sfruttando la *ratio* sottesa alla formulazione dell'art. 2135 c.c. (sebbene *ante* modifiche apportate dal d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228) per le attività connesse all'impresa agricola, per cui determinate attività, di per sé considerate ontologicamente estranee all'attività agricola, quando rientrano nell'esercizio normale dell'agricoltura sfuggono alla qualifica (e alla disciplina) dell'impresa commerciale per essere assorbita da quella dell'attività principale [110]. Il medesimo discorso vale anche nella vigente formulazione dell'art. 2135, comma 3, c.c., in quanto accentua il rilievo dell'utilizzo di attrezzature e risorse aziendali in funzione di connessione [111].

---

giormente ragionevole mantenere l'investimento anziché procedere alla sua immediata liquidazione. Per cui, l'eventuale incremento del pregiudizio patrimoniale da addossare all'investitore a titolo di concorso di colpa è quello che consegue al momento in cui il mercato ha "assorbito" l'informazione non corretta. Sarà solo da tale successivo momento che l'investitore sarà in grado di decidere se mantenere o liquidare l'investimento, così rientrando nella sua sfera di rischio il successivo deprezzamento del prodotto finanziario.

[106] Trib. Milano, 18 maggio 2017, cit.

[107] V. Trib. Milano, 25 maggio 2019, pronunciandosi sul danno da prospetto per l'acquisto di un pacchetto azionario quotato in borsa, tiene conto dell'andamento complessivo del mercato azionario italiano nel periodo di riferimento, essendo ampiamente presumibile che l'investitore, fuorviato dalle false informazioni al momento della decisione di investire acquistando quel dato titolo in luogo di un altro, in ogni caso si sarebbe rivolto al mercato borsistico per i propri investimenti e dunque avrebbe pur sempre acquistato titoli quotati in borsa.

[108] Trattasi di attività che potrebbero costituire autonoma attività di impresa: così FERRO-LUZZI, *La "connessione" delle attività connesse delle banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 148; MORERA e MARCHISIO, *Sulle attività connesse* ex *art. 10, comma 3°, T.U.B.*, *ivi*, 2016, I, 718 s.; G. DESIDERIO, *Le attività connesse e strumentali esercitate dalle banche*, in *Le attività delle banche*[2], a cura di URBANI, Padova, 2020, 494.

[109] Per tutti, ancora FERRO-LUZZI, *La "connessione" delle attività connesse*, cit., 148.

[110] Lucidamente, FERRO-LUZZI, *La "connessione" delle attività connesse*, cit., 149 s., nonché MORERA e MARCHISIO, *op. cit.*, 720.

[111] Circostanza sulla quale, invece, G. DESIDERIO, *op. cit.*, 499, fonda la critica alla tesi del Ferro-Luzzi, citata nella nota precedente.



Riassumendo, sono dunque attività connesse le attività di impresa che di per sé prese sono ontologicamente estranee all'attività bancaria, finanziaria [112] o ad attività ad esse strumentali [113], esercitate in via non principale dalla banca, ma per le quali sussista un legame che fa sì che la banca stessa, nello svolgimento del suo ciclo economico, utilizzi i propri fattori della produzione per svolgere in via marginale [114] anche tali altre attività [115].

Ciò fa sì che quella delle attività connesse sia una categoria i cui confini sono talmente ampi che risulta impossibile determinare *a priori* quali attività la banca possa svolgere in via accessoria [116]. L'unico limite è che si tratti di attività i cui rischi non devono poter pregiudicare la sana e prudente gestione della banca *ex* art. 5, comma 1, t.u.b., specialmente in relazione ai rischi operativi e reputazionali [117].

E così, l'attività della banca concretantesi nell'intermediazione nella commercializzazione di diamanti così come, in generale, di *passion investments* è attività connessa all'attività bancaria *ex* art. 10 t.u.b. [118].

Quanto alla condotta che la banca deve osservare nell'esercizio di attività di tal guisa, la Banca d'Italia [119] ha ammonito gli enti creditizi a prestare la massima attenzione alle esigenze conoscitive dei clienti. In particolare, nel caso della commercializzazione di diamanti, le banche, oltre a considerare le caratteristiche finanziarie dei clienti cui è rivolta la proposta di acquisto, devono assicurare adeguate verifiche sulla congruità dei prezzi e predisporre procedure volte a garantire la massima trasparenza informativa sulle caratteristiche delle operazioni segnalate, quali le commissioni applicate, l'effettivo valore commerciale e le possibilità di rivendita delle pietre preziose. La Banca d'Italia sottolinea l'importanza del fatto che i potenziali clienti ricevano dalle banche che propongono la vendita di diamanti le informazioni necessarie a effettuare le operazioni in modo consapevole e che alle banche spetta di porre in essere tutti i controlli necessari ad assicurare che questa attività venga svolta nel pieno rispetto delle regole [120].

---

[112] Tra queste, la banca potrebbe addirittura svolgere un ruolo attivo nell'operazione, effettuando attività di gestione o consulenza nella gestione di patrimoni [cfr. l'art. 1, comma 2, lett. *f*), n. 11, t.u.b. per le attività ammesse al mutuo riconoscimento]. Sul punto v. G. Fauceglia, *Commento all'art. 10 t.u.b.*, in *Commentario Costa*, I, Torino, 2013, 78.

[113] Morera e Marchisio, *op. cit.*, 719.

[114] Che le attività connesse debbano essere svolte non in via principale è messo in evidenza da Brescia Morra, *Commento all'art. 10*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di Belli, Losappio, Porzio, Rispoli Farina e Santoro, Milano, 2010, 106, nonché da Morera e Marchisio, *op. cit.*, 720.

[115] Cfr. Ferro-Luzzi, *La "connessione" delle attività connesse*, cit., 151; Morera e Marchisio, *op. cit.*, 721 s.

[116] Ferro Luzzi, *La "connessione" delle attività connesse*, cit., 152. V. anche Urbani, *Banca, attività bancaria, attività delle banche*, in *Le attività delle banche*, cit., 18.

[117] Cfr. Ferro-Luzzi, *La "connessione" delle attività connesse*, cit., 153; Morera e Marchisio, *op. cit.*, 724; Alvaro, *op. cit.*, 175; G. Desiderio, *op. cit.*, 496.

[118] Morera e Marchisio, *op. cit.*, 723; Alvaro, *op. cit.*, 152. Sulla vendita di diamanti e oro da investimento quale attività connessa v. G. Desiderio, *op. cit.*, 499. Si registrano inoltre diverse decisioni dell'Arbitro Bancario-Finanziario che hanno dichiarato l'inammissibilità *ratione materiae* del ricorso vertente sulla commercializzazione di diamanti presso gli intermediari in quanto attività connessa a quella tipicamente riservata a tali soggetti, come tale in alcun modo sussumibile nel paradigma delle operazioni relative a servizi bancari/finanziari che costituiscono l'àmbito cognitivo dell'ABF: v. le Decisioni ABF – Collegio di Bologna, 11 ottobre 2018, n, 21328, 29 ottobre 2018, n. 22690, 26 novembre 2018, n. 24902 e 22 marzo 2019, n. 8089; ABF – Collegio di Torino, 13 marzo 2019, n. 7302; ABF – Collegio di Palermo 10 dicembre 2019, nn. 26089 e 26090. Ha invece escluso l'applicabilità della disciplina sui servizi di investimento, pur essendo l'operazione avvenuta per il tramite del canale bancario, con conseguente esclusione dal suo àmbito di operatività l'Arbitro per le Controversie Finanziarie con la Dichiarazione prot. 86134/17 del 5 luglio 2017.

[119] Comunicazione Banca d'Italia 14 maggio 2018 avente ad oggetto *Operazioni di compravendita di diamanti effettuate attraverso gli sportelli bancari*, cit.

[120] Tale obbligo di condotta delle banche non si spinge però a un vaglio del contenuto del contratto: Morera e Marchisio, *op. cit.*, 725, nt. 51, pongono in luce come ogni qualvolta la banca svolga attività di vendita sulla scorta di contratti *standard* predisposti da imprese terze, quali polizze assicurative o contratti d'altro tipo, essa non è tenuta a effettuare una dettagliata analisi tecnico-



Nel caso in cui da tale attività il cliente subisca nocumento, potrebbero presentarsi dubbi sulla qualificazione della natura della responsabilità dell'ente creditizio. Solitamente, infatti, questi contratti vengono conclusi dalla banca con propri clienti, i quali – però – sono clienti della banca non in virtù della conclusione del contratto di compravendita del bene rifugio, bensì ad altro titolo (ad esempio, in ragione di un rapporto di conto corrente bancario). La banca, infatti, svolge una mera attività di mediazione e il contratto di compravendita viene concluso tra il risparmiatore e la società proponente l'investimento in attività reali o di consumo.

Come è noto, l'art. 1754 c.c. non contiene la definizione della mediazione, bensì individua il mediatore in colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza. Il mediatore, interponendosi in maniera neutrale e imparziale tra due contraenti, ha soltanto l'onere di metterli in relazione, appianarne le divergenze e farli pervenire alla conclusione dell'affare, alla quale è subordinato il diritto al compenso, senza che l'indipendenza del mediatore possa venir meno per la unilateralità del conferimento dell'incarico, ovvero per il fatto che il compenso sia previsto a carico di una sola parte o in maniera diseguale [121].

Accanto alla mediazione tipica, è però configurabile una mediazione c.d. atipica, in cui l'attività dell'intermediario è prestata esclusivamente nell'interesse di una delle parti (c.d. mediazione unilaterale) [122], che ricorre nel caso in cui il mediatore abbia ricevuto l'incarico, da uno dei contraenti, di svolgere un'attività intesa alla ricerca di una persona interessata alla conclusione di uno specifico affare, a determinate e prestabilite condizioni [123].

Al di là del fatto che possa discutersi se l'attività di intermediazione della banca nella commercializzazione di diamanti possa essere qualificata come tipica o atipica, dal momento che, sebbene l'incarico sia conferito unilateralmente dalla società proponente, l'ente creditizio ben può svolgere tale attività in maniera imparziale, in quanto anche nei confronti del cliente ha tutto l'interesse – quantomeno di natura reputazionale – a fargli concludere un contratto che soddisfi le sue esigenze di investimento (anche se di carattere non finanziario), la migliore dottrina ha posto in evidenza come il fatto che trattasi di attività connessa consente di escludere l'applicabilità dei presìdi contemplati a protezione dell'attività del mediatore dalla l. 3 febbraio 1989, n. 39 [124].

7.3. – L'utilizzo della categoria della mediazione atipica quale strumento interpretativo capace di racchiudere in sé le molteplici figure di intermediari nella promozione di affari che, pur non rientrando nella definizione codicistica di mediatore, svolgono attività assimilabili a quella esercitata da quest'ultimo, consente inoltre l'estensione della relativa disciplina, ivi compresa quella relativa agli obblighi di diligenza. Infatti, nel caso dell'attività mediatizia, l'art. 1759 c.c. prevede che il mediatore debba comunicare alle parti le circo-

giuridica dei contenuti dei singoli regolamenti negoziali costituenti la base contrattuale dei prodotti promossi, collocati o venduti nell'àmbito dell'attività connessa.

[121] V. Cass. 27 giugno 2002, n. 9380; Cass. 7 aprile 2005, n. 7252.

[122] Cfr. Cass., 24 febbraio 2009, n. 4422.

[123] Così Cass., sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161, in *Giur. comm.*, 2018, II, 923 ss., con nota di IPPOLITI, *Il diritto del mediatore atipico alla provvigione e l'obbligo di iscrizione al ruolo nella decisione delle Sezioni Unite*; Cass., 4 novembre 2019, n. 28269.

[124] Così LUMINOSO, *La mediazione*[2], in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni e Schlesinger, Milano, 2006, 8; GALGANO, *Mediazione di cortesia, mediazione accessoria e prestazioni accessorie del mediatore*, in *La mediazione*, a cura di ZACCARIA, Padova, 1992, 146.



stanze a lui note relative alla valutazione ed alla sicurezza dell'affare, che possono influire sulla conclusione di esso [125], senza che, però, tale obbligo di informazione si debba spingere oltre la semplice trasmissione delle informazioni acquisite, verificandone la veridicità o fondatezza [126]. Il mediatore, anche se svolge un'attività giuridica in senso stretto, è comunque tenuto ad osservare il generale canone di correttezza *ex* art. 1175 c.c., con la violazione del quale, come osservato da autorevole dottrina, si lede il vincolo che si viene a creare tra informatore ed informato, da ciò scaturendo un obbligo di risarcimento che si individua nel momento in cui vengono meno le aspettative determinatesi sulla base di esso [127].

Tutto ciò, però, qui avviene nell'àmbito di un'attività che mette in relazione le parti al fine di far loro concludere un contratto, ragion per cui deve condividersi l'impostazione offerta dalla Suprema Corte, che ha ricondotto la responsabilità del mediatore nell'àmbito della responsabilità da contatto sociale [128].

Quest'ultima, anche in assenza di un contratto o di un'apposita norma di legge [129], ipotizza l'esistenza di un'obbligazione tra due soggetti in rapporto di interazione, occorrendo all'uopo che la relazione interpersonale instaurata tra essi sia socialmente adeguata (*ex* art. 1173 c.c.) e, pertanto, idonea ad ingenerare la ragionevole aspettativa che la persona con cui si intrattenga un rapporto si comporti secondo correttezza. Ai fini della qualificazione della responsabilità, rileva non tanto la fonte dell'obbligazione (*rectius* la sussistenza o meno di un contratto), bensì la configurabilità o meno di un'obbligazione, dovendosi ritenere sufficiente anche la esistenza di un contatto non occasionale e dal pregnante significato sociale al punto di poter giustificare la sussistenza di un rapporto qualificato e non meramente accidentale tra danneggiante e danneggiato.

La teoria del contatto sociale qualificato ha lo scopo di ridurre l'àmbito di operatività della responsabilità extracontrattuale per garantire al danneggiato la possibilità di accedere alla più favorevole disciplina della responsabilità *ex* art. 1218 c.c. [130]. L'obbligo violato, a differenza di quel che accade nella fattispecie della responsabilità aquiliana, preesiste al danno, insorge da uno specifico contatto qualificato dall'affidamento e, sempre a differenza dell'obbligazione nascente da fatto illecito – essendo il dovere del *neminem laedere* caratterizzato dall'indeterminatezza –, ha un carattere relativo in quanto si rivolge solo alla controparte di tale contatto [131].

A ciò consegue che il creditore che domanda il risarcimento del danno deve offrire la prova della fonte negoziale e deve limitarsi all'allegazione dell'inadempimento, mentre sul debitore grava l'onere di dimostrare il fatto estintivo rappresentato dall'avvenuto esatto adempimento [132].

Osservando le elaborazioni della giurisprudenza di merito in ordine alla qualificazione dell'attività di intermediazione nella commercializzazione di diamanti svolta dalla banca e in una sua eventuale responsabilità, si registra una congerie di impostazioni che si allontanano da quanto qui proposto.

---

[125] Cfr. Trib. Genova, 29 marzo 2021, cit.

[126] Sul punto v. SESTI, *Responsabilità aquiliana del mediatore-mandatario nei confronti del soggetto promissario acquirente del bene*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2293 s., ove ampi richiami bibliografici e giurisprudenziali.

[127] È notevole l'attualità delle parole di ALPA, *Il danno da informazione economica*, in *Riv. not.*, 1977, 1103.

[128] Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2281 ss., con nota di SESTI, *op. cit.* V. anche Trib. Grosseto, 3 agosto 2017.

[129] Che, qualora risultassero violati, genererebbero responsabilità *ex se*, rendendo il contatto sociale qualificato un requisito inutile: così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 147.

[130] Cfr., *ex multis*, Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Giust. civ.*, 2005, I, 121 ss., con nota di GIACOBBE, Wrongful life *e problematiche connesse*; Cass., 29 settembre 2004, n. 19564; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Ragiusan*, 2007, 279 s.; Cass., 24 maggio 2006, n. 12362; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 849, con nota di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato* e in *Resp. civ.*, 2008, 397, con nota di CALVO, *Diritti del paziente*, onus probandi *e responsabilità della struttura sanitaria*.

[131] Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*[3], Milano, 2006, 451 ss.; ID., *Eclissi*, cit., 128 ss.

[132] Così Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533.



Eccezion fatta per le pronunce che negano l'ammissibilità di un accertamento tecnico preventivo [133] e quella che ha trattato della prescrizione del diritto al risarcimento del danno [134], alcune pronunce rifiutano la configurabilità sia di una responsabilità extracontrattuale della banca [135] – non essendo mai stata provata l'illiceità della condotta della banca e la sua efficienza causale ai fini della produzione dell'evento lesivo – che contrattuale, in virtù del fatto che la banca esclusivamente metteva a disposizione della clientela il materiale divulgativo della società proponente i diamanti in caso di manifestazione di interesse da parte della clientela, astenendosi dal fornire informazioni specifiche sul prodotto offerto, indirizzando i clienti interessati alla proponente, con esclusione, quindi, di un'ipotesi di affidamento qualificato e, di conseguenza, di specifici obblighi informativi [136].

Le decisioni che hanno invece ravvisato una responsabilità della banca, per quanto pervengano a un risultato analogo a quello che è esito del ricorso alla figura del contatto sociale, appaiono tutt'altro che prive di sgrammaticature tecniche.

Innanzitutto, debbono essere svolte alcune annotazioni alla tesi che qualifica la prestazione della banca quale attività di consulenza al cliente ai fini dell'acquisto dei diamanti [137]. La prestazione del servizio di consulenza, nel nostro ordinamento, si riferisce a servizi svolti nell'àmbito di operazioni ben precise, concretantesi o nelle raccomandazioni personalizzate fornite al consumatore ai sensi dell'art. 120-*terdecies* t.u.b. in

---

[133] In quanto la consulenza richiesta nel procedimento *ex* art. 696 c.p.c. ben potrebbe essere richiesta, senza pregiudizio, nell'àmbito di un ordinario giudizio di merito o di risarcimento del danno e non sussistendo nemmeno la prova della necessaria acquisizione del mezzo istruttorio prima del giudizio di merito, in correlazione al pericolo di dispersione della prova, atteso, peraltro, che, nell'ipotesi in cui i diamanti siano custoditi dalla società venditrice, ne sarà pienamente possibile la valutazione e la stima nell'àmbito di un ordinario giudizio di merito, mentre, nell'ipotesi in cui i diamanti non sussistano in natura né siano nella custodia dei resistenti o di taluno di essi, già si sarebbe verificata la dispersione delle pietre, con conseguente inammissibilità di una CTU preventiva di stima e di valutazione di oggetti ormai dispersi: così Trib. Roma, 1° settembre 2019, cit. Altrettanto, Trib. Modena, 11 luglio 2018, cit., ha dichiarato inammissibile la a.t.p. in quanto non appariva strumentale alla successiva azione di merito e non aveva alcun rilievo stabilire il valore dei preziosi posto che la ricorrente intendeva richiedere l'integrale restituzione della somma investita.

[134] Trib. Asti, 24 febbraio 2020, cit., la quale, richiamando Cass., 9 novembre 2012, n. 19509, in *Foro it.*, 2013, I, 937 (avente ad oggetto la vendita di un quadro successivamente scopertosi essere falso), ha rilevato che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno decorre dalla consegna del bene, non potendo ricondurre i danni patiti dall'acquirente dei diamanti alla categoria dei danni lungolatenti poiché l'illecito lamentato presenta le caratteristiche di un illecito istantaneo cui è seguita una immediata verificazione del danno. Non vi è dubbio, infatti, che il danno si sia verificato al momento dell'acquisto, atteso che, sin da quel momento, l'acquirente divenne proprietario di un bene di valore inferiore rispetto a quanto atteso. Il danno, inoltre, sarebbe in tal caso immediatamente percepibile tenuto conto che il minor valore delle pietre sarebbe verificabile consultando i listini specificamente riferiti ai beni acquistati o rivolgendosi ad uno stimatore. *Contra*, v. Trib. Verona, 15 gennaio 2021, in *Dirittobancario.it* secondo cui il termine prescrizionale decennale decorre solamente dal momento della conoscibilità del dolo della società venditrice e della banca da parte dell'investitore, coincidente con la pubblicazione del citato provvedimento AGCM 20 settembre 2017 (avvenuta il 30 ottobre 2017), poiché è con esso che è stata svelata e resa pubblica la natura decettiva ed ingannevole dei predetti soggetti nei confronti dei clienti che acquistavano i diamanti da investimento.

[135] Allegando la sola attività mediatizia della banca e i citati provvedimenti dell'AGCM e le successive pronunzie del TAR Lazio (cfr. *supra*, nt. 66), elementi privi di efficacia probatoria in relazione al caso di specie e senza alcuna riferibilità specifica alle parti del giudizio: così Trib. Modena, 2 aprile 2019 e Trib. Genova, 11 aprile 2019, citt.

[136] Così Trib. Bologna, 16 luglio 2020, cit. V. anche le già citate Trib. Parma, 26 novembre 2018; Trib. Parma, 21 gennaio 2019; Trib. Milano, 8 gennaio 2019 (che ritiene infondate le azioni di natura restitutoria e risarcitoria in quanto le stesse sono inequivocabilmente correlate alle azioni di natura contrattuale, e non sono state invece sviluppate in via autonoma, ossia dando risalto al ruolo autonomo della banca); nonché Trib. Milano, 29 ottobre 2019, la quale ha respinto la domanda di parte attrice sull'annullamento del contratto *ex* artt. 1427 e 1439 c.c. e non ha ritenuto possibile analizzare la responsabilità della banca ad altro titolo, quale per esempio il suo *status* professionale e l'affidamento che la stessa induce sui terzi in merito ai prodotti collocabili *ex* artt. 1183 e 1218 c.c.

[137] Così Trib. Lucca, 22 novembre 2019 e 4 settembre 2020, cit.



merito a una o più operazioni relative a contratti di credito ovvero, se prestato in materia di investimenti, quale prestazione di raccomandazioni personalizzate a un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore del servizio, riguardo a una o più operazioni relative ai soli strumenti finanziari (artt. 1, comma 5°-*septies*, e 24-*bis* t.u.f.), eccezion fatta per lo specifico caso della consulenza avente ad oggetto depositi strutturati e prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari emessi da banche (art. 25-*bis* t.u.f.) [138].

Altrettanto inconferente è la riconduzione dell'attività svolta dalla banca nel novero delle attività accessorie di cui all'art. 8, comma 3, d.m. Tesoro 6 luglio 1994 [139], ossia quelle che consentono di sviluppare l'attività esercitata dall'intermediario finanziario: infatti, tale disciplina – oltretutto, abrogata [140] – è (*rectius*, era) riferita ai soli enti di cui all'art. 106 t.u.b.

Se la banca, dunque, non è parte del contratto di compravendita di diamanti, in relazione al quale ha svolto solo un'attività mediatizia, eseguendo un'attività di mero orientamento dei clienti interessata, mediante la segnalazione di costoro alla società proponente le pietre preziose e di mero tramite del materiale informativo di quest'ultima, il rapporto con il cliente nascente da altre fonti contrattuali (ad esempio, di conto corrente) non è certo irrilevante, atteggiandosi a presupposto "storico" idoneo a produrre un diverso rapporto obbligatorio [141] da contatto sociale qualificato.

La formula di chiusura dell'art. 1173 c.c., "*che racchiude potenzialità non riconducibili a una conformità legalistica*" [142], attribuisce rilevanza a quei rapporti che non hanno la loro scaturigine nel contratto e nel fatto illecito, ma che sono comunque idonei – in quanto conformi all'ordinamento giuridico – a produrre vincoli giuridici obbligatori.

Appaiono sicuramente condivisibili, a tal proposito, le osservazioni di chi è giunto alla conclusione dell'identità sul piano ontologico e normativo del "contatto" e dell'interferenza tra danneggiante e danneggiato propria delle fattispecie aquiliane [143], spostando l'àmbito della ricerca sui confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sul piano funzionale e circoscrivendo la responsabilità contrattuale alle fattispecie ove il risarcimento ha una funzione surrogatoria del mancato risultato a favore della sfera patrimoniale o personale consistente nella prestazione, mentre la responsabilità aquiliana risponde ad esigenze di salvaguardia della ricchezza, andando a ricostruirla ogni qual volta subisca un danno ingiusto [144].

---

[138] In argomento cfr. per tutti GIORGINI, *Consulenza finanziaria e sua adeguatezza*, Napoli, 2017, *passim*.

[139] Oltre a Trib. Verona, 23 maggio 2019 e Trib. Lucca, 26 luglio 2022, citt., anche se in termini dubitativi v. Trib. Modena, 10 marzo 2020, cit.

[140] Ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. a), d.m. Economia e Finanze 17 febbraio 2009, n. 29 – sebbene questo, all'art. 8, comma 3°, riproponeva una norma del medesimo tenore letterale –, decreto a sua volta abrogato *ex* art. 10, comma 1, lett. b), d.m. Economia e Finanze 2 aprile 2015, n. 53. Quest'ultimo decreto fornisce esclusivamente la definizione di servizi connessi all'attività di garanzia collettiva dei fidi, individuando delle attività coerenti alla peculiare natura dei confidi. Oggi, coerentemente a quanto previsto dall'art. 106, comma 2, lett. c), t.u.b., le attività connesse rispetto all'attività finanziaria esercitata dall'intermediario sono dettate dalla Banca d'Italia (Tit. I, Cap. 3, Sez. III, *Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari* – Circolare 3 aprile 2015, n. 288) che le individua nelle attività di natura commerciale ovvero finanziaria, non soggette a riserva, che consentono di sviluppare l'attività finanziaria esercitata e che sono svolte in via accessoria rispetto all'attività principale. Sono connesse attività quali la prestazione di servizi di informazione commerciale, consulenza in materia di finanza d'impresa (ad esempio, in materia di struttura finanziaria e di strategia industriale), recupero crediti di terzi e *leasing* operativo.

[141] V. Trib. Modena, 10 marzo 2020, cit.; recentemente, v. anche Trib. Lucca, 26 luglio 2022, cit.

[142] BRECCIA, *Le fonti delle obbligazioni nel diritto privato in trasformazione*, in *Diritto e crisi*, a cura di LUMINOSO, Milano, 2016, 124, il quale, però (p. 132), ammonisce sul fatto che la disciplina sulla responsabilità contrattuale fornisca una più efficace difesa a chi è meritevole di una tutela primaria, dovendosi evitare "*generalizzazioni indiscriminate*", essendo la formula di cui all'art. 1173 c.c. incompatibile con l'espandersi di una rigidità che vada ad invadere àmbiti ragionevolmente presidiati, *in primis*, dalla responsabilità extracontrattuale.

[143] Così BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 86 ss.

[144] BARCELLONA, *op. cit.*, 97 ss. Tale precisa disamina è stata approfondita anche, con un'analisi della struttura dogmatica delle



Ciò nondimeno, quale che sia la ricostruzione che si ritenga preferibile – attività di consulenza, altre attività accessorie, mediazione – in tutti i casi valgono le regole di riparto dell'onere probatorio in materia contrattuale, cosicché, a fronte dell'allegazione dell'inadempimento di un onere informativo, derivante da contratto o da contatto sociale, deve essere il soggetto su cui grava quest'obbligo a dimostrare di aver correttamente adempiuto.

Inoltre, attenta giurisprudenza di merito [145] ha rilevato come l'operazione di acquisto di diamanti pregiudizievole per il cliente faccia sì che la banca sia tenuta a rispondere in via solidale del risarcimento del danno con la società proponente i diamanti *ex* art. 2055, comma 1, c.c., norma che – come è noto – positivizza la regola della solidarietà per i casi in cui più condotte contribuiscano causalmente al medesimo fatto dannoso [146] e ciò indipendentemente dalla fonte dell'obbligo risarcitorio [147].

Infatti, per giurisprudenza consolidata della Suprema Corte di Cassazione, quando un medesimo danno è provocato da più soggetti, sia che il medesimo danno derivi da diverse condotte di illecito aquiliano, ovvero dal concorso tra illecito contrattuale ed extracontrattuale, ovvero ancora per inadempimenti di contratti diversi, intercorsi rispettivamente tra ciascuno di essi ed il danneggiato, sussistono tutte le condizioni necessarie perché i predetti soggetti siano corresponsabili in solido.

Sia in tema di responsabilità contrattuale che extracontrattuale, se l'unico evento dannoso è imputabile a più persone, è sufficiente, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo di risarcimento, che le azioni o omissioni di ciascuna abbiano concorso in modo efficiente a produrre l'evento [148].

Ciò discende non tanto, come pure si è sostenuto, dal fatto che l'art. 2055 c.c. costituisca un principio di carattere generale estensibile anche per il caso di inadempimento [149], ma dai princìpi stessi che regolano il nesso di causalità ed il concorso di cause tutte egualmente efficienti della produzione di un determinato danno, di cui l'art. 2055 c.c. è un'esplicitazione in tema di responsabilità extracontrattuale [150].

Pertanto, poiché il danno subito dal cliente trova causa efficiente sia nell'inadempimento contrattuale della società proponente, sia in quello da contatto sociale ascrivibile esclusivamente alla banca, entrambi detti

---

rispettive discipline, in ID., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle «*rationes*» dei rispettivi regimi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 335 ss.

[145] Trib. Verona, 23 maggio 2019, cit.

[146] Sul tema, per tutti D'ADDA, *La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l'art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 279 ss.

[147] Nel senso che la solidarietà dell'obbligazione risarcitoria prevista dall'art. 2055, comma 1°, c.c. non venga messa in discussione in caso di pluralità di condotte tra loro autonome e derivanti da diverso titolo, che però siano state causalmente convergenti nella produzione di un medesimo danno v. TASSONE, *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile*, Napoli, 2007, 387; GNANI, *L'art. 2055 e il suo tempo*, in *Danno resp.*, 2001, 1031; FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario* Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1993, 715, 723; BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, 136 ss.

[148] Si vedano sul tema, tra le altre, Cass. 17 gennaio 2019, n. 1070; Cass., 30 marzo 2010, n. 7618, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, 445 ss., con nota (senza titolo) di ROMUALDI; Cass., sez. un., 15 luglio 2009, n. 16503, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 195 ss., con nota di PENUTI, *Limiti all'estensione ai condebitori del giudicato* ex *art. 1306, comma 2°, cod. civ., nell'obbligazione solidale risarcitoria fondata su diverso titolo (contrattuale ed extracontrattuale),* Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 276 ss., con nota di CENDON, *Danno esistenziale e ossessioni negazioniste*; Cass., 15 luglio 2005, n. 15030; Cass., 15 giugno 1999, n. 5946, in *Riv. not.*, 2000, 136, con nota di CASU, *Trasferimenti immobiliari e obbligo notarile di visure ipocatastali*; Cass., 14 gennaio 1996, n. 418; Cass., 4 marzo 1993, n. 2605; Cass., 4 dicembre 1991, n. 13039, in *Resp. civ. prev.*, 1992, 368 ss., con nota di VACCA, *La responsabilità del progettista e quella dell'impresa appaltatrice per vizi del progetto*; Cass., 28 gennaio 1985, n. 488, in *Riv. giur. ed.*, 1985, I, 458 ss.; Cass., 8 luglio 1980, n. 4356; Cass., 5 gennaio 1976, n. 1, in *Foro it.*, 1976, I, 44 ss.

[149] Cfr. Cass., 11 febbraio 2008, n. 3187; Cass., 16 dicembre 2005, n. 27713; Cass., 26 maggio 1995, n. 7231.

[150] V. Cass., 30 marzo 2010, n. 7618; Cass., 9 novembre 2006, n. 23918; Cass., 15 giugno 1999, n. 5946, citt.



soggetti sono responsabili solidalmente nei confronti dell'attrice del risarcimento dell'intero danno *ex* art. 1292 c.c.

La misura del danno risarcibile, in applicazione dell'art. 1223 c.c., deve tenere conto degli effetti pregiudizievoli al netto degli eventuali vantaggi collegati all'illecito. Per cui, il *quantum* sarà determinato dalla differenza tra la somma pagata per l'acquisto dei diamanti e il loro effettivo valore di mercato al momento della conclusione del contratto [151].

[151] Così Trib. Verona, 23 maggio 2019 e Trib. Modena, 10 marzo 2020, citt. V. anche Trib. Genova, 29 marzo 2021 cit., che nel determinare il risarcimento comparando il valore capitale investito per acquistare i diamanti ed il valore di realizzo dei diamanti acquistati, così reintegrando ora per allora l'utilità che la banca, col suo comportamento ha negato al proprio cliente, esclude che alla banca stessa spettasse un obbligo di protezione dell'investimento, ancor meno duraturo. In più, detto valore è stato abbattuto dal Tribunale del venti per cento, in quanto il valore dei listini è espresso per operatori professionali, mentre «*ceduta la gemma ad un consumatore, la sua isolata remissione nel circuito commerciale, sconta certamente una sorta di "prezzo del riacquisto" (gli operatori professionali non hanno infatti un pregnante interesse al riacquisto dovendo essere indotti ad agire in direzione contraria al loro ordinario commercio da una evidente convenienza*". Il valore così calcolato è stato infine depurato dell'IVA e del margine per il venditore, poste negative che per l'acquirente sussistono sempre indipendentemente dalla correttezza o meno del prezzo, sottraendo al primo valore monetario il trenta per cento.



MARTINA GENOVESE

Dottoranda di ricerca in Diritto civile – Università degli Studi di Messina

IL DIRITTO DI PRELAZIONE NELL'ACQUISTO DI IMMOBILI DA COSTRUIRE*

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. La richiesta del permesso di costruire quale "soglia minima di legalità". – 2.1. I soggetti legittimati alla presentazione della richiesta – 3. Il trattamento differenziato degli acquirenti su carta e la rimessione della questione alla Corte costituzionale. – 3.1. La sentenza n. 43 del 24 febbraio 2022 della Corte costituzionale e il fondamento del diritto di prelazione di cui all'art. 9 d.lgs. n. 122/2005. – 4. Verso l'estensione dei diritti previsti dal d.lgs. n. 122/2005 a tutti gli acquirenti di immobili da costruire?*

1. – Il diritto di prelazione, sia esso di fonte legale o convenzionale, si sostanzia nella preferenza accordata a taluni soggetti nell'acquisto di un bene o, più in generale, nella conclusione di un determinato contratto [1].

Tra le ipotesi di prelazione legale previste nel nostro ordinamento vi è quella di cui all'art. 9 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 che attribuisce ai promissari acquirenti e agli acquirenti di immobili da costruire, al verificarsi di una situazione di crisi del venditore, il diritto di prelazione ad acquistare l'immobile "al prezzo definitivo raggiunto nell'incanto anche in esito alle eventuali offerte ai sensi dell'articolo 584 del codice di procedura civile".

Si tratta di un'ipotesi di prelazione propria non assistita da un diritto di retratto, quindi priva di efficacia reale verso i terzi [2], introdotta dal legislatore delegato nel tentativo – da alcuni ritenuto fallito [3] – di assicurare una tutela "equa ed adeguata" [4] a coloro che, in quanto acquirenti o promissari acquirenti di beni futuri [5], ri-

---

* Intervento svolto dall'Autrice nell'ambito del seminario italo-spagnolo "Diritti di acquisto e prelazione", svoltosi il 20 e 21 maggio 2022 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina e rientrante nell'ambito del progetto di ricerca internazionale sul tema *Los derechos de adquisición y de preferencia*.

[1] Diversa è l'accezione di prelazione legata alla disciplina del credito, da intendersi come la posizione di preferenza attribuita a determinati soggetti al fine di consentire loro di soddisfare in via prioritaria le proprie ragioni creditorie, come nel caso dei privilegi, del pegno o dell'ipoteca. Sul duplice modo di intendere la nozione di prelazione cfr. L. V. MOSCARINI, voce *Prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, 981. Per una disamina delle più significative figure di prelazione v., per tutti, G. BENEDETTI, L.V. MOSCARINI, *Prelazione e retratto*, Giuffrè, Milano, 1988.

[2] L'art. 9, comma 5 del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 espressamente esclude "in ogni caso, il diritto di riscatto nei confronti dell'aggiudicatario". Laddove, quindi, non sia rispettato il diritto di prelazione del promissario acquirente, costui nulla potrà fare se non chiedere il risarcimento del danno. Per un commento di tale disposizione v. A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Appendice a *La compravendita*, Giappichelli, Torino, 2005, 23 e A. RE, G. SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire – D.Lg. 20 giugno 2005, n.122*, Utet, Torino, 2006, 139.

[3] U. STEFINI, *L'applicazione della normativa di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, e il problema degli immobili per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire*, nota a Cass., sent. 10 marzo 2011, n. 5749, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 957.

[4] Cfr. art. 3, comma 1, lett. a) della legge delega 2 agosto 2004, n. 210.



sultano esposti ad un duplice rischio: quello derivante da possibili inadempienze del costruttore-alienante [6], nonché quello correlato ad un'eventuale, sopraggiunta situazione di crisi di quest'ultimo [7].

Prima dell'emanazione del decreto n. 122/2005 [8], accadeva di frequente che l'acquirente (o il promissario acquirente) di un immobile da costruire versasse in tutto o in parte il prezzo dell'immobile, salvo poi, al verificarsi del fallimento del venditore, rimanere sprovvisto di tutela, posto che l'art. 72, comma 1, della legge fallimentare rimette alla discrezionalità del curatore fallimentare la possibilità di dare esecuzione o di sciogliere il contratto "ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti" [9]. In quest'ultima ipotesi, alla difficoltà di recuperare le somme già anticipate si aggiungeva il rischio di dover rinunciare definitivamente all'immobile che, nel frattempo, era stato destinato alla procedura concorsuale e alla successiva vendita all'asta [10].

L'intervento del legislatore del 2005 ha consentito in gran parte di superare tali criticità, rafforzando la posizione dell'acquirente, soprattutto – ma non esclusivamente – da un punto di vista patrimoniale [11].

---

[5] Tali sono gli immobili da costruire. A differenza, però, della vendita di cose future di cui all'art. 1348 c.c., nel caso degli immobili da costruire "è lo stesso legislatore a prevedere quale sia il momento della venuta ad esistenza del bene (…): questo momento coincide con quello in cui l'immobile si viene a trovare in uno stato tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità (che, secondo gli artt. 24 e 25 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*, richiede il completamento dell'edificio)": così U. STEFINI, *L'applicazione della normativa di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, e il problema degli immobili per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire*, cit., 961.

[6] Si noti come nel d.lgs. n. 122/2005 la figura dell'alienante e quella del costruttore coincidono: quest'ultimo, infatti, è definito all'art. 1, comma 1, lett. b) come "l'imprenditore o la cooperativa edilizia che *promettano in vendita o che vendano* un immobile da costruire (…)" (corsivo aggiunto), fermo restando che è ben possibile che la realizzazione della costruzione sia data in appalto o comunque eseguita da terzi (v. art. 6, comma 1, lett. l) del decreto).

[7] Le situazioni di crisi sono tassativamente elencate all'art. 1, comma 1, lett. c). Si tratta della sottoposizione del costruttore ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa. Sul silenzio del legislatore in ordine ad altre possibili situazioni "pericolose" (iscrizione di ipoteche, giudiziali o volontarie, la trascrizione di sequestro, conservativo o giudiziario; trascrizione di domande giudiziali) cfr. G. PETRELLI, *La nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Relazione al Convegno Paradigma, Milano, 15 aprile 2005, in *www.gaetanopetrelli.it.*

[8] Tale intervento è stato preceduto dalla l. 28 febbraio 1997, n. 30 che ha introdotto nel c.c. l'art. 2645-*bis* in materia di trascrizione dei contratti preliminari aventi ad oggetto edifici da costruire o in corso di costruzione e l'art. 2775-*bis* che riconosce ai crediti del promissario acquirente un privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare. In dottrina, tuttavia, si ritiene, pressoché unanimemente, che tale tutela sia inadeguata e insufficiente, soprattutto "con riguardo alle ipotesi di fallimento del promittente venditore, rispetto alle quali l'impatto delle nuove norme appare ben più modesto" (A. RE, G. SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire – D.Lg. 20 giugno 2005, n.122*, cit., 9 s.; A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., 3 s.).

[9] In deroga a tale regola, il comma 8 dell'art. 72 l. fall., introdotto dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 e modificato dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, stabilisce che il comma 1 – ossia la disposizione che attribuisce al curatore il "diritto di vita o di morte sul contratto" (così A. LUMINOSO, *Fallimento del promittente alienante e tutela del promissario acquirente*, in *Giur. comm.*, 2016, 600) – non trova applicazione nel caso dei contratti preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c., ove aventi ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente. Tuttavia, la giurisprudenza di merito ha affermato che: "l'ulteriore deroga al regime ordinario, prevista all'art. 72, comma 8, L. Fall., per il caso in cui l'immobile risulti destinato a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente (…) non sarà invocabile se l'immobile non è ultimato e, dunque, in possesso dei requisiti necessari per il rilascio del certificato di agibilità". Sul punto v. Trib. Padova, sent. 30 maggio 2019, n. 1024, in *OneLegale* e, in senso critico, la nota di G. GUZZARDI, *«Fallimento del venditore e acquisto di immobile da costruire»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1206 ss.

[10] Sul punto cfr. A. BARALE, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: dall'esperienza francese alla nuova normativa italiana*, in *Contr. Impr.*, 2005, 810.

[11] Rispetto alla tutela prevista nel c.c., risultano senz'altro più efficaci i molteplici strumenti previsti dal d.lgs. n. 122/2005 al fine di proteggere i diritti dell'acquirente di immobili da costruire. Così, ad esempio, gli artt. 2 e 4 prescrivono in capo al costrut-



Tra i diritti di natura non patrimoniale previsti nel decreto vi è il diritto di prelazione che, ai sensi dell'art. 9, sorge al verificarsi di due presupposti: la consegna dell'immobile all'acquirente e la sua destinazione ad abitazione principale dell'acquirente stesso o di un suo parente in primo grado [12], risultando, invece, irrilevante l'eventuale escussione della fideiussione di cui agli artt. 2 e 3. Tuttavia, l'art. 9 – ed è qui che risiede l'aspetto critico della normativa – va necessariamente integrato con l'art. 1, comma 1 che alla lett. d) definisce gli immobili da costruire in funzione di un elemento oggettivo temporalmente definito: la previa richiesta del permesso di costruire. Più precisamente, tale disposizione chiarisce come "Ai fini del presente decreto devono intendersi per «immobili da costruire»: gli immobili *per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire* e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità" [13].

2. – Il permesso di costruire, disciplinato nel Capo II del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), è un titolo autorizzativo che serve a verificare la compatibilità dell'edificio in corso di costruzione con gli strumenti urbanistici, i regolamenti edilizi e la vigente normativa urbanistica [14].

La necessità di una sua richiesta, oltre che in relazione al diritto di prelazione, è ribadita più volte all'interno del d.lgs. 122 del 2005: all'art. 5, che delimita l'ambito di applicabilità della disciplina di cui agli artt. 2, 3 e 4; all'art. 6, comma 1, lett. i), che la menziona quale contenuto essenziale del contratto preliminare o di altro contratto diretto al successivo acquisto della proprietà o di altro diritto reale su un immobile o, ancora, all'art. 12, comma 3, laddove si subordina l'accesso al Fondo di solidarietà alla previa richiesta di tale permesso.

La giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che l'utilizzo del termine "richiesta", in luogo di "ottenimento" del permesso di costruire, non sarebbe affatto casuale ma, al contrario, esprime una precisa volontà del legislatore, volontà che, in tale specifica sede, non sembrerebbe quella di contrastare l'abusivismo edilizio. La Corte di Cassazione ha osservato in proposito che "se l'intento primario del decreto delegato fosse stato

---

tore l'obbligo di procurare il rilascio e consegnare all'acquirente una fideiussione (art. 2) e di contrarre e a consegnare all'acquirente, all'atto del trasferimento della proprietà, una polizza assicurativa decennale (art. 4); si prevede l'istituzione di un Fondo di solidarietà al fine di indennizzare gli acquirenti nell'eventualità in cui il costruttore incorra in una situazione di crisi dalla quale gli stessi risultino pregiudicati (art. 12) ed il divieto di stipula dell'atto di compravendita in assenza della cancellazione di ipoteche e pignoramenti gravanti sull'immobile (art. 8). Ad opera dell'art. 11 del d.lgs. n. 122/2005 è stato, inoltre, introdotto, all'interno della legge fallimentare, l'art. 72-*bis* in materia di contratti relativi ad immobili da costruire, il quale prevede che, nel caso in cui l'acquirente – prima che il curatore abbia comunicato la scelta tra esecuzione o scioglimento del contratto – abbia già escusso la fideiussione (posta a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore), dandone comunicazione al curatore, il contratto si intende sciolto. Vige, pertanto, il principio *prior in tempore potior in iure*, in quanto prevale la scelta di chi effettua la comunicazione per primo. Sul punto, cfr. E. SMANIOTTO, I. SCALISI, *Tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Immobili (proprietà)*, 2011, 492.

[12] In dottrina è stato rilevato come l'espressione "parenti di primo grado" comporterebbe un restringimento dell'ambito applicativo dell'art. 9. In particolare, tale disposizione non opererebbe laddove l'acquirente abbia adibito l'immobile ad abitazione principale del proprio coniuge, riferendosi piuttosto all'ipotesi – frequente nella pratica – dell'acquisto di un immobile compiuto dai genitori a favore dei figli. Così G. SCALITI in A. RE, G. SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire – D.Lg. 20 giugno 2005, n.122*, cit., 15 ma v. anche A. PAOLINI, A. RUOTOLO, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione* – Studio n. 5691/C/2005, in *www.notariato.it*.

[13] Corsivo aggiunto.

[14] V. art. 12, comma 1, d.P.R. n. 380/2001.



quello di predisporre un ulteriore strumento civilistico per la repressione dell'abusivismo edilizio, da affiancare a quello discendente dal d.P.R. n. 380 del 2001, art.46 (…), allora il legislatore avrebbe dovuto, per coerenza sistematica, esigere, come presupposto dell'applicabilità della disciplina, non già la presentazione della richiesta del permesso di costruire, ma l'ottenimento del titolo edilizio" [15].

In senso contrario si è espressa parte della dottrina per la quale "la delimitazione dell'ambito di applicazione della nuova disciplina ai soli casi in cui è stato richiesto il provvedimento abilitativo trova giustificazione non solo nell'esigenza di tutela dell'acquirente (limitando la contrattazione «sulla carta» al solo caso in cui esista già un progetto «definitivo», presentato a corredo della richiesta di permesso di costruire); ma soprattutto nell'intento di contrastare l'abusivismo edilizio" [16].

Pur restando poco chiare le ragioni che hanno indotto il legislatore a limitarsi a richiedere, ai fini dell'accesso al ventaglio di tutele contenute nel d.lgs. n. 122/2005, semplicemente un "*fumus* di regolarità edilizia" [17] – in quanto la mera presentazione della richiesta del permesso di costruire "non garantisce la sicurezza della regolarità giuridica dell'immobile" [18] – occorre innanzitutto interrogarsi su quali siano i soggetti in grado di presentare l'istanza, così da realizzare tale soglia minima di legalità.

Ai sensi dell'art. 11, comma 1, del d.P.R. n. 380/2001, "Il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo". Se, però, è certo che gli acquirenti o i promissari acquirenti di immobili da costruire per definizione non possano considerarsi proprietari dell'immobile [19], si può invece ritenere che gli stessi integrino la seconda qualificazione soggettiva, ossia che abbiano titolo per richiedere il permesso di costruire?

2.1. – Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, legittimati all'istanza sarebbero soltanto coloro i quali hanno "una relazione qualificata a contenuto reale con il bene, non essendo sufficiente, per giurisprudenza consolidata, il solo rapporto obbligatorio (…)" [20]. Può, però, ammettersi la richiesta da parte di coloro che hanno concluso un contratto ad effetti obbligatori – come nel caso del conduttore cui sia stato locato un immobile [21] – laddove tali soggetti siano autorizzati in base al contratto o abbiano ricevuto il consen-

[15] Cass. civ., sent. 10 marzo 2011, n. 5749 in *DeJure*.

[16] G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da edificare e la richiesta di permesso di costruire*, in *Notariato*, 2005, 1234 (e dottrina ivi citata, in part. in nota 2) e 1241 ma v. anche A. PAOLINI, A. RUOTOLO, *Prime considerazioni sulla bozza di decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione*, secondo cui: "La limitazione agli immobili per i quali sia già stato chiesto il permesso di costruire deve, verosimilmente, essere interpretata come una presa di posizione esplicita del legislatore nel contrastare fenomeni di abusivismo edilizio, stimolando in tal modo anche la responsabilizzazione dell'acquirente".

[17] A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., 10, in part. nota 19. In dottrina, inoltre, è stato messo in evidenza che "la menzione dei titoli abilitativi nel preliminare non è mai stata richiesta ai fini della validità del contratto": A. BARALE, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: dall'esperienza francese alla nuova normativa italiana*, cit., 840. Evidenziato.

[18] A. LUMINOSO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., 36.

[19] V. art. 1, comma 1 lett. a), del d.lgs. n. 122/2005. Tale disposizione, peraltro, contiene una definizione di acquirente diversa da quella di consumatore. Il riferimento, infatti, è solo alla "persona fisica" (promissaria acquirente o acquirente di un immobile da costruire), mentre nulla si dice in ordine alla necessità che la stessa agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

[20] Così TAR Puglia, Lecce, sent. 5 maggio 2011, n. 804 in *OneLegale*.

[21] TAR Campania, Salerno, sent. 25 gennaio 2021, n. 201, in *OneLegale*, con cui è stato annullato il provvedimento con il quale il Comune aveva rigettato la richiesta di permesso di costruire presentata dalla ricorrente per la realizzazione di opere a carattere non irreversibile, collegate all'esercizio di un'attività di ristorazione nell'immobile concessole in locazione. Ciò in quanto, al di là del dissenso – del tutto immotivato – della proprietaria dell'immobile all'installazione della struttura in questione, nel contratto di locazione



so da parte del proprietario. Sulle caratteristiche del consenso, peraltro, si riscontrano pronunce di segno opposto: se talvolta è stato richiesto l'"espresso e persistente consenso da parte del proprietario"[22], altre volte ci si è accontentati dell'acquisizione del consenso "quantomeno implicito" del proprietario del bene[23]; altre volte ancora, seppur limitatamente all'ipotesi di adeguamento dell'immobile alle disposizioni in materia di sicurezza[24], si è persino ritenuto che l'assenso del proprietario non fosse necessario.

I giudici amministrativi hanno, inoltre, chiarito che la legittimazione a richiedere il permesso di costruire spetta anche ai promissari acquirenti in quanto il contratto preliminare costituisce un titolo di disponibilità sufficiente per eseguire l'attività edificatoria[25]. In taluni casi, però, si è, altresì, richiesto che tali soggetti fossero in possesso del godimento dell'immobile[26] o che il preliminare contenesse il consenso del proprietario in ordine all'effettuazione dei lavori edili[27].

Tuttavia, tali circostanze appaiono di non facile realizzazione nel caso dei promissari acquirenti "su carta", ossia di coloro che hanno stipulato sulla base di un progetto, i quali, pertanto, difficilmente potranno sostituirsi al costruttore-alienante nell'assolvimento di tale onere. Ne consegue che la decisione in ordine all'accesso alla gamma di tutele pensate per proteggere la parte contrattualmente più debole sembra pur sempre rimessa alla parte contrattualmente più forte[28].

3. – Proprio sulla base della lettera della legge – che sul punto è inequivocabile – la giurisprudenza era giunta a trattare in maniera differenziata gli acquirenti di immobili da costruire, riconoscendo i diritti sanciti

---

si prevedeva espressamente "l'impegno, per il conduttore, ad ottenere, a propria cura e spese, 'tutti gli adeguamenti richiesti dalle vigenti disposizioni di legge in materia di sicurezza', nonché le 'autorizzazioni amministrative per i lavori da effettuarsi'".

[22] TAR Puglia, Lecce, sent. 5 maggio 2011, n. 804, cit.

[23] Cons. Stato, sent. 22 maggio 2018, n. 3048, in *DeJure*: "È invero pacifico che il permesso non è riservato unicamente al proprietario, ma anche a chi abbia 'titolo per richiederlo', espressione che si indentifica con la legittima disponibilità dell'area, in base ad una relazione qualificata con la stessa di natura anche solo obbligatoria. In tali ipotesi è però altrettanto pacifica la necessaria acquisizione del consenso (quanto meno implicito) del proprietario del bene".

[24] TAR Campania, Salerno, sent. 25 gennaio 2021, n. 201, cit., in cui si trattava di richiedere le autorizzazioni amministrative necessarie per adeguare un locale alle disposizioni in materia di sicurezza "cui possono essere agevolmente assimilate le disposizioni governative, in tema di prevenzione dal contagio da Covid-19".

[25] TAR Sardegna, Cagliari, sent. 11 maggio 2017, n. 332, in *DeJure*. Sulla legittimazione dei promissari acquirenti a richiedere il titolo abilitativo alla costruzione cfr. M. ANNUNZIATA, *L'elenco dei soggetti legittimati a chiedere la concessione edilizia (ora, permesso di costruire) si allunga,* in *Riv. giur. edil.*, 2005, 809.

[26] TAR Abruzzo, Pescara, sent. 1 settembre 2011, n. 504, in *OneLegale*: "L'art. 11 del DPR n. 380/2001, infatti, stabilisce espressamente che (…) il rilascio del permesso è fatto non solo al proprietario, ma anche a 'chi abbia titolo per richiederlo', ovvero per tutte le posizioni civilisticamente utili per esercitare un'attività costruttiva (cd. disponibilità giuridica ad aedificandum), che è possibile individuare anche in soggetti che vantano altra qualificata relazione legittimante il titolo edilizio, diversa dalla proprietà esclusiva, quali i contitolari del diritto dominicale, l'enfiteuta, l'usufruttuario, il titolare del diritto di superficie, d'uso e d'abitazione, fino al promissorio acquirente in possesso del godimento dell'immobile".

[27] TAR Campania, Napoli, sent. 12 ottobre 2020, n. 4433 e giurisprudenza ivi citata, in *OneLegale*; TAR Sardegna, Cagliari, sent. 11 maggio 2017, n. 332, cit.; Cons. Stato, sent. 27 febbraio 2020, n. 1429, in *DeJure*: "ritiene il Collegio non sia necessario approfondire la questione se il preliminare di vendita, con trasferimento anticipato del possesso, possa astrattamente assurgere a titolo di legittimazione alla richiesta di titolo edilizio da parte del promissario acquirente; è certo infatti che, anche in questi casi, occorre pur sempre l'autorizzazione del proprietario-promissario venditore".

[28] Come chiarisce la giurisprudenza di legittimità, "L'esclusione del promissario acquirente di immobili 'sulla carta' dal raggio di applicazione del decreto delegato (…) offre a quest'ultimo un facile strumento di elusione per sottrarsi agli oneri, anche economici, che vengono posti a suo carico dal decreto delegato, potendo questi essere indotto a preferire la stipulazione del preliminare prima di richiedere il provvedimento abilitativo, così evitando di dover offrire la fideiussione e l'assicurazione fideiussoria": Cass., 10 marzo 2011, n. 5749, cit.



nel d.lgs. n. 122/2005 soltanto a coloro che avevano stipulato *dopo* che era stata presentata la richiesta del permesso di costruire o di altro titolo equivalente e non anche agli acquirenti su carta [29].

In particolare, in relazione al diritto alla garanzia fideiussoria – che a questi ultimi non era stato riconosciuto – la Corte costituzionale, con sentenza del 19 febbraio 2018, n. 32 [30], aveva affermato che, in realtà, una simile disparità di trattamento non era irragionevole poiché deve ritenersi meritevole di tutela solo quell'affidamento che si colloca in un contesto di legalità, legalità testimoniata, per l'appunto, dall'avvio del procedimento amministrativo mediante la richiesta del provvedimento abilitativo alla costruzione. E in ogni caso – sosteneva la Corte – anche in mancanza di tale richiesta, l'acquirente (o il promissario acquirente) non restava del tutto sprovvisto di tutela, posto che residuava il rimedio codicistico di cui all'art. 1472, comma 2 c.c., che dispone la nullità della vendita laddove "la cosa non viene ad esistenza" [31].

Eppure, dal confronto con il d.lgs. del 2005, appare evidente come quella codicistica sia una tutela decisamente irrisoria poiché l'acquirente su carta, di fronte al rischio di un eventuale fallimento del costruttore, ha semplicemente il diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, alla stregua di qualsiasi altro creditore chirografario, senza che gli sia dovuto alcun risarcimento del danno [32].

Il problema assume una maggiore consistenza quando in gioco vi siano diritti di natura non patrimoniale diretti al soddisfacimento di esigenze primarie della persona umana, quale l'esigenza abitativa [33].

Proprio in quest'ottica si inscrive la sentenza della Corte costituzionale del 24 febbraio 2022, n. 43 con cui è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 3 Cost., il combinato disposto degli artt. 1, comma 1, della legge delega 2 agosto 2004, n. 210 e 1, comma 1, lett. d), e 9, comma 1 del relativo decreto legislativo di attuazione nella misura in cui non riconoscono il diritto di prelazione a tutti gli acquirenti di immobili da costruire e in particolare non lo riconoscono agli acquirenti su carta.

Il caso da cui ha tratto origine l'ordinanza di rimessione alla Corte è stato quello di una società cooperativa che aveva stipulato con alcuni soci contratti di "prenotazione di alloggio" in forza dei quali la cooperativa si sarebbe impegnata a trasferire loro la proprietà degli appartamenti dietro il pagamento di un corrispettivo, in parte già versato al momento della sottoscrizione del contratto di prenotazione ed in parte da versare al momento della stipula del contratto definitivo.

Nel momento in cui l'intero complesso edilizio veniva pignorato, i soci prenotatari, che nel frattempo avevano occupato i rispettivi alloggi, reclamavano il proprio diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile, secondo quanto disposto dall'art. 9, comma 1 del d.lgs. n. 122/2005.

---

[29] Cfr., *ex multis*, Cass., sent. 10 marzo 2011, n. 5749, cit.; Cass., ord. 14 dicembre 2020, n. 28390 e Trib. Salerno, sent. 8 gennaio 2020, n. 65, in *DeJure*.

[30] Per un commento di tale pronuncia si rinvia ad F. ASTONE, *Vendita di immobili da costruire: la difficile distinzione tra acquirenti da tutelare e non*, nota a Cass., sent. 19 febbraio 2018, n. 32, in *Giur. cost.*, 2018, 1435 ss.

[31] La giurisprudenza individua due distinti rimedi a seconda che, a seguito della stipulazione del preliminare di vendita di cosa da costruire, il venditore assuma o meno anche l'obbligazione di realizzazione del bene: nel primo caso il venditore risponde di inadempimento contrattuale se non dimostra che la prestazione promessa è venuta a mancare per causa a sé non imputabile; nel secondo caso, ossia laddove non assuma alcuna obbligazione ulteriore rispetto a quella di trasferire il bene, "ricorre la diversa ipotesi di vendita di cosa futura soggetta alla condicio iuris della sua venuta ad esistenza ad opera di un terzo (cosiddetta emptio rei speatae), la cui mancata realizzazione comporta non già la risoluzione del contratto per inadempimento ma la nullità del medesimo per mancanza di oggetto *ex* art. 1472 c.c.": così Trib. Perugia, 12 giugno 2020, sent. n. 675 e giurisprudenza ivi citata, in *OneLegale*.

[32] Art. 72, comma 4, l. fall. Ma v. anche M. PIEMONTESE, *Art. 8, D.Lgs. n. 122/2005: la responsabilità del notaio rogante*, nota a Cass., sent. 1 dicembre 2016, n. 24535, in *Giur. it.*, 2017, 1054. Sui limiti della tutela codicistica v. F. ASTONE, *Ancora sulla disciplina degli immobili da costruire: alla ricerca di un criterio di distinzione tra acquirenti meritevoli di protezione e non*, in *Giur. cost.*, 2022, 468 ss.

[33] M. TRIMARCHI, *La locazione abitativa nel sistema e nella teoria generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 1988, 5 ss.



Tuttavia, tale diritto venne riconosciuto soltanto a coloro che avevano stipulato il contratto dopo che già era stato richiesto il titolo abilitativo alla costruzione; tutti gli altri soci, a cui il diritto di prelazione era stato negato, proposero un reclamo al giudice dell'esecuzione che si concluse con un'ordinanza di rigetto, anch'essa reclamata ai sensi dell'art.669-*terdecies* c.p.c. In particolare, veniva proposta una lettura estensiva dell'art. 9 che, sebbene non condivisa dal giudice remittente, ha indotto quest'ultimo a sollevare questione di legittimità costituzionale ritenendo la questione rilevante e non manifestamente infondata: *rilevante* perché dalla sua decisione sarebbe dipeso il possibile accoglimento dei reclami proposti e l'eventuale riconoscimento del diritto di prelazione ai soci, indipendentemente dall'anteriorità della stipula del contratto rispetto alla richiesta del permesso di costruire; *non manifestamente infondata* in quanto il trattamento differenziato di chi si trova nelle medesime condizioni – fatta salva "la mera circostanza di aver concluso il contratto prima che il costruttore presentasse la richiesta del permesso di costruire" – induce a dubitare del rispetto del dettato costituzionale e, in particolare, del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

3.1. – La Corte costituzionale, attraverso una lucida e puntuale ricostruzione dell'assetto di interessi che il diritto di prelazione di cui all'art. 9 mira a proteggere, interessi che hanno natura diversa da quelli che altre disposizioni del medesimo decreto intendono tutelare, ha accolto la questione di legittimità costituzionale, riconoscendo per la prima volta l'irragionevolezza del trattamento accordato agli acquirenti su carta.

Se è vero che il d.lgs. n. 122/2005 è volto principalmente alla tutela del risparmio, in attuazione dell'art. 47 Cost. [34], allo stesso tempo – constata la Corte – al suo interno vi sono alcune disposizioni – e qui il riferimento è all'art. 9 sul diritto di prelazione e all'art. 10 che esclude l'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare per gli atti a titolo oneroso aventi come effetto il trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento su immobili da costruzione, nei quali l'acquirente si sia impegnato a stabilire la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado – che "perseguono anche la primaria esigenza di difendere il diritto inviolabile all'abitazione (art. 2 Cost.)".

Più precisamente, il diritto all'abitazione [35], ed in particolare ad un'abitazione dignitosa, rientra tra i diritti fondamentali della persona [36] ed è ascrivibile al novero dei diritti sociali cosiddetti "condizionati", ossia quei diritti che comportano un impegno attivo dello Stato idoneo a far sì che nessuno rimanga privo di un'abitazione, nei limiti, però, delle risorse finanziarie disponibili [37].

Pur non potendosi ritenere tutelato in termini assoluti, data la necessità di un contemperamento con altri

[34] Sulla tutela del risparmio cfr. F. MERUSI, sub *art. 47 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti economici*, III, Zanichelli, Bologna, 1980, 153 ss.; R. COSTI, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca impresa società*, 2018, 393 ss.

[35] Sulla distinzione tra "diritto all'abitazione" e "diritto sull'abitazione" cfr. U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, Milano, 1980, 1 ss.

[36] Così Corte cost., sent. 24 marzo 1999, n. 119 in *DeJure*. Il fondamento del diritto all'abitazione è stato individuato in giurisprudenza negli artt. 2 e 3 Cost. e nell'art. 8 CEDU. Riduttivo appare invece il riferimento al secondo comma dell'art. 47 in quanto da tale disposizione – nonostante il richiamo espresso alla "proprietà dell'abitazione" – non è possibile far derivare il riconoscimento di un "diritto alla casa". Sul punto cfr. M. TRIMARCHI, *La locazione abitativa nel sistema e nella teoria generale del contratto*, cit., 9 ss.; U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., 25 ss.; E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare: spunti teorico-dogmatici e itinerari giurisprudenziali*, in *Politica del diritto*, 2016, 337 ss., secondo cui la proprietà dell'abitazione costituisce soltanto "uno dei possibili oggetti del risparmio popolare"; P. PERLINGERI, M. MARINARO, sub *art. 47 Cost.*, in P. PERLINGERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Esi, Napoli, 1997, 325 s.

[37] Corte cost., sent. 18 maggio 1989, n. 252. Sul punto cfr. anche E. BARGELLI, voce *Abitazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, 2013, 8.



valori di pari rango costituzionale [38], il diritto all'abitazione si pone alla base di numerosi interventi legislativi dettati nell'ottica non solo di assicurare un'abitazione a chi ne è privo ma anche di agevolarne l'acquisto o mantenerne la titolarità, soprattutto in presenza di specifiche categorie di soggetti [39].

Senza voler in questa sede soffermarsi sulla molteplicità ed eterogeneità degli istituti volti a proteggere il bene casa, quel che si vuole porre in luce è piuttosto l'ampiezza del diritto in parola, un diritto che si sostanzia nella rivendicazione di uno spazio entro cui fissare il vivere quotidiano e nel quale confluiscono plurimi interessi, parimenti fondamentali e dotati di una garanzia costituzionale [40].

Ora, se si osserva la rubrica del d.lgs. n. 122/2005, "Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire" (identica, peraltro, a quella della legge delega da cui il decreto ha tratto le mosse), si può rilevare come la stessa pecchi di imprecisione, posto che non tutti i diritti sanciti nel decreto hanno natura patrimoniale.

Se è vero che in molti casi il diritto di prelazione risulta funzionale alla tutela della proprietà o dell'impresa [41], non così accade per il diritto di prelazione di cui all'art. 9, il quale è piuttosto preordinato a tutelare il diritto all'abitazione e, con esso, quell'intreccio di esigenze e di interessi di natura non patrimoniale che, come si è detto, ruotano attorno all'abitazione quale sede in cui trova espressione e si sviluppa la personalità umana.

Ecco perché, nel momento in cui ricorrono le condizioni indicate all'art. 9 ai fini dell'attribuzione del diritto di prelazione, non può che ritenersi identico il diritto inviolabile da tutelare, tanto nel caso in cui

---

[38] Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sent. 12 novembre 2021, n. 45982, in *Riv. giur. edil.,* 2021, 6, I, 1980, per la quale "Il diritto all'abitazione, riconducibile agli artt. 2 e 3 Cost. e all'art. 8 CEDU, non risulta tutelato in termini assoluti, ma è contemperato con altri valori di pari rango costituzionale che giustificano — secondo i criteri della necessità, sufficienza e proporzionalità — l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo, sempre che tale provvedimento si riveli proporzionato rispetto allo scopo che la normativa edilizia intende perseguire, rappresentato dal ripristino dello status preesistente del territorio".

Anche la Corte EDU, con sent. 4 agosto 2020, n. 44817, in *Cass. pen.,* 2021, 1, 358, ha escluso la violazione dell'art. 8 CEDU in un caso in cui era stata ingiunta la demolizione di un immobile abusivamente realizzato in una zona paesaggisticamente vincolata (nonostante lo stesso costituisse l'unica abitazione del contravventore e quest'ultimo fosse un soggetto anziano ed in precarie condizioni reddituali), ritenendo prevalente l'interesse pubblico alla conservazione delle foreste e dell'ambiente.

[39] Vengono, così, in rilievo per un verso politiche di *social housing* dirette a soddisfare il bisogno abitativo di chi non può permettersi un alloggio alle condizioni di mercato; per altro verso, disposizioni dirette a facilitare l'ottenimento di prestiti, utili, tra l'altro, anche ai fini dell'acquisto della prima casa; o ancora, previsioni volte a proteggere l'abitazione principale del proprietario o dei suoi stretti familiari che, ad esempio, escludono espressamente che la stessa possa formare oggetto di un trasferimento con funzione di garanzia. Sul punto cfr. E. BARGELLI, voce *Abitazione (diritto alla)*, cit., 7, in particolare nota 49 e M.G. DELLA SCALA, *Il* social housing *come servizio d'interesse generale tra tutela multilivello del diritto sociale all'abitare e imperativi della concorrenza*, in *Riv. giur. edil.,* 2019, 183 ss.

[40] Tutelare il diritto all'abitazione significa, infatti, tutelare anche il diritto alla salute, alla sicurezza, alla riservatezza, all'inviolabilità del domicilio. Per un approfondimento sul punto v. P. CHIARELLA, *Il diritto alla casa: un bene per altri beni*, in *Rivista di scienze della comunicazione*, 2010, 136 s. E ancora, il diritto del lavoratore ad una retribuzione "sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa", di cui all'art. 36 Cost., può considerarsi soddisfatto soltanto "se la retribuzione consenta al lavoratore di essere alloggiato convenientemente o se, per prestazioni pubbliche integrative della retribuzione, venga facilitato l'accesso del lavoratore all'alloggio": così E. OLIVITO, *Il diritto costituzionale all'abitare: spunti teorico-dogmatici e itinerari giurisprudenziali*, cit., 343 s., in part. nota 21.

[41] U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., 738 s.: "Se si vuole tracciare quindi un primo sommario *distinguo* attinente al fondamento della prelazione, si può dire che le ipotesi di prelazione di vecchio tipo, quali quelle sin qui considerate di cui (…) sopravvive ancor oggi la sola prelazione successoria, hanno il loro fondamento in un'esigenza di tutela della proprietà, anche in pregiudizio del principio della libera circolazione della ricchezza, e precisamente nell'esigenza di conservazione della consistenza quantitativa dei patrimoni all'interno dello stesso gruppo familiare (…). Laddove le meno remote figure di prelazione introdotte nel codice civile a tutela della compattezza delle compagini societarie (come quelle di cui agli artt. 2441 comma e 2477 comma 2) e le ancor più recenti figure introdotte dalla legislazione speciale in materia agraria e in materia di locazione di immobili urbani adibiti ad attività produttive tendono nell'insieme a perseguire una funzione di tutela non più della proprietà bensì dell'impresa (…)".



l'originario acquisto dell'immobile sia avvenuto dopo che il costruttore aveva presentato la domanda di permesso di costruire, quanto nell'ipotesi in cui sia stato stipulato anteriormente [42].

Trattandosi, inoltre, di prelazione propria, ossia del diritto di essere preferiti a parità di condizioni con i terzi, per i creditori procedenti dovrebbe risultare indifferente la persona dell'acquirente: sia che si tratti degli acquirenti rientranti nella definizione di cui all'art. 1, comma 1, lett. d) (ossia coloro che hanno stipulato il contratto successivamente alla presentazione della richiesta del permesso di costruire), sia che si tratti degli acquirenti su carta, sia, infine, che si tratti di terzi offerenti, identico sarà il prezzo d'acquisto (quello, cioè, definitivo raggiunto nell'incanto in seguito alla procedura esecutiva) [43].

4. – La pronuncia della Corte costituzionale getta le basi per una tutela effettiva degli acquirenti su carta quali contraenti deboli che, spesso al fine di soddisfare un'esigenza abitativa, accettano di investire i propri risparmi in un'operazione di per sé particolarmente rischiosa. Tuttavia, non tutti i dubbi interpretativi che ruotano attorno al d.lgs. n. 122/2005 risultano sciolti e, in particolare, occorrerebbe chiedersi quale sia la sorte degli altri diritti previsti nel decreto [44].

Come ha chiarito la stessa Corte costituzionale, vi sono alcune tutele correlate alla stipula del contratto a effetti obbligatori o reali differiti (artt. 2, 3 e 6), altre che operano all'atto del trasferimento della proprietà (art. 4) o in vista del contratto a effetti traslativi (artt. 7 e 8) e altre ancora che scaturiscono al verificarsi di particolari circostanze successive all'originario atto di acquisto (artt. 9, 10, 12). A tale distinzione occorre aggiungere quella tra diritti che mirano a tutelare interessi di natura patrimoniale e diritti che sono funzionali alla tutela di interessi di tipo non patrimoniale.

Se certamente appare condivisibile estendere agli acquirenti su carta quelle disposizioni che tutelano il bene primario all'abitazione (e, dunque, l'art. 9 sul diritto di prelazione e l'art. 10 che esclude la possibilità di esperire l'azione revocatoria fallimentare per l'immobile adibito ad abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti o affini entro il terzo grado), diverso è il discorso in relazione alle norme poste a tutela di diritti di natura patrimoniale. Sotto questo profilo, probabilmente una estensione generalizzata delle tutele potrebbe apparire eccessiva in quanto è vero che il rapporto contrattuale tra l'acquirente e il costruttore-alienante, come si è detto [45], risulta fortemente sbilanciato in danno del primo, ma si tratta pur sempre di un

[42] Un ulteriore argomento proposto dai giudici di legittimità a favore dell'estensione del diritto di prelazione agli acquirenti su carta fa leva sul principio di separazione tra le vicende civilistiche e quelle amministrative. Afferma, in proposito, la Corte che: "nel momento in cui si integrano ex lege i presupposti costitutivi del diritto di prelazione, la sorte del procedimento amministrativo relativo all'immobile risulta indipendente e indifferente rispetto alle vicende civilistiche". In altre parole, a nulla rilevano, ai fini dell'attribuzione del diritto di prelazione, né l'eventuale conclusione dell'*iter* amministrativo o la sua legittimità, né il momento in cui è stato concluso il contratto d'acquisto, anteriormente o posteriormente alla presentazione del permesso di costruire.

[43] In senso contrario v. A. RE in A. RE, G. SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire – D.Lg. 20 giugno 2005, n. 122*, cit., 134 che riporta il pensiero di parte della dottrina (FERRI e FINOCCHIARO, *Ragionevoli i limiti alle norme di favore*, in *Guida al dir.*, 2005, n. 30, 40 ss.) secondo cui il diritto di prelazione di cui all'art. 9 "non si pone immediatamente in contrasto con gli interessi dei creditori, atteso che la prelazione si colloca in un momento successivo all'individuazione dell'aggiudicatario e alla definitiva determinazione del prezzo, ma che rischia di incidere direttamente sull'effettiva misura della loro soddisfazione: il riconoscimento del diritto di prelazione dell'occupante, infatti, presumibilmente, scoraggerà la partecipazione alle vendite forzate della maggior parte delle persone interessate a presentare offerte di acquisto".

[44] Già all'indomani dell'emanazione del d.lgs. n. 122/2005 vi è stato chi, in dottrina, ha proposto un'interpretazione estensiva "forte" dell'art. 1, lett. d) – ossia la disposizione che definisce gli immobili da costruire – al fine di estendere la tutela prevista nel decreto alle contrattazioni sulla carta. Sul punto, v. U. STEFINI, *L'applicazione della normativa di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, e il problema degli immobili per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire*, 963 s.

[45] V. *supra*, par. 2.1.



ambito in cui l'interesse individuale del singolo – e, nella specie, dell'acquirente – dev'essere necessariamente coniugato con un altro interesse, ulteriore rispetto a quello, parimenti individuale, riferibile al costruttore-alienante [46]. Si tratta – più precisamente – dell'interesse della collettività a che il progetto edilizio sia conforme a tutta una serie di norme (antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie e di efficienza energetica), il cui rispetto dev'essere dimostrato già al momento del deposito dell'istanza, dovendo la stessa essere accompagnata da una dichiarazione del progettista abilitato che asseveri la conformità del progetto agli strumenti urbanistici approvati ed adottati, ai regolamenti edilizi vigenti e alle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia [47].

In altri termini, sebbene il legislatore abbia optato per una soglia minima di legalità, accontentandosi della *richiesta* del permesso di costruire e prescindendo dal *rilascio* dello stesso, è pur sempre ravvisabile un interesse pubblico, ascrivibile alla generalità dei consociati, che rimane la ragione principale che impedisce l'attribuzione della totalità delle tutele agli acquirenti su carta.

[46] Si noti come la presentazione della richiesta del permesso di costruire implichi pur sempre una certa serietà nell'impegno assunto dal costruttore-alienante, costituendo indice di concretezza dell'iniziativa edificatoria cristallizzata in un progetto ben definito, allegato alla richiesta stessa. Sul punto cfr. Cass., sent. 19 febbraio 2018, n. 32, in *DeJure* secondo cui: "Questo contesto di legalità sotto l'aspetto urbanistico, che aggiunge una *qualitas* alla cosa futura promessa in vendita, costituisce di per sé un fattore rassicurante ed un indiretto incentivo all'acquisto per il promittente acquirente, persona fisica, radicando in quest'ultimo un affidamento maggiore nella determinazione di assentire l'impiego contrattuale di acquisto dell'immobile da costruire assumendone i relativi oneri economici".

[47] V. art. 20 d.P.R. n. 380/2001.