

JUS CIVILE

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



1/2025

gennaio-febbraio



G. Giappichelli Editore

ISSN 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.



INDICE

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
I principi sovranazionali tra poteri pubblici e poteri privati** di <i>Mario Trimarchi</i>	1
Rettificazione di sesso della persona unita civilmente e transizione verso il matrimonio** di <i>Stefano Troiano</i>	7
Destinazione allo scopo <i>ex art. 2645-ter</i> cod. civ. e <i>trust</i> «interno». Qualche interrogativo a valle di un recente arresto* di <i>Marco Martino</i>	21
Riflessioni in tema di suicidio assistito ed autodeterminazione terapeutica: nota a Corte cost. n. 135/2024* di <i>Antonio Di Biase</i>	32
Pratiche commerciali scorrette per illecito trattamento dei dati personali* di <i>Tiziana Rumi</i>	47
Il valore delle clausole monetarie. Appunti ascarelliani alla Cassazione* di <i>Federico Pistelli</i>	76
Per una prima classificazione delle clausole di sostenibilità* di <i>Enzo Maria Incutti</i>	93
Valore concludente di <i>emoticon</i> ed <i>emoji</i> * di <i>Fabio Massimo Scaramuzzino</i>	116

* Contributo sottoposto a revisione.

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



pag.

Pubblicità comportamentale online e schemi emergenti di negoziazione del consenso al trattamento dei dati personali. Il modello “*pay or consent*”*

di *Edoardo Alonzo*

134

Giurisprudenza italiana

Revoca della condizione testamentaria «per condotta incompatibile del disponente»?*

di *Giuseppe Portonera*

149

Recensioni

E. Palacios Martínez, *Derecho de las obligaciones. Problemas fundamentales en la codificación civil* (Prólogo E. Moscati, Estudio preliminar G. Fernández Cruz), Lima, Praxis, 2024, 659

di *Enrico Moscati*

164

* Contributo sottoposto a revisione.

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



MARIO TRIMARCHI

Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Messina

I PRINCIPI SOVRANAZIONALI TRA POTERI PUBBLICI E POTERI PRIVATI*

SOMMARIO: 1. I poteri, pubblici e privati, di porre regole giuridiche. – 2. La funzione dei principi sovranazionali nel tempo della complessità. – 3. Principi e limitazione dei poteri che pongono le regole. – 4. Il principio dello sviluppo sostenibile.

1. – Una delle più interessanti prospettive in cui può cogliersi la dicotomia pubblico-privato attiene al problema della individuazione dei centri che detengono ed esercitano il potere di porre regole giuridiche.

La modernità, pur con le limitate eccezioni rappresentate dal diritto consuetudinario e dal diritto internazionale, è basata stabilmente sull'attribuzione allo Stato e per esso ad organi di diritto pubblico democraticamente eletti, del potere di porre ed emanare regole giuridiche nel rispetto di determinate competenze e procedure. Anche le norme del diritto privato – e lo stesso codice civile –, che recepiscono interessi e stili di vita dei consociati ma talora anche li limitano o li conformano, sono formalmente poste nel rispetto della sovranità statale e garantite, al di là del loro rispetto spontaneo da parte dei cittadini, da apparati pubblici.

Si è detto che questa dicotomia pubblico-privato è la forma della politica moderna¹, ma ora forse meglio si dovrebbe dire “è stata” la forma della politica moderna. Il rapporto pubblico-privato, infatti, si è affermato e sviluppato negli ultimi secoli essenzialmente con riguardo ad un dato territorio, delimitato da precisi confini e dalla vigenza della sovranità statale. Nel momento della storia in cui vari importanti interessi e bisogni dei cittadini non sono più emersi in via prevalente spazialmente definiti, ma presentano un'origine e una dimensione sovranazionale o addirittura mondiale, lo Stato, come imprigionato nelle sue statiche strutture e geloso delle sue prerogative, non ha saputo, o non ha potuto, nemmeno in sinergia con altri Stati, dare una risposta a quelle esigenze apprestando tutele e garanzie. In altri termini, è rimato indietro rispetto agli enormi e rapidi progressi realizzati dalla scienza e dalla tecnica nell'ultimo mezzo secolo, specie nei settori del bene vita, della salute, dell'informatica, ma anche della finanza. Né tantomeno è stato in grado di prospettare soluzioni adeguate ai grandi problemi dell'ambiente e delle energie, anch'essi localmente non controllabili.

* Relazione tenuta in occasione del Convegno annuale dell'Associazione Civilisti italiani su “Costituzione e diritto privato. Dialoghi” (Università di Firenze, 13-14 dicembre 2024).

¹ M. SPANÒ, *Diritto pubblico e diritto privato: una discussione a partire da due libri*, in *Persona e mercato. Dialoghi sul nostro tempo, Diritto Pubblico e Diritto Privato. La grande «dicotomia» ieri e oggi*, a cura di F. Pistelli, 28 maggio 2023, 20.



In particolare nei campi delle tecnologie digitali e delle biotecnologie gli equilibri preesistenti sono stati travolti e poche grandi imprese private, fornendo servizi innovativi e mirabolanti ai cittadini, in mancanza di regolamentazioni pubbliche, sono state capaci di stabilirne le regole, ovviamente nel loro interesse conseguendo enormi profitti. Nel settore, poi, della finanza ed in genere dei mercati internazionali si sono sviluppate, sempre avviate e costruite da privati, prassi e consuetudini specie in materia contrattuale (il riferimento è alla *lex mercatoria* e ai Principi *Unidroit*)².

In questo contesto, alquanto variegato, tipica espressione della complessità, si attenuano e comunque vanno riconsiderate le modalità di esercizio della sovranità tradizionalmente proprie dello Stato. Lo Stato, e per esso il diritto pubblico, conserva strutture e strumenti per controllare il rispetto delle regole e per farle effettivamente osservare anche attraverso l'irrogazione di pene e sanzioni. Ma ormai si è realizzata, in capo ad altre forze, una parziale dislocazione del potere di porre regole, una sorta di delocalizzazione, peraltro non sempre democratica, della sovranità. Entra quindi in crisi la dicotomia pubblico-privato come forma della modernità. Un tempo tutte le norme, da quelle di diritto amministrativo a quelle di diritto privato, a quelle di diritto penale, erano emanate e garantite essenzialmente dallo Stato. Oggi, spesso, non è più così. I privati non sono solo i destinatari e i fruitori delle regole; alcuni di essi in qualche misura ne sono anche artefici. Al riguardo occorre quindi distinguere tra materie dove rimane pressoché esclusiva la legislazione di provenienza statale (si pensi a vari istituti del codice civile)³; e numerose altre, tendenzialmente quelle più attuali e implicanti nuovi bisogni dei cittadini o espressione dei progressi della scienza e della tecnica, dove regole statali convivono o sono soverchiate da norme formate anche da privati, specie in ambito internazionale.

Il quadro dei poteri si presenta, peraltro, molto articolato⁴. In questa sede non è possibile individuarli tutti analiticamente.

Provando, comunque, ad ordinare la materia può rilevarsi come la capacità di fissare regole, principi e standard oggi ricorre sia in capo a soggetti pubblici (lo Stato ma anche l'Unione Europea) sia in capo a soggetti privati (in genere imprese o enti, ad esempio le grandi imprese del web, le multinazionali, i gestori di fondi, le agenzie di rating), ma anche in capo a soggetti misti, partecipati da Stati e da privati (si pensi, per tutti, all'ICANN, ente all'origine privato ma di cui ora fanno parte anche gli Stati che controlla e gestisce internet in tutto il mondo, oppure alle varie forme di *governance* come processi decisionali partenariati pubblico-privato intrisi di fattualità ed efficienza).

Questi e altri soggetti, dettano, peraltro, regolamentazioni adottando le più svariate modalità: si va, così, dal rispetto di procedure e forme sacrali, quelle tipicamente proprie dello Stato, a forme di *soft power*, senza cioè ricorrere a sanzioni o coercizioni ma piuttosto avvalendosi dell'attrattiva di servizi offerti, della forza di valori proclamati o del richiamo alla cultura o alle tradizioni. Oppure, specie da parte dei poteri tecnologici, utilizzando l'intelligenza artificiale si elaborano algoritmi che pongono in dati ambiti regole rigide e impenetrabili, con modalità silenziose e quali invisibili. O ancora ci si affida, in certe materie, specie in quella contrattuale, alla formazione di prassi, di codici di autodisciplina, di usi commerciali e di moduli condivisi dalle imprese o a orientamenti giurisprudenziali risultanti dal-

² Su questi temi cfr. U. MATTEI-A. QUARTA, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca, San Sepolcro, 2018, *passim*, specie 113, 121, 158 s.

³ Considerando materie non di stretta competenza del privatista è agevole segnalare come negli ultimi anni – il riferimento è in primo luogo al fenomeno della pandemia – si sia assistito all'affermazione di un importante ruolo svolto dallo Stato.

⁴ Per una completa analisi dei molteplici poteri riscontrabili nella società contemporanea v. M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, Bologna, 2022, specie 153 ss.



le pronunce di Corti sovranazionali. Ed infine va ricordato il potere di incidere di varie altre entità, quali ad esempio le Autorità indipendenti e gli organismi arbitrali.

Un quadro così composito di poteri non può essere certo adeguatamente delineato e compreso limitandosi alla constatazione della dimensione multilivello, statale europea ed internazionale, che presenta. Ad ogni livello ricorrono, infatti, norme poste da poteri aventi diversa forza e diversa efficacia spaziale con inevitabili contraddizioni, irrazionalità, indeterminatezze e conseguente incertezza della regola da applicare⁵.

Invero il tempo che viviamo appare caratterizzato da un diritto non più unidirezionale, monistico e a struttura verticale, ma piuttosto pluridimensionale, pluralistico e a struttura reticolare. Ed ancora, da un diritto integrante non un sistema chiuso, certo, stabilito e stabile, ma piuttosto un fenomeno per più aspetti discontinuo, instabile, incerto ed aperto. All'immagine tradizionale della piramide, subentra, in altri termini, quella della rete, nel senso che si constata la presenza di poteri e di norme che formano un tessuto giuridico pieno di intrecci e interazioni dove è obsoleta l'idea di un centro e diffusa, invece, quella della molteplicità degli assetti normativi⁶.

2. – Se questa è la situazione che si è andata formando e imponendo a cavallo del secolo, va rilevato che nell'ultimo decennio si va sviluppando una certa consapevolezza, anche presso alcune Autorità, della gravità del contesto contemporaneo. La pervasività della tecnica e dei capitali che la sorreggono e la sfruttano, gestiti oltretutto a livello mondiale in regimi prevalentemente oligopolistici, sta producendo, accanto ad importanti vantaggi e al soddisfacimento di bisogni della popolazione, notevoli guasti e pericoli all'ambiente e alla vita dei consociati. Ci si sta in altri termini rendendo conto che, se da un lato è opportuno promuovere lo sviluppo tecnologico, dall'altro appare necessario un intervento genericamente di tipo pubblicistico che regolamenti almeno in qualche misura le materie oggetto a livello mondiale dell'esplosione tecnologica, introducendo limiti e controlli alle relative attività per evitare gli eccessi e garantire la tutela degli interessi della comunità e dei singoli.

Si tratta, invero, di un processo che ben può dirsi solo agli inizi, talora contrastato ed oltretutto dagli esiti incerti e dalla portata non sempre adeguatamente definita. Spesso, infatti, si propongono regole non assistite da un apparato idoneo a farle rispettare o aventi una valenza, quella europea, limitata spazialmente rispetto alla dimensione mondiale dei problemi affrontati. E però va al tempo stesso evidenziata la loro grande rilevanza costituendo il primo importante tentativo di mettere ordine e proporre giuste soluzioni all'indeterminatezza del presente, segnato da forti disuguaglianze e lesioni di diritti fondamentali delle persone.

Il processo che si sta sviluppando, quello che auspicabilmente potremmo appellare come di "ritorno al diritto" comporta il parziale superamento dello strumentario tradizionale del giurista. Occorre infatti perseguire l'armonizzazione delle norme disposte a rete con un approccio soprattutto attento alla comparazione e al riconoscimento della piena operatività dei principi, quali regole adeguate alla comples-

⁵ Sul tema cfr. C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2017, specie 215 ss.

⁶ Mi sia consentito il riferimento a M. TRIMARCHI, *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, in *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi, Messina 27-28 maggio 2016*, a cura di M. Trimarchi, A. Federico, M. Astone, C. Ciralo, A. La Spina, F. Rende, E. Fazio, S. Carabetta, Giuffrè, Milano, 27 ss.



sità, espressione di una razionalità né puramente giuspositivista né puramente giusnaturalista⁷.

Il giurista, in altri termini, deve essere attento ai reali problemi della società ed evitare di assumere concetti a priori assolutamente astratti; piuttosto occorre procedere con logiche che ricerchino le concatenazioni nella consapevolezza della fluidità del fenomeno giuridico segnato da aporie e contraddizioni da leggere nel rispetto della diversità e della pluralità.

Ora, è proprio in questa prospettiva che va colto il senso della normativa più recente. In un contesto socio-relazionale ed economico emancipato da precisi confini territoriali, un diritto che abbia l'ambizione di realizzare forme di integrazione del variegato materiale normativo non può, appunto, che consistere in primo luogo in principi condivisi. E cioè in indicazioni valoriali che, proprio perché tendono a ripetersi nei vari livelli ordinamentali, sono in grado di costituire punti di convergenza, se non addirittura di fusione, di sistemi con tradizioni diverse e quindi di indirizzare l'azione umana regolata da qualsiasi potere pubblico o privato.

L'indicazione al riguardo è in linea di massima costante ed uniforme. Principi sovranazionali fondamentali ed espressi da tempo sono contenuti, oltre che nelle Costituzioni, nella Carta europea dei diritti della persona, nelle Dichiarazioni e nelle Risoluzioni delle Nazioni Unite e nella legislazione europea (compresa quella sul PNRR varato con il regolamento 2021/2041 e con relativa Decisione del Consiglio, più volte modificata, anche ad aprile 2024).

In tutti questi casi il legislatore non detta regole di condotta specifiche ma procede appunto fissando in generale e per ciascuna macromateria dei principi, quali norme pienamente vigenti collocate alla sommità dell'ordinamento, espressione giuridica delle aspirazioni della società ad uno stile di vita conforme ai valori più alti dell'umanità. E parallelamente procede, per ciascuna materia, indicando obiettivi da conseguire, fissando cioè dei traguardi che devono essere realizzati. Cosicché i destinatari di queste normative (soggetti pubblici e privati) rimangono liberi di prescegliere le misure idonee e, quindi, di emanare le leggi o i provvedimenti amministrativi ritenuti adeguati, ma sempre in funzione ed anzi con l'obbligo di soddisfare le esigenze sociali ispiratrici dei principi e dei relativi connessi obiettivi.

La previsione nelle Carte e nelle Risoluzioni internazionali ma anche nei Regolamenti europei di principi e di obiettivi rappresenta lo strumento, al tempo stesso ineludibile e ottimale per razionalizzare la complessità giuridica, ridurre l'incertezza dovuta al policentrismo normativo e fornire risposte quanto più possibili adeguate ai reali problemi di interesse dei consociati⁸.

L'indicazione di valori e di diritti fondamentali e di correlati obiettivi da realizzare appare, in altri termini, il percorso privilegiato per tentare il difficile ma essenziale processo di integrazione delle diverse e molteplici regole che segnano la contemporaneità.

3. – Ma occorre precisare quali sono questi principi. Si potrebbe al riguardo prospettare il quadro molto ampio emerso negli ultimi decenni in ambito sovranazionale nella logica di introdurre forme di controllo e/o di limitazione di poteri e attività in grado di dettare regole e orientare condotte a livello mondiale.

⁷ Cfr. G. VETTORI, *Introduzione*, in *Persona e mercato. Dialoghi sul nostro tempo, Diritto Pubblico e Diritto Privato. La grande «dicotomia» ieri e oggi*, cit., 3.

⁸ Sul ruolo essenziale che i principi sono oggi chiamati a svolgere e sulla necessità di un'interpretazione che faccia dialogare tra di loro normatività e fattualità v. N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2021, *passim*, specie 92 s.



In questa sede non è possibile considerarli analiticamente. Si distingue, com'è noto, tra principi comuni e inespressi (tipicamente *pacta sunt servanda*) e principi fondamentali ed espressi, quali risultanti dalle grandi Dichiarazioni di diritti, dalla Carta europea, dalle Costituzioni e da altre fonti. E ricorrono principi con portata generalissima, ad esempio quello di uguaglianza, e principi relativi a determinate macromaterie, ad esempio quello di responsabilizzazione dei soggetti che trattano dati personali.

Per quanto di interesse del privatista vanno ricordati i principi di tutela della dignità umana e delle varie forme di estrinsecazione della libertà e poi quelli di tutela della trasparenza, dell'equità, della partecipazione, per segnalarne solo alcuni. Al riguardo, però, sembra di particolare importanza rifarsi ad alcune previsioni contenute nelle disposizioni finali della Carta di Nizza, che rappresentano una sicura indicazione metodologica per cogliere l'ordine mobile interno all'odierno sistema complesso. E, così, va soprattutto evidenziato il principio dell'assoluto rispetto del contenuto minimo essenziale di ogni diritto fondamentale o, se si vuole, come si è espressa la nostra Corte costituzionale in materia di interruzione di gravidanza e di fine vita, della garanzia di un livello minimo di tutela legislativa; ed ancora, in una logica simile, quello di divieto dell'abuso del diritto nonché quello di proporzionalità.

4. – Vorrei comunque soffermarmi sul principio più innovativo, significativo e caratterizzante del tempo recente e cioè sul principio di sostenibilità, ormai espressamente sancito da una vasta legislazione. Al riguardo vanno quantomeno segnalate a livello internazionale la Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 2015 e la connessa Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile che fissa 17 obiettivi utili al suo perseguimento, fondati su tre pilastri, la sostenibilità economica che consiste nell'uso delle risorse da parte delle imprese funzionale allo stabile mantenimento dei propri parametri, la sostenibilità ambientale che si concretizza in un consumo delle risorse naturali proporzionato alla loro capacità di rigenerarsi e la sostenibilità etico-sociale che si sostanzia nella riduzione delle differenze sociali, nella garanzia di giuste retribuzioni e nella conseguente maggiore coesione sociale. E, poi, a livello europeo vanno ricordati, oltre l'art. 37 della Carta di Nizza, dove si prescrive che la tutela dell'ambiente deve essere garantita "conformemente al principio di sviluppo sostenibile", numerosi Regolamenti e così tra gli ultimi il *Digital Market Act* (n. 1925 del 14 settembre 2022) e il Regolamento sul ripristino della natura (n. 1991 del 24 giugno 2024) che contengono espressi riferimenti allo sviluppo sostenibile, o ancora il *Data Act* (n. 2854 del 13 dicembre 2023) e il Regolamento sull'Intelligenza artificiale (n. 1689 del 13 giugno 2024) che implicitamente o nei considerando richiamano o presuppongono il principio di sostenibilità. Ed infine, a livello nazionale, rilevano gli artt. 9 e 41 Cost., come riformati nel febbraio 2022 dove si prevede, tra l'altro, la tutela degli interessi delle future generazioni.

Ora, dall'insieme della legislazione vigente appena ricordata può trarsi che il valore della sostenibilità è stato a tutti gli effetti trasfuso in un principio fondamentale dell'ordinamento, destinato a orientare la condotta sia dei soggetti pubblici, in primo luogo degli organi dello Stato, sia dei soggetti privati ed in specie delle imprese che devono impegnarsi a contribuire alla realizzazione di un progresso sociale più equo (come pure dispone di recente la Direttiva europea n. 1760 del 13 giugno 2024 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità)⁹. Si tratta quindi – va evidenziato – di un vero e proprio principio e non di una clausola generale¹⁰; questa ultima, infatti, ad esempio la buo-

⁹ Cfr. G. ALPA, *Responsabilità degli amministratori di società e principio di «sostenibilità»*, in *Contr. impr.*, 2021, 721 ss.

¹⁰ Sulla questione v. F. LUBIAN, *La sostenibilità come clausola generale: una prospettiva comparata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 737 ss.



na fede o la correttezza, trova la sua base nella prassi e ha funzione integratrice del fatto nella sua specificità e concretezza; il principio, invece, come appunto quello di sostenibilità, ha la sua ragion d'essere nella dimensione planetaria della realtà contemporanea e si impone alla cultura giuridica universale come guida alla società e ai singoli. Più in particolare la sostenibilità è un principio che presenta una ontologica circolarità nel senso che esprime l'equilibrio tra tre aspetti del reale, quello economico, quello ambientale e quello sociale. Quando si parla di sostenibilità economica o ambientale o sociale, sembra infatti assumersi come punto di osservazione uno dei tre aspetti, ma in realtà, stante la loro inscindibile connessione, si fa sempre riferimento all'intero circolo.

Il principio dello sviluppo sostenibile presuppone, peraltro, una forte considerazione del futuro; esige, cioè, dai consociati, dalle istituzioni, dalle imprese, condotte destinate a produrre significativi effetti negli anni, nella logica di realizzare per le successive generazioni condizioni adeguate di vita, che non devono essere compromesse da abusi ed eccessi del tempo presente. Da ultimo anche il regolamento n. 1689 sull'Intelligenza artificiale dispone che debba essere sostenibile. Si prevede infatti che il suo sviluppo si realizzi attraverso tecnologie e strutture che riducano il consumo energetico e, più in generale, l'impatto ambientale sociale ed economico. Ed ancora che le imprese del settore si pongano nella logica di promuovere forme di responsabilità sociale.

Ovviamente, come tutti i principi sovranazionali fondamentali, pur integrando pienamente diritto positivo, quello di sostenibilità non gode della certezza di una sua piena realizzazione, ma comunque la sua realizzabilità costituisce una prima importante tappa ed un passaggio obbligato verso l'effettività.

Si tratta quindi in prospettiva di articularlo e di diffonderlo in ogni contesto. Ed al tempo stesso di utilizzarlo nella misura maggiore possibile, in sede di interpretazione e applicazione delle regole esistenti, quale elemento essenziale per pervenire ad una giusta integrazione delle fonti vigenti.



STEFANO TROLANO

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Verona

RETTIFICAZIONE DI SESSO DELLA PERSONA UNITA CIVILMENTE E TRANSIZIONE VERSO IL MATRIMONIO *

SOMMARIO: 1. Premessa. L'impianto normativo disegnato dalla legge n. 76/2016. – 2. Lo scioglimento automatico dell'unione civile a seguito della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso. – 3. Il nodo interpretativo centrale sollevato dall'art. 1, comma 26, legge n. 76/2016: il vulnus al diritto alla continuità familiare. – 4. La soluzione prospettata da Corte cost. 22 aprile 2024, n. 66: infondata è la censura relativa alla contrarietà all'art. 3 Cost. ... – 5. ... fondata invece quella per contrarietà all'art. 2 Cost., dalla quale discende la conseguenza, ricavabile in via additiva, della sospensione dello scioglimento per il tempo necessario alla celebrazione del matrimonio. – 6. La perdurante (contenuta ma effettiva) differenziazione tra unione civile e matrimonio. – 7. Un nodo ancora da sciogliere: l'effettiva portata novativa della transizione verso, rispettivamente, il matrimonio o l'unione civile.

1. – Con le norme contenute nei due commi 26 e 27 della legge 20 maggio 2016, n. 76, il legislatore ha disegnato una disciplina complessiva delle conseguenze che la rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei componenti della coppia determina, rispettivamente, in una coppia unita civilmente e in una coppia coniugata.

Tuttavia, sebbene il fatto che dà origine alla vicenda sia il medesimo, le conseguenze giuridiche individuate sono state, nei due casi, alquanto diverse: nel primo, la sentenza di rettificazione determina lo scioglimento dell'unione senza che si contempli la possibilità per le parti di continuare il rapporto in altra forma (comma 26); nel secondo, invece, alla sentenza di rettificazione consegue sì lo scioglimento del matrimonio, ma ad esso può accompagnarsi, ove i coniugi abbiano espresso la volontà di non sciogliere il matrimonio, l'automatica instaurazione, tra gli stessi, di una unione civile tra persone dello stesso sesso (comma 27): il vincolo può permanere, dunque, seppure in altra forma.

L'introduzione di questa seconda previsione ha rappresentato il coronamento di una complessa evoluzione del quadro normativo, che ha visto succedersi negli anni importanti interventi tanto del legislatore quanto delle Corti superiori, a tutti i livelli¹, e che nell'introduzione dell'istituto dell'unione civile tra persone dello stesso sesso ha trovato infine l'attesa soluzione di sistema, fino a quel momento negata. Si è raggiunto, così, un esito che nel complesso, e fatti salvi i nodi ancora aperti di cui si dirà più avanti, è di certo positivamente apprezzabile, e al conseguimento del quale ha concorso in misura de-

* Lo scritto è destinato a *Liber Amicorum per Salvatore Patti*.

¹ V. Cass., ord. 6 giugno 2013, n. 14329, Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170, Cass. 21 aprile 2015, n. 8097, nonché Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Chambre), 16 luglio 2014, Hämäläinen c. Finlandia.



cisiva anche l'attenzione riservata al tema dalla dottrina più avvertita. Fondamentale è stato, in quest'ambito, il contributo di Salvatore Patti, al quale queste pagine sono dedicate, alla sua finissima sensibilità dovendosi non solo i primi pionieristici studi tesi a ricostruire lo stato giuridico della persona transessuale in una dimensione sistematica coerente con i valori costituzionali² ma anche innumerevoli altre riflessioni che hanno costantemente illuminato, e spesso anticipato, l'evoluzione del dibattito³.

Sulla regola contenuta nel citato comma 26 per il caso omologo della rettificazione di sesso di una persona unita civilmente, si sono invece da subito appuntate le critiche di svariati commentatori, che hanno adombrato sia una possibile disparità di trattamento tra coppie coniugate e coppie unite civilmente⁴ sia una compressione del diritto di quest'ultime alla continuità degli affetti nella delicata situazione innescata dalla rettificazione di sesso di una di esse.

A dirimere i dubbi è, infine, giunto il più recente arresto della Corte costituzionale in materia dell'aprile 2024⁵: un intervento che, come si dirà, si lascia apprezzare sia per l'ingegnosità della soluzione proposta, sia per il punto fermo che essa ribadisce sul tema della complessa interrelazione tra gli istituti dell'unione civile, da un lato, e del matrimonio, dall'altro. Non mancano, tuttavia, anche alcune riserve di carattere più generale, che attengono alla mancata considerazione (ed omessa correzione in via interpretativa) di quella che appare come una debolezza di fondo dell'impianto normativo, tale tanto per i coniugi quanto per gli uniti civilmente: il riferimento è alla portata "novativa" della vicenda di transizione, rispettivamente, all'unione civile o al matrimonio che emerge dai commi 26 e 27, come attuati dal legislatore delegato e interpretati ora dal giudice delle leggi, dipendendo dal corretto inquadramento di tale aspetto l'effettiva idoneità di tale vicenda a garantire, senza cesure, l'auspicata continuità di vita e di affetti, anche, come si dirà, sul piano dei rapporti patrimoniali.

Ma andiamo con ordine, iniziando dal riepilogare il contenuto della regola su cui si è concentrata l'attenzione della Corte.

² S. PATTI-M.R. WILL, *La rettificazione di attribuzione di sesso: prime considerazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, vol. II, 730; S. PATTI, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 335 ss.; ID., *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 245 ss.; ID., voce *Transessualismo*, in *Dig. IV, sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 427 ss.

³ V. S. PATTI, *Rettificazione di sesso e trattamenti chirurgici*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 28 ss.; ID., *I diritti delle persone omosessuali e il mancato riconoscimento del matrimonio contratto all'estero*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 456 ss.; ID., *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 163 ss.; ID., *Un ben motivato rinvio alla Corte costituzionale in materia di divorzio 'automatico' della persona transessuale*, in *Corr. giur.*, 2013, 1519 ss.; ID., *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Foro it.*, 2014, 2685 ss.; ID., *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "ancorché non più matrimoniale"*, in *Corr. giur.*, 2015, 1048 ss.; ID., *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 11, 643 ss.; ID., *Mutamento di sesso e "costringimento al bisturi": il Tribunale di Roma e il contesto europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1, 39 ss.; ID., *Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e delle Corti costituzionali)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, 143 ss.

⁴ V. F. AZZARRI, voce *Unioni civili e convivenze*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2017, 997 ss.; e ID., voce *Unioni civili (diritto civile)*, in *Enc. dir., I Tematici, IV, Famiglia*, a cura di F. Macario, Milano, 2022, 1329 ss.

⁵ Corte cost. 22 aprile 2024, n. 66, su cui v., sin d'ora, i commenti di F. AZZARRI, *Il termine finale di efficacia dell'unione civile tra persone non più dello stesso sesso, «o sia L'inutile precauzione»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 5, 1513 ss.; E. GIACOBBE, *Rettificazione di attribuzione di sesso e scioglimento dell'unione civile: differenziare equiparando*, in *Dir. pers. fam.*, 2024, 3, 977 ss.; G. MINGARDO, *Affermazione di genere e scioglimento imposto dell'unione civile. Nota a Corte cost., sentenza n. 66 del 2024*, in *Osserv. cost.*, 4, 2024, 67 ss.; I. PISTOLESI, *Unioni civili e convivenze: la legge n. 76 del 2016 alla prova della giurisprudenza, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2024, 92 ss.



2. – La disposizione di cui al comma 26, completando il quadro delle cause di scioglimento dell'unione civile che si apre con il comma 22, individua, dunque, quale causa di scioglimento la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso di una delle parti dell'unione.

La previsione ricalca fedelmente, in questa parte del suo contenuto, quella dettata per il matrimonio dall'art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164, e successivamente riprodotta nell'art. 31, comma 6, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150⁶. Il legislatore del 2016 ha dunque in questo caso optato non per la tecnica del mero rinvio, impiegata nel comma 23 con riguardo ad altre cause di scioglimento, bensì per quella della integrale (e pressoché testuale) riproduzione, all'interno della stessa legge sulle unioni civili, della disciplina matrimoniale che si intende richiamare.

Manca, invece, nel citato comma 26, l'ulteriore previsione che chiude il menzionato art. 31, comma 6, d.lgs. n. 150/2011, ovvero quella secondo la quale, per il caso del matrimonio, a seguito del predetto scioglimento del rapporto “si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898”.

Non è richiamato, pertanto, l'art. 3, n. 2, lett. g, legge div., che parimenti regola le conseguenze della rettificazione di sesso nel matrimonio, prevedendo che «lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandata da uno dei coniugi ... nei casi in cui ... è passata in giudicato sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. 14 aprile 1982, n. 164», né può ritenersi che tale norma possa trovare applicazione estensiva in forza del comma 20 dell'art. 1, legge n. 76/2016⁷.

Ne discende, per l'unione civile, una netta semplificazione dei termini del problema, rispetto a quanto invece può e deve dirsi per la materia del matrimonio⁸, codificandosi, per l'unione civile, la soluzione comunque prevalsa in via interpretativa anche in materia di matrimonio, ossia quella dell'automaticità dello scioglimento⁹, che prescinde dalla domanda di parte¹⁰. Anche nell'unione civile sussiste, infatti, la medesima ragione che, secondo l'interpretazione prevalsa pure in giurisprudenza, è da ravvisare alla base dell'automatico operare dello scioglimento nel matrimonio: se nel matrimonio tale ragione consiste nell'inammissibilità di un vincolo matrimoniale che, in attesa della (soltanto eventuale) domanda di divorzio, finirebbe per perdurare tra due persone (divenute, a seguito della rettificazione) dello stesso sesso, a parti invertite deve dirsi che è inammissibile la permanenza di una unione civile tra persone (divenute) di sesso diverso. Come evidenzia la denominazione stessa

⁶ Senza modifiche, salva la sostituzione del verbo «provoca» con il verbo «determina»: espressione, quest'ultima, che ritroviamo anche nel comma 26.

⁷ A tale estensione osta il valore significativo che riveste l'omissione selettiva compiuta dal legislatore rispetto alla legge sul divorzio, lì dove, nei commi 22-26, ha limitato il rinvio a tale legge solo ad alcune disposizioni, chirurgicamente escludendo le altre, spesso, come proprio con riguardo alle cause di scioglimento, selezionando all'interno del medesimo articolo alcuni numeri o commi. Per approfondimenti v. S. TROIANO, *Commi 22-23-24*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs n. 6/2017; d.lgs n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Giappichelli, Torino, 2017, 353 ss. Un'eventuale estensione si porrebbe, dunque, in contrasto con la volontà della legge, resa palese dalle scelte compiute dal legislatore storico, e rifluita nella *ratio* obbiettiva sottesa a questa parte della legge n. 76/2016, di non operare una piena equiparazione tra unione civile e matrimonio in materia di scioglimento del vincolo.

⁸ Sulla quale si rinvia a S. TROIANO, *Commi 26-27*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs n. 6/2017; d.lgs n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, cit., 420 ss.

⁹ V. F. LUME, sub *Art. 1, co. 26*, in *Commentario breve al diritto di famiglia* a cura di A. Zaccaria, *Appendice di aggiornamento*, Cedam, Padova, 2016, 26.

¹⁰ Diversamente, sul punto della domanda di parte, F. TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 994.



dell'istituto (“unione civile tra persone dello stesso sesso”), in modo del tutto speculare rispetto al matrimonio, che richiede l'alterità di sesso tra i coniugi, così l'unione civile richiede, quale presupposto inderogabile, l'identità di sesso tra le due parti, sia al momento della costituzione sia nel successivo svolgimento del rapporto.

Maggiormente problematica è, invece, l'individuazione del momento in cui può dirsi avere luogo lo scioglimento dell'unione civile, il riferimento alla “sentenza di rettificazione” – in assenza del rinvio alla predetta disciplina del matrimonio – prestandosi tanto ad un'interpretazione che lo ricolleggi all'efficacia della sentenza (ossia al deposito del suo dispositivo) quanto a quella che lo riconnetta, per contro, al passaggio in giudicato della sentenza medesima.

Il mancato rinvio all'art. 3, n. 2, lett. g, legge div. impedisce di ravvisare nella più specifica norma del divorzio (che ha espressamente riguardo al passaggio in giudicato della sentenza) un argomento per sostenere che lo scioglimento diviene effettivo solo alla data in cui la sentenza di rettificazione passa in giudicato. Ciò nonostante, pur nell'impraticabilità del menzionato argomento, questa rimane la soluzione più corretta, non potendosi negare che l'importanza degli effetti che discendono dallo scioglimento dell'unione civile, per la loro diretta incidenza sullo stato familiare delle parti dell'unione, non è compatibile con la provvisorietà degli effetti di una sentenza non passata in giudicato e richiede, per contro, la definitività propria di quest'ultimo¹¹.

Aperte rimangono poi le questioni consequenziali allo scioglimento automatico dell'unione, quale, ad esempio, quella riguardante l'eventuale riconoscimento del diritto alla corresponsione di un assegno periodico e del connesso obbligo di prestare idonea garanzia reale o personale qualora esista pericolo di inadempimento. Su tutte tali questioni, escluso che la competenza a decidere possa essere riconosciuta al giudice della rettificazione, non rimane che ritenere comunque necessaria una domanda giudiziale rivolta al giudice che in astratto sarebbe competente per lo scioglimento, ancorché in questo caso l'effetto in sé dello scioglimento si sia già prodotto automaticamente in forza della sentenza di rettificazione¹².

Si è già osservato che il comma 26 della legge n. 76/2016, come non contiene alcun rimando alla legge div. (lacuna colmabile nei termini appena visti), neanche fa rinvio, però, al codice civile. Potrebbe dunque sorgere il dubbio se la rettificazione determini, oltre allo scioglimento dell'unione, anche gli effetti che il codice civile ricollega allo scioglimento del matrimonio, primo fra tutti lo scioglimento del regime patrimoniale. Salvo quanto si dirà più avanti per il caso in cui le parti dichiarino di voler transitare verso il matrimonio, la risposta deve essere, di massima, positiva e discende dalla circostanza che la norma rilevante a tale fine, ossia l'art. 191 cod. civ.¹³, deve intendersi implicitamente contenuta nel rinvio (espreso, e quindi rispettoso di quanto il comma 20 della legge n. 76/2016 richiede per l'applicabilità delle norme del codice civile) che il comma 13 compie al regime legale della comunione dei beni tra coniugi¹⁴.

¹¹ Sugli argomenti a fondamento di questa conclusione v. C.P. GUARINI, *Vicende estintivo-costitutive di “matrimonio” e “unione civile” a seguito di rettificazione anagrafica di sesso*, in *Unioni civili e convivenze di fatto*, L. 20 maggio 2016, n. 76, a cura di M. Gorgoni, Santarcangelo di Romagna, 2016, 139.

¹² Tale soluzione, che potrebbe apparire preclusa dal mancato rinvio, nel comma 26, all'art. 3, n. 2, lett. g, legge div. (e a tutta la legge div.), può trovare fondamento nel più generale rinvio che il comma 25, legge n. 76/2016 opera agli artt. 8, 9 e 9-bis legge div. Così anche C. RIMINI, *Art. 1, 26° comma*, in *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, a cura di S. Patti, Zanichelli, Bologna, 2020, 395.

¹³ La quale prevede che la comunione dei beni si scioglie per lo scioglimento del matrimonio.

¹⁴ C. RIMINI, *Art. 1, 26° comma*, cit., 370 s.



3. – Ma torniamo al nodo interpretativo centrale che il comma 26 ha sollevato, ossia quello della distanza esistente tra la disciplina in esso dettata per l'unione civile e quella che il comma immediatamente successivo stabilisce per il matrimonio.

Come si è chiarito, infatti, nell'unione civile la rettificazione di sesso di una delle parti determina esclusivamente lo scioglimento automatico del rapporto, senza residui ulteriori: senza, in particolare, che si contempi alcuna possibilità per le parti di continuazione del rapporto di coppia in altra forma.

A seguito dello scioglimento dell'unione civile, nessuno ostacolo impedisce alle parti di unirsi in matrimonio: esse hanno infatti riacquisito lo stato libero con il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione, e, allo stesso tempo, sempre a seguito della rettificazione, soddisfano ormai anche il requisito inderogabilmente previsto per il matrimonio dell'alterità di sesso. Un eventuale successivo matrimonio interverrà, però, quando il precedente rapporto si è ormai definitivamente interrotto, e non potrà quindi mai sanare con effetto retroattivo la soluzione di continuità prodottasi rispetto al pregresso vincolo di unione civile.

Ciò, come si è anticipato, si pone in netta contrapposizione rispetto alla soluzione che il comma 27 adotta per il matrimonio, rispetto al quale si consente ai coniugi di continuare il rapporto di coppia nella diversa forma dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, prevedendosi altresì che questa si instauri *in via automatica* alla sola condizione che le parti manifestino, con una dichiarazione resa congiuntamente dinnanzi al giudice in udienza, la volontà “di non sciogliere il matrimonio”: formulazione in negativo, questa, che, in sede di attuazione della delega, è stata poi sciolta in positivo, avendosi avuto cura di precisare, non senza una buona dose di libertà nella traduzione, che i coniugi devono manifestare al giudice la volontà “di costituire l'unione civile” (art. 31, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 150/2011, come introdotto dal d.lgs. n. 5/2017 in attuazione della legge n. 76/2016)¹⁵.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge del 2016, chi scrive ebbe modo, insieme ad altri¹⁶, di evidenziare l'irragionevolezza della regola di cui al comma 26 e della disparità di trattamento che ne discende rispetto al matrimonio, precisando però che tale diverso trattamento non potesse essere considerato irragionevole, sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza, nella parte in cui la norma omette di prevedere che la rettificazione determini la conversione automatica dell'unione civile in matrimonio¹⁷. Attesa la diversità esistente tra matrimonio e unione civile, e in particolare la

¹⁵ Si è già avuto modo di osservare come questa precisazione abbia alterato il significato della norma primaria, tradendone il senso, posto che «tra la volontà di non sciogliere il matrimonio e quella di costituire una unione civile, vi è un evidente scarto, essendo ben possibile che i coniugi non vogliano sciogliere il matrimonio ma neanche vogliano costituire un'unione civile, trattandosi di istituto simile ma non identico, stanti le diverse conseguenze giuridiche che esso comporta e il diverso riconoscimento sociale di cui gode» (S. TROIANO, *Commi 26-27*, cit., 426).

¹⁶ V., in particolare, C. RIMINI, *Art. 1, 26° comma*, cit., 396 s., che aveva denunciato l'inaccettabile disparità di trattamento insita in questa disciplina. Di trattamento difficilmente giustificabile discorreva anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, a cura di M. Bianca e P. Sirena, VII ed., Giuffrè, Milano, 2023, 345.

¹⁷ Di diverso avviso B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Cedam, Padova, 2016, 160 s., il quale aveva individuato direttamente l'irragionevole disparità di trattamento nella circostanza che non fosse stata prevista per le parti dell'unione civile una facoltà analoga a quella prevista per i coniugi, e quindi, che non fosse stata data rilevanza ad una loro eventuale volontà di non sciogliere l'unione civile al fine di instaurare automaticamente il matrimonio. Di irragionevolezza ha parlato anche A. AMBROSI, *Unioni civili e costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1684. V. anche A. MUSIO, *Unioni civili e questioni di sesso tra orgoglio e pregiudizi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 736, che ha intravisto in tale disparità di trattamento un'ulteriore e poco ragionevole “anomalia di sistema”, frutto di un pregiudizio del legislatore.



minore intensità del vincolo nascente dall'unione civile rispetto a quello matrimoniale¹⁸, l'equiparazione delle due situazioni, con la previsione anche per l'unione civile di una sua conversione automatica nel matrimonio, sarebbe stata, invero, irragionevole. Mentre, infatti, si può giustificare la scelta di convertire il matrimonio in un vincolo di minore intensità e di più ridotta estensione, in quanto tale già compreso nel più ampio contenuto di diritti e di obblighi che caratterizza il matrimonio, la conversione automatica dell'unione civile in un vincolo di intensità *maggiore*¹⁹ non avrebbe trovato una giustificazione razionale²⁰.

Si era nondimeno rilevato come anche per l'unione civile, in quanto formazione sociale di natura familiare²¹ in cui i singoli individui svolgono la propria personalità (art. 2 Cost.), e connotata da una natura solidaristica non dissimile da quella propria del matrimonio (quale comunione spirituale e materiale di vita), si ponesse l'esigenza, costituzionalmente meritevole di protezione, di tutelare i diritti già maturati dagli interessati nel rapporto di coppia e di bilanciare quindi questo interesse con quello a garantire l'esclusività del modello omosessuale dell'istituto (così come, a parti invertite, il comma 27 dell'art. 1, legge n. 76/2016, individua il punto di bilanciamento tra la garanzia del modello eterosessuale del matrimonio e l'interesse dei coniugi alla continuità del rapporto affettivo). Se, per le ragioni dette, tale bilanciamento non poteva essere realizzato prevedendo la conversione automatica dell'unione civile in matrimonio, esso avrebbe però potuto essere perseguito con una modalità diversa, quale quella di prevedere²² un diverso meccanismo di "transizione" *non automatica*, ma comunque *agevolata*, verso il matrimonio, che consentisse agli uniti civilmente, una volta acquisito il requisito della diversità di sesso, di *optare* per il matrimonio, con una nuova manifestazione di volontà, dunque, ma resa all'interno di un procedimento semplificato che non li obbligasse a subire necessariamente lo scioglimento, *medio tempore*, del rapporto precedente.

Da questo punto di vista, si era dunque sostenuto che la norma si potesse prestare ad una valutazione di illegittimità costituzionale²³, nella misura in cui sacrifica irragionevolmente l'interesse delle par-

¹⁸ Resa palese da una molteplicità di scelte normative, prima fra tutte quella che esclude l'obbligo reciproco di fedeltà o quella che ammette lo scioglimento (con domanda giudiziale o con accordo reso dinanzi al Sindaco ovvero raggiunto a seguito di negoziazione assistita) decorsi solo tre mesi dalla dichiarazione, anche unilaterale, di voler sciogliere l'unione.

¹⁹ Secondo A. FIGONE, *Divorzio e scioglimento dell'unione civile*, in *Fam. dir.*, 2021, 67 ss., la diversità di disciplina che oppone il comma 26 al comma 27 «dimostra come, nell'intento del legislatore, l'unione civile rappresenti un vincolo in qualche modo inferiore rispetto al matrimonio, escludendosi la conversione della prima nel secondo, ma non l'opposto». V. anche R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1394 s.

²⁰ Rilevava al riguardo C.P. GUARINI, *op. cit.*, 140, come «l'automatico transito da unione civile a matrimonio determinerebbe *ope legis* la sostituzione di una situazione caratterizzata da un vincolo giuridico "meno intenso" con una in cui il legame giuridico è più stringente. Potrebbe quindi non essere così irragionevole che tale circostanza giustifichi la scelta di differenziare le due "nuove" situazioni che, per quanto simili, appaiono di verso opposto e non propriamente omogenee».

²¹ Sebbene il legislatore abbia tentato di evitare i riferimenti lessicali al concetto di "famiglia" nella trama della legge n. 76/2016, l'unione tra persone dello stesso sesso si presta anch'essa, al pari del matrimonio, ad una qualificazione in termine di unione familiare, soprattutto perché la sostanza del vincolo che nasce dall'unione civile è indiscutibilmente quella di una comunione universale di vita e di affetti, in termini non sostanzialmente dissimili dal matrimonio. V., per tutti, T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 400 s. e G. FERRANDO, *Art. 1, 20° comma*, in *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, a cura di S. Patti, cit., 890 s. In senso contrario v., però, G. DE CRISTOFARO, *Nuovi modelli familiari, matrimonio e unione civile: fine della partita?*, in *Famiglia*, 2019, 134 ss.

²² Come da qualcuno era stata invero proposto: in particolare, C.P. GUARINI, *op. cit.*, 141.

²³ Dubbio sollevato, in particolare, da C.P. GUARINI, *op. cit.*, 141 e rilanciato, tra gli altri, da S. TROIANO, *Commi 26-27*, cit., 419 e C. RIMINI, *Art. 1, 26° comma*, cit., 395.



ti unite civilmente alla continuità del rapporto, creando una ingiustificata “interruzione della preesistente dimensione relazionale”²⁴.

Alcuni autori²⁵ avevano allora formulato l’auspicio di un intervento correttivo affidato al legislatore delegato: un intervento che, in ipotesi, avrebbe potuto essere operato prevedendo che, ove nel corso del giudizio di rettificazione riguardante due persone unite civilmente il giudice avesse accertato la loro volontà di non sciogliere l’unione, l’effetto della rettificazione (conseguente al passaggio in giudicato della sentenza) fosse sospeso fino alla data della celebrazione del matrimonio tra le parti, alla condizione, però, che il matrimonio venisse celebrato entro e non oltre un termine congruo dal predetto passaggio in giudicato (un termine, dunque, che fosse pari al minor termine necessario per legge per la celebrazione del matrimonio)²⁶.

L’auspicio è rimasto però disatteso in quanto il legislatore delegato, come già aveva fatto anche la disciplina provvisoria dettata dal d.P.C.M. 23 luglio 2016, n. 144²⁷, si è disinteressato della questione, con la conseguenza che il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, attuativo della delega in materia di stato civile di cui alla legge n. 76/2016, non ha introdotto alcuna più specifica disposizione al riguardo²⁸, lasciando invariato il già lacunoso dato normativo²⁹.

4. – Il mancato intervento del legislatore delegato ha, dunque, perpetuato il problema, che, probabilmente perché ritenuto non risolvibile per via puramente interpretativa³⁰, è giunto infine, dopo ben otto anni, all’attenzione della Corte costituzionale con la citata pronuncia n. 66/2024.

Per la verità, già nel 2023 la Corte era stata investita dal Tribunale di Lucca³¹ di una censura di legittimità costituzionale del citato comma 26 della legge (insieme anche ad altre disposizioni della medesima) nella parte in cui stabilisce, appunto, che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina l’automatico scioglimento dell’unione civile, senza dare possibilità alle parti di evitare la cessazione del rapporto manifestando la loro volontà di proseguirlo nelle forme del matrimonio. Tut-

²⁴ Così, sempre, C.P. GUARINI, *op. cit.*, 141.

²⁵ In particolare, C.P. GUARINI, *op. cit.*, 141.

²⁶ La soluzione (proposta da C.P. GUARINI, *op. cit.*, 141) non andava esente, tuttavia, da profili problematici, in particolare perché, richiedendo una modifica della disciplina della celebrazione del matrimonio, sembrava esorbitare dai limiti della delega (conferita solo per il “necessario coordinamento”: cfr. comma 28, lett. c, legge n. 76/2016): S. TROIANO, *Commi 26-27*, cit., 419, nt. 22.

²⁷ Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell’archivio dello stato civile, c.d. decreto-ponte.

²⁸ Mentre si è occupato, invece, di regolare in maniera particolareggiata il procedimento, previsto dal comma 27, per la costituzione dell’unione civile a seguito di rettificazione di sesso di persona coniugata. V., sul punto, a S. TROIANO, *Unioni civili e ordinamento dello stato civile dopo il d.lgs. 19 febbraio 2017, n 5 (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2017, 1131.

²⁹ Lacuna sottolineata da L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge – unioni civili, convivenze di fatto e modello matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1771.

³⁰ Ma v., in senso diverso, L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2021, 747, ad avviso del quale un’interpretazione costituzionalmente orientata del comma 26 avrebbe potuto consentire di pervenire a una soluzione ragionevole, senza necessità di un intervento né del legislatore né del giudice delle leggi.

³¹ Trib. Lucca 14 gennaio 2022, in *IUS Famiglie* (<https://www.ius.giuffrefl.it>) 17 maggio 2022 con nota di G. MONTALCINI, *Rettificazione di sesso e mancata conversione in matrimonio dell’unione civile: una questione di legittimità costituzionale*. Per altri commenti v. G.U. RESCIGNO, *Inammissibili le questioni di legittimità costituzionale su cambio di sesso e conversione dell’unione civile in matrimonio*, in *Giur. cost.*, 2022, 2967, e A. SPANGARO, *L’influenza della sentenza di rettificazione di sesso sull’unione civile: la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, co. 26, L. 76/2016*, in *giustiziacivile.com*, 19 aprile 2022, nonché *infra*, sub nota 33.



tavia, in quell'occasione la Consulta aveva respinto la questione con una declaratoria di inammissibilità³² fondata su ragioni eminentemente processuali, ossia sul difetto di rilevanza delle questioni sollevate a motivo della loro mancanza di attualità e di concretezza³³.

La nuova occasione veniva offerta, nel maggio 2023, dal Tribunale di Torino, il quale sollevava nuovamente la questione, invocando sia la violazione dell'art. 2 che dell'art. 3 Cost. Questa volta, re-
cependo nella sostanza quanto già era stato proposto dalla dottrina richiamata nel precedente paragrafo, la censura viene accolta dalla Corte costituzionale soltanto relativamente all'art. 2 Cost., mentre viene respinto, perché infondato, il dubbio sollevato relativamente all'art. 3 Cost., ossia in ordine alla disparità di trattamento che il comma 26 produrrebbe nei confronti dei componenti dell'unione civile rispetto ai coniugi.

L'argomento che viene speso per sostenere l'infondatezza della censura relativa alla violazione del principio di eguaglianza verte sulla distanza, netta ancorché breve, interposta dal legislatore tra i due vincoli (unione civile e coniugio) e i relativi istituti, che hanno, ricorda la Corte, diversa copertura costituzionale³⁴, discipline distinte e solo parzialmente sovrapponibili e fondamenti giuridici non assimilabili: due istituti, dunque, che rappresentano «fenomeni distinti, caratterizzati da differenti panorami normativi»³⁵, e che corrispondono a situazioni caratterizzate da «obiettiva eterogeneità»³⁶. Di qui l'impossibilità di dedurre dalla loro (pur innegabile) affinità «l'impellenza costituzionale di una parità di trattamento».

Il presupposto è, dunque, lo stesso da cui ha preso le mosse il legislatore del 2016 e che viene qui riconfermato nella sua tenuta, ossia quello della distinzione sostanziale tra matrimonio e unione civile, e la loro mutua esclusività, in quanto fonte di un vincolo (si di natura familiare, ma) necessariamente intercorrente tra persone di sesso diverso, il primo, e ineluttabilmente intercorrente tra persone di uguale sesso, la seconda.

5. – La Consulta ha ritenuto invece fondata la censura di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 26, legge n. 76/2016, sollevata in riferimento all'art. 2 Cost. Posta la considerazione dell'unione civile come formazione sociale «connotata da una natura solidaristica non dissimile da quella propria del matrimonio, in quanto comunione spirituale e materiale di vita, ed esplicazione di un diritto fondamentale della persona, quello di vivere liberamente una condizione di coppia, con i connessi diritti e doveri», la mancata previsione di uno strumento che, a seguito della rettificazione di attribuzione di sesso di una delle parti, consenta a queste di conservare la continuità della predetta comunione di vita nel passaggio al matrimonio, determina «un vuoto di tutela», a causa del venir meno – nelle more della

³² Corte cost. 27 dicembre 2022, n. 269, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1, 617 ss.

³³ Argomentazioni reputare non irresistibili, se non pretestuose, da F. AZZARRI, *Rettificazione di sesso e scioglimento im-*
posto dell'unione civile: un'occasione mancata per la Consulta, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1, 610 ss.

³⁴ Mentre infatti il matrimonio, «inteso quale unione tra persone di sesso diverso», è riconducibile, secondo la giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, all'art. 29 Cost. (Corte cost. n. 170/2014, punto 5.2. del Considerato in diritto; e Corte cost. n. 138/2010, punto 9 del Considerato in diritto), l'unione civile trova invece protezione costituzionale nell'art. 2 Cost., in quanto formazione sociale all'interno della quale l'individuo afferma e sviluppa la propria personalità.

³⁵ V. punto 3.1.2. della motivazione.

³⁶ Punto 3.1.4. della motivazione, ove si evidenzia come l'unione civile produca «effetti, pur molto simili, ma non del tutto coincidenti e, in parte, di estensione ridotta rispetto a quelli nascenti dal matrimonio, e ricompresa nel più ampio spettro di diritti ed obblighi da questo originati».



celebrazione del matrimonio – del complessivo regime di diritti e doveri di cui le parti erano titolari in costanza dell'unione civile³⁷.

Questo vuoto di tutela pregiudica, in particolare, «il diritto inviolabile della persona alla propria identità, di cui pure il percorso di sessualità costituisce certa espressione, e comporta un sacrificio integrale del pregresso vissuto», esponendo i componenti della coppia, nel tempo necessario alla sua ricostituzione della coppia secondo nuove forme legali, ad «eventi destinati a precludere in modo irrimediabile la costituzione del nuovo vincolo». Aggiunge la Corte: «L'individuo non deve essere altrimenti posto, in modo drammatico, nella condizione di dover scegliere tra la realizzazione della propria personalità, di cui la perseguita scelta di genere è chiara espressione ed alla quale si accompagna l'automatismo caducatorio del vincolo giuridico già goduto, e la conservazione delle garanzie giuridiche che al pregresso legame si accompagnano, e tanto a detrimento della piena espressione della personalità»³⁸.

Orbene, non potendosi, per le differenze esistenti tra i due vincoli, semplicemente estendere al caso di specie la regola dettata per le coppie unite in matrimonio, omologando le due situazioni, ossia prevedere che l'unione civile possa in forma semplificata tramutarsi in matrimonio mediante la mera manifestazione di volontà delle parti di rimanere legalmente unite resa innanzi al giudice della rettificazione anagrafica (com'è previsto invece dall'art. 31, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 150/2011 per le coppie coniugate), la soluzione deve essere tale da approntare uno strumento di tutela che precluda, negli effetti, l'automatismo solutorio dell'unione.

Con indubbia creatività, questo strumento viene dalla Corte individuato, in via additiva, nella sospensione degli effetti derivanti dallo scioglimento del vincolo³⁹ per il tempo necessario a che le parti dell'unione civile, che abbiano congiuntamente manifestato una siffatta volontà davanti al giudice della rettificazione anagrafica entro l'udienza di precisazione delle conclusioni, celebrino il matrimonio⁴⁰, e, più in particolare, per il termine di centottanta giorni a far data dalle pubblicazioni fissato dall'art. 99, comma 2, cod. civ. per la celebrazione del matrimonio. Detto termine, secondo la soluzione proposta dalla Corte, deve intendersi, però, decorrere, nel caso in esame, non dalle pubblicazioni, bensì dal passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso, che resta sospesa nel suo decorso limitatamente all'effetto dell'automatismo solutorio del vincolo⁴¹.

Più precisamente, a detta della Corte, qualora l'attore e l'altra parte dell'unione rappresentino personalmente e congiuntamente al giudice, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, l'intenzione di contrarre matrimonio, il giudice dovrà disporre la sospensione degli effetti derivanti dallo scioglimento del vincolo fino alla celebrazione del matrimonio e comunque non oltre il termine di cen-

³⁷ V. punto 4. della motivazione.

³⁸ Punto 4.3. della motivazione.

³⁹ La sospensione riguarda solo l'effetto della sentenza di rettificazione consistente nello scioglimento dell'unione civile, rimanendo impregiudicato, ed immediatamente operante, ogni altro effetto ad essa ricollegato. Ne consegue che, per il tempo della sospensione, si ha un eccezionale prolungamento del rapporto di unione civile ancorché tra due persone di sesso differente. V., sul punto, E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la differenza tra il matrimonio e l'unione civile: rapporti distinti che condividono la "sostanza familiare"?*, in *Fam. dir.*, 2025, 117, per il quale, se il matrimonio non viene più celebrato o se viene celebrato dopo i centottanta giorni, lo scioglimento dell'unione civile deve comunque intendersi prodotto *ex tunc*.

⁴⁰ Punto 4.5. della motivazione.

⁴¹ «La sospensione di tale effetto lascia alle parti la facoltà di procedere alla celebrazione del matrimonio, [provvedendo alle richieste pubblicazioni] nel contempo conservando agli uniti civilmente la tutela propria del rapporto già goduto e riconosciuto nell'ordinamento nelle more della celebrazione del matrimonio».



tottanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione⁴². Detta sentenza, con l'acclusa dichiarazione del giudice di sospensione limitatamente agli effetti dello scioglimento del vincolo, dovrà altresì essere annotata a margine dell'atto di matrimonio a cura del competente ufficiale dello stato civile, una volta che questi abbia ricevuta la comunicazione del relativo passaggio in giudicato. Di qui l'illegittimità costituzionale anche dell'art. 70-*octies*, comma 5, d.P.R. n. 396/2000, nella parte in cui non prevede tale obbligo di annotazione⁴³.

È intuitivo che, qualora il matrimonio fosse poi celebrato prima della scadenza del termine anzidetto, lo scioglimento dell'unione civile dovrebbe intendersi decorrere già dalla data della celebrazione⁴⁴.

6. – La soluzione escogitata dalla Corte costituzionale appare, nell'insieme, e al netto di alcune forzature, rispettosa della corretta impostazione del rapporto tra gli istituti dell'unione civile e del matrimonio che è, ancora oggi, possibile ricavare dal complesso quadro normativo che governa questa materia.

Esso è, in particolare, conforme alla scelta legislativa di fondo tesa a mantenere una certa, sia pure contenuta, distanza tra i due istituti, una distanza che si risolve, in definitiva, nell'attribuzione all'unione civile di effetti di minore intensità e soprattutto, occorre aggiungere, meno invasivi della sfera di libertà di ciascuno degli uniti civilmente.

In contrario, si è messo in dubbio che la soluzione propugnata dalla Corte fosse l'unica costituzionalmente percorribile, osservandosi come le effettive discrepanze sostanziali tra l'unione civile e il matrimonio, che la stessa Consulta in sintesi riepiloga, siano in realtà minime e comunque non costituiscano indici legali sufficientemente forti da rendere costituzionalmente inaccettabile la soluzione opposta, ossia quella della mera estensione all'unione civile della stessa regola prevista per il matrimonio⁴⁵. Alcune di queste sono, peraltro, si osserva ulteriormente, differenze che sono andate attenuandosi nel tempo, com'è vero, in particolare, per quelle riguardanti lo scioglimento del vincolo, dopo che i numerosi interventi di riforma della disciplina del divorzio succedutisi negli ultimi anni hanno semplificato sotto svariati profili il procedimento che può condurre al divorzio, profondamente riducendo la, pur in origine significativa, distanza sul punto⁴⁶ tra matrimonio e unione civile⁴⁷.

Sono tutte osservazioni pertinenti, ma che, a ben vedere, non consentono di ignorare il dato di fondo, ossia che, pur ravvicinandosi sempre più sensibilmente i due paradigmi, il complesso normativo continua ad attribuire all'unione civile caratteri di intensità ed estensione minori, con scelte di differenziazione mirata che non possono ritenersi tutte in blocco discriminatorie, e la cui concreta ragionevolezza si deve piuttosto misurare rispetto alla specifica finalizzazione di ciascuna a valorizzare diritti

⁴² Punto 5. della motivazione.

⁴³ V. Punto 7. della motivazione.

⁴⁴ Così già C.P. GUARINI, *op. cit.*, 141.

⁴⁵ F. AZZARRI, *Il termine finale di efficacia dell'unione civile ecc.*, cit., 1116 s. V. anche G. MINGARDO, *op. cit.*, 80 e I. PI-STOLESI, *op. cit.*, 110, che critica l'effetto paradossale della sentenza, ossia quello di introdurre una nuova disuguaglianza nel rimuoverne una precedente.

⁴⁶ Come l'assenza, nell'unione civile, dell'istituto della separazione personale, e la previsione di una modalità di scioglimento su iniziativa unilaterale di una sola parte, sulle quali v. S. TROIANO, *Commi 22-24*, cit., 369.

⁴⁷ Il riferimento è non solo alla drastica riduzione dei tempi che devono oggi intercorrere tra separazione e divorzio, nonché alle varie forme di divorzio semplificato su base consensuale che sono state introdotte, ma anche, se non soprattutto, alla ormai (a seguito del d.lgs. n. 149/2022) ammessa possibilità di cumulo delle domande di separazione e divorzio (v. Cass. 16 ottobre 2023, n. 28727).



o libertà fondamentali degli uniti civilmente⁴⁸. È il caso, ad esempio, della mancata previsione dell'obbligo di fedeltà, la quale, come è stato ben detto, ha «una rilevante ragione giustificativa nel rispetto della libertà sessuale e personale dell'unito civilmente»⁴⁹. O, ancora, la differenza relativa alla facoltà di risoluzione del vincolo per volontà unilaterale dell'unito civilmente (art. 1, comma 22), la quale «esprime la scelta della nuova legge di rispettare la libertà personale degli uniti civilmente», non potendo un rapporto in cui si realizza la vita intima della persona essere coattivamente mantenuto contro la sua volontà⁵⁰.

Altre differenze possono risultare invero, assai meno giustificabili (ad es. quella relativa alla mancata previsione del legame di affinità) e potrebbero essere sospettate di incostituzionalità, ma ciò non toglie che quelle menzionate, ed altre ancora⁵¹, siano per contro differenze che rispondono a legittime scelte legislative⁵², sino ad oggi ritenute sempre coerenti con il sistema costituzionale, ed anzi di esso fedelmente attuative⁵³, e di cui l'interprete deve quindi tenere conto⁵⁴.

Non sembra dunque possibile ritenere che tutte queste siano differenze discriminatorie, e che dunque sia la stessa scelta di distinguere tra i due istituti a dover essere messa in discussione⁵⁵. Né, aggiungiamo, si può argomentare in tal senso facendo leva sulla progressiva diffusione del paradigma del matrimonio omosessuale in una parte sempre più significativa del panorama europeo ed, anzi,

⁴⁸ Come scrive C.M. BIANCA, *Comma 1*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, cit., 3, la disciplina normativa dell'unione civile può essere «divergente rispetto a quella matrimoniale senza che perciò stesso se ne ravvisi un profilo di incostituzionalità», a condizione che essa, come hanno avvertito Corte EDU e Corte costituzionale, «tuteli i diritti fondamentali e la vita familiare delle parti», dovendo la legittimità costituzionale essere verificata «con riguardo alle singole norme e ... esclusa quando la mancanza di una rilevante ragione giustificativa ne comporti la irragionevolezza di carattere discriminatorio». Sulle differenze di disciplina tra i diversi istituti v. anche E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 907 ss.

⁴⁹ C.M. BIANCA, *Comma 1*, cit., 4: «Trattandosi di una libertà fondamentale della persona la sua maggiore tutela rispetto a quella riconosciuta ai coniugi non presenta carattere discriminatorio».

⁵⁰ Sempre C.M. BIANCA, *Comma 1*, cit., 5.

⁵¹ Sull'omessa estensione della disciplina dell'adozione piena v. T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2022, 13.

⁵² Per T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, cit., 13, tali differenze trovano fondamento «nell'intento del legislatore di salvaguardare la centralità del vincolo matrimoniale e la tutela privilegiata della famiglia legittima, sul presupposto che altrimenti risulterebbe violato il dettato dell'art. 29 Cost.». Per R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, cit., 1392, la differenziazione si fonda sulla «valenza collettiva e solidaristica» del contenuto del matrimonio, «consistente essenzialmente in un impegno riferito ai bisogni del gruppo familiare e non del singolo componente della coppia».

⁵³ V. le già ricordate pronunce della Corte cost. n. 138/2010 e n. 170/2014.

⁵⁴ V. T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, cit., 30, che ricorda come la Corte cost. abbia affermato che la soluzione normativa trova fondamento nella nozione di matrimonio fatta propria, all'epoca, dal costituente nel contesto dell'art. 29 Cost. e non si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. perché le regole suddette non danno luogo ad un'irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee a quelle fondate sul matrimonio.

⁵⁵ V. invece, in questo senso F. AZZARRI, *Il termine finale di efficacia dell'unione ecc.*, 1119, il quale critica la fondatezza della interpretazione originalista dell'art. 29 C., che la pronuncia del 2024 invece implicitamente conferma, «la quale poggia sull'idea che la norma costituzionale abbia recepito il paradigma civilistico del matrimonio vigente al tempo in cui la Carta è stata scritta». Critica, da diversa prospettiva, la scelta del legislatore del 2016 anche E. GIACOBBE, *Rettificazione di attribuzione di sesso e scioglimento dell'unione civile ecc.*, cit., 990 s., per la quale, diversamente dalla disparità in tema di filiazione, le differenze di regolamentazione relative al rapporto personale di coppia rappresentano «una ingiustificata disparità di trattamento tra legami affettivi del tutto equipollenti», quando sarebbe invece «auspicabile che il diritto non si occupasse degli affetti, ove liberamente nutriti tra soggetti adulti e consenzienti». Piuttosto, preso atto anche del crescente «affievolimento» del vincolo coniugale, la soluzione «più franca e leale, e certamente maggiormente in linea con l'art. 3 cost.» sarebbe quella di «equiparare ... differenziando solo ove gli interessi coinvolti siano quelli dei figli, e non già differenziare equiparando».



mondiale, posto che, come riconosciuto dalla Corte EDU⁵⁶, ciò non toglie che si tratti pur sempre di una scelta discrezionale di ciascuno Stato⁵⁷, ancorché minoritaria.

Se dunque, come pare preferibile, si rimane fermi sul presupposto che una distanza obiettiva sussiste ed è (di massima) legittima, non costituendo una ingiustificata disparità di trattamento, è, allora, ragionevole convincersi della ragionevolezza della persistente differenza – che la Corte costituzionale ha preservato – tra costituzione “semplificata” dell’unione civile (vincolo più tenue) con dichiarazione resa di fronte al giudice della rettificazione e costituzione “aggravata” del matrimonio (vincolo più intenso), mediante un separato e successivo atto celebrativo.

In ogni caso, questa soluzione differenziata fornisce alle parti dell’unione civile uno strumento che, sia pure non identico a quello a disposizione dei coniugi nella stessa ipotesi e più disagiata, è comunque capace di tutelare in pari modo il loro, senz’altro meritevole, interesse a rimanere vincolati ad un rapporto familiare funzionalmente equipollente a quello precedente senza soluzione di continuità (salvo quanto tra poco si dirà).

7. – Vi è, tuttavia, ancora un nodo da sciogliere, che non sembra essere stato affrontato dalla Corte.

La soluzione individuata dalla Consulta è stata apprezzata perché particolarmente ingegnosa sul piano pratico-applicativo, in quanto consente, come si è detto, di dare continuità alla comunità familiare, evitando, attraverso il congegno della sospensione degli effetti dello scioglimento fino alla costituzione del matrimonio (e al costo quindi di accettare una sia pur temporanea e condizionata unione civile “eterosessuale”), la cesura netta del rapporto, con un congegno funzionalmente equipollente a quello previsto, nella stessa ipotesi, ai coniugi.

L’affermazione, però, è solo parzialmente vera, perché, com’è stato acutamente osservato da alcuni commentatori⁵⁸, neanche la soluzione approntata dal combinato disposto del comma 27 e dell’art. 31, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 150/2011 per il matrimonio, per la verità garantisce *a tutti gli effetti* la continuità del rapporto.

La regola, per come precisata in sede di attuazione, è, infatti, nel senso che i coniugi che vogliono continuare il rapporto nelle forme dell’unione civile devono “costituire” l’unione civile, dichiarando – sia pure in forma semplificata e in sede giudiziale – la volontà di creare, dunque, un rapporto “nuovo”. Sembra realizzarsi, allora, una vicenda propriamente novativa⁵⁹, come parrebbe confermato dalla du-

⁵⁶ V. Corte EDU 24 giugno 2010, *Schalk Kopf c. Austria*, con un principio che è stato poi ribadito anche da Corte europea dei diritti dell’uomo, 14 dicembre 2017, *Orlandi e Altri c. Italy*. È un quadro, però, occorre precisarlo, basato sull’interpretazione di norme di principio affatto generali (quelle contenute negli artt. 8 e 14 CEDU) e che ben potrebbe mutare: in questo senso va accolto il monito di S. PATTI, *La famiglia: dall’isola all’arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 521, il quale, muovendo dal rilievo che «sia il linguaggio e l’insieme delle fonti internazionali che quello delle Corti sovranazionali non discrimina tra varie forme di famiglia», osserva come anche per questo motivo queste distinzioni dovrebbero, in ultima analisi, «scompare nel linguaggio del legislatore». Prefigura questo esito, pur non condividendolo, anche G. DE CRISTOFARO, *Nuovi modelli familiari, matrimonio e unione civile ecc.*, cit., 151.

⁵⁷ C.M. BIANCA, *Comma 1*, cit., 3, nt. 7: «Per volontà del Parlamento l’Italia ha tuttavia fatto la propria scelta. Si tratta di una scelta che rientra nell’ambito di discrezionalità degli Stati membri espressamente riconosciuto dalla CEDU e rispondente alla raccomandazione della nostra Corte costituzionale. Appare quindi arbitrario contestarne la legittimità costituzionale».

⁵⁸ In particolare, C. RIMINI, *Art. 1, 27° comma*, in *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, a cura di S. Patti, cit., 407. Il punto è condiviso da E. GIACOBBE, *Rettificazione di attribuzione di sesso e scioglimento dell’unione civile ecc.*, cit., 988.

⁵⁹ Reputa, però, meramente descrittivo il riferimento alla novazione E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la differenza tra il matrimonio e l’unione civile ecc.*, cit., 11, nt. 9.



plice circostanza che le parti sono ammesse a rendere in tale atto anche le eventuali dichiarazioni riguardanti il regime patrimoniale (il che parrebbe presupporre che il precedente regime si sia estinto) e che il tribunale ordini all'ufficiale dello stato civile di iscrivere l'unione nei registri dello stato civile e non invece di annotare, a margine dell'atto di matrimonio, il suo mutamento in unione civile⁶⁰. Il predetto comma 4-*bis* va, d'altronde, letto congiuntamente al successivo comma 6, a cui non apporta deroghe e che, come detto, ricollega alla sentenza di rettificazione l'effetto dello scioglimento del matrimonio, l'estinzione, quindi, del rapporto.

Se ciò è vero, la garanzia che questa regola offre alle parti è dunque quella non già di evitare la cesura del rapporto, che comunque c'è, ma di assicurare che tra l'estinzione del rapporto precedente e la costituzione di quello nuovo vi sia perfetta consecutività, che non vi siano, cioè, intervalli di tempo in mezzo⁶¹. Il che, detto in parole povere, protegge le parti da un unico rischio, quello di dover subire, nelle more della costituzione del nuovo rapporto, le conseguenze dell'eventuale decesso dell'altro componente (con conseguente sua esclusione dalla successione, legittima o necessaria, di questi e dai diritti previdenziali) o quelle della eventuale costituzione di un diverso vincolo con un terzo⁶². Il carattere novativo della vicenda di transizione non impedisce, invece, alle parti di subire le conseguenze dello scioglimento del regime patrimoniale: e così, ove esse fossero in regime di comunione dei beni, si applicherebbe in ogni caso l'art. 191 cod. civ. (attivandosi il regime dei rimborsi e delle restituzioni di cui al successivo art. 192 cod. civ. e, più in generale, il procedimento diretto alla divisione della massa comune) e potrebbero sì "ripristinare" tale regime in sede di costituzione del nuovo rapporto (unione civile o matrimonio che sia), ma con un oggetto che non sarebbe più coincidente⁶³.

Il problema, tuttavia, non è di poco conto, in quanto la sua esistenza sottopone la coppia a conseguenze gravose e certamente indesiderabili, che, pur essendo di natura patrimoniale, sono comunque in grado di incidere sulla scelta personalissima delle parti, non potendosi di certo escludere che esse possano costituire una remora, per il singolo componente della coppia, a sottoporsi al procedimento per la rettificazione.

È certo, però che, se avesse voluto dare peso a questo ordine di problemi, la Consulta avrebbe dovuto accedere ad una soluzione diversa da quella individuata. Non avrebbe potuto, infatti, limitarsi a sindacare la ragionevolezza della regola di "scioglimento mero del rapporto senza residui" contemplata nel comma 26, per allinearla in via di interpretazione additiva a quella disposta dal comma 27 per le coppie coniugate, ma avrebbe, più in radice, dovuto vagliare la legittimità costituzionale della stessa previsione di scioglimento "novativo" prevista nel comma 27 (come precisata e integrata dall'art. 31, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 150/2011), per affermarla o, all'opposto, per evitarla, proponendone un'interpretazione correttiva.

⁶⁰ C. RIMINI, *Art. 1, 27° comma*, cit., 407. Nello stesso senso E. GIACOBBE, *Rettificazione di attribuzione di sesso e scioglimento dell'unione civile ecc.*, cit., 988.

⁶¹ Rileva M. GATTUSO, *Scioglimento dell'unione*, in G. BUFFONE-M. GATTUSO-M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017, 381 che «un vincolo cessa e l'altro si instaura in modo assolutamente contestuale».

⁶² Per E. GIACOBBE, *Rettificazione di attribuzione di sesso e scioglimento dell'unione civile ecc.*, cit., 988, la tutela si arresta «alle conseguenze di un subitaneo decesso dell'altra parte al momento del passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di sesso, ed alla eventuale volontà di contrarre un nuovo vincolo con un soggetto terzo, che viene paralizzata proprio dall'automaticità della instaurazione della unione civile».

⁶³ La nuova comunione comprenderebbe infatti solo i nuovi acquisti, non quelli che erano comuni nel vigore del precedente regime di comunione, i quali, a seguito dello scioglimento, sarebbero al più, se non ancora divisi, da considerare in comunione ordinaria e quindi, ai fini del nuovo regime, beni personali *ex art. 179, lett. a, cod. civ.*



Si tratta, allora, forse, di un'occasione perduta, perché, se avesse affrontato di petto la questione, la Corte avrebbe potuto anche chiarire, per l'appunto, qual è la reale portata novativa della vicenda estintivo-costitutiva declinata nelle norme in questione.

Non è, infatti, da escludere che, in via di interpretazione costituzionalmente conforme⁶⁴, il citato combinato disposto del comma 27 e dell'art. 31, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 150/2011 potesse – e tuttora possa – essere letto nel senso che esso non comporta *tutte* le conseguenze proprie dello scioglimento del matrimonio (o dell'unione civile, nel caso di cui al comma 26), ma solo *alcune*, e che, in particolare, esso non determina lo scioglimento della comunione o del diverso regime patrimoniale vigente tra le parti⁶⁵. Solo una tale interpretazione consente infatti, di rimuovere anche questa – non meno irragionevole e rilevante – compressione indiretta del diritto dei coniugi/uniti civilmente allo sviluppo della propria personalità⁶⁶.

Alla luce di queste considerazioni, la pronuncia n. 66/2024 non sembra dunque ancora in grado di porre la parola “fine” a questo importante capitolo, e lascia ancora spazio per futuri ripensamenti.

⁶⁴ Nonché in linea con quanto deciso della stessa Corte nella sent. n. 170/2014, lì dove richiedeva di “tenere in vita” il rapporto.

⁶⁵ Che l'estinzione di un rapporto giuridico non debba per forza comportare l'estinzione di tutte le relazioni giuridiche che dallo stesso dipendono è confermato, nel contesto della disciplina della novazione dell'obbligazione, dalla possibilità, che l'art. 1232 cod. civ. riconosce alle parti dell'obbligazione novata, di convenire nel senso di mantenere per il nuovo credito le garanzie (privilegi, pegno e ipoteche) che lo assistevano.

⁶⁶ A questo stesso risultato giunge anche E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la differenza tra il matrimonio e l'unione civile ecc.*, cit., 119, proponendo un'interpretazione non rigorosamente formalistica dell'art. 191 cod. civ., da ritenersi inapplicabile quando gli uniti civilmente (o i coniugi, nel caso speculare) manifestino la volontà di continuare il rapporto nella forma del matrimonio (o, rispettivamente, dell'unione civile).



MARCO MARTINO

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Bologna

DESTINAZIONE ALLO SCOPO EX ART. 2645-TER COD. CIV. E TRUST «INTERNO». QUALCHE INTERROGATIVO A VALLE DI UN RECENTE ARRESTO*

SOMMARIO: 1. Vecchie questioni e un arresto: l'art. 2645-ter cod. civ. tipizza il trust interno? – 2. L'atto di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. [...] – 3. e il trust: assimilazione? – 4. In coda: la meritevolezza dell'interesse: "trasmissioni" dal 2645-ter al trust?

1. – È ormai risalente, e forse stanca, la discussione circa l'ammissibilità nel nostro ordinamento del *trust* c.d. «interno»¹. Tale è quel *trust* in cui gli elementi essenziali – disponente, *trustee*, beneficiari, beni in *trust* – sono legati all'ordinamento italiano, mentre la legge applicabile è quella straniera, scelta dalle parti, e anche di uno Stato non contraente, a patto che questa conosca il *trust*. Nel tempo si sono avvicendate voci estremamente favorevoli, opinioni totalmente scettiche e approcci più sorvegliatamente protesi a valutare, con rigore e senza concedersi a facili entusiasmi, l'impatto di una possibile «breccia» creatasi nel nostro sistema di organizzazione dei diritti patrimoniali². Il tema, in estrema sintesi, è se esistano elementi sufficienti al fine di ritenere superabili alcuni limiti di carattere inderogabile dell'ordinamento positivo italiano, ostativi proprio rispetto ai due soli obblighi che la Convenzione si ritiene imponga ai sistemi "non *trust*" degli stati contraenti (riconoscere la separazione del *trust fund* e consentire la trascrizione della qualifica di *trustee*³). Chi manifesta dubbi fa presente

* Il contributo è destinato agli Studi in onore del Prof. Michele Sesta.

¹ Segnatamente, e con sfaccettature diverse, la discussione verte in primo luogo circa la possibilità che la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, ratificata per effetto della legge 16 ottobre 1989, n. 364 detti altresì regole di diritto sostanziale uniforme; l'attenzione è rivolta agli artt. 2, 11 e 13, per il peso sistematico da attribuirsi alla riserva in esso contenuta. Cfr. A. GAMBARO, voce *Trust*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 464 ss. e *ivi* le note al testo. Per un inquadramento della questione, che invero pare ormai superata definitivamente da una copiosa giurisprudenza (anche se ancora poco attenta nel decifrare adeguatamente i tratti caratteristici dell'istituto, e a volte ferma su raffigurazioni dei suoi gangli fondamentali stereotipate, e ormai vetuste): P. MANES, voce *Trust interni*, *ivi*, VIII agg., Torino, 2013, 769 ss.; GAMBARO, voce *Trust*, *cit.*, 449 ss. e, in particolare, 460 ss. e 464 ss.; GRAZIADEI, *Trusts nel diritto anglo-americano*, *ivi*, XVI, Utet, Torino, 1999, 256 ss. più di recente, per un bilancio, M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, IV ed., Cedam, Padova, 2020, 265 ss., nonché ID., *I Trust nel diritto civile*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Utet, Torino, 2004 (ma v. altresì ID., *Trusts*, Giuffrè, Milano, 2001; ID., voce *Trusts*, I, *Profili generali e diritto straniero* e II, *Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1994, *ad vocem.*; si v. anche L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, II ed., ES, Napoli, 1-71.

² GAMBARO, *op. cit.*, 467.

³ Cfr. Conv. Aja 1 luglio 1985, artt. 2, 11 e 12; GAMBARO, *op. cit.*, 465.



che effetti segregativi ricondotti a siffatta figura non potrebbero, in ragione della sola portata precettiva propria della Convenzione, realizzarsi in virtù di un atto di autonomia, stante la formulazione della riserva di legge dell'art. 2740, comma 2, cod. civ.; inoltre, che da essa sola non potrebbe utilmente conseguire l'opponibilità dei predetti effetti mediante trascrizione, stante la rigorosa tipicità che governa gli istituti pubblicitari⁴.

La questione è stata rinverdata da una non risalente pronuncia⁵, in cui la S.C. ha ritenuto che in virtù dell'art. 2645-ter cod. civ. – disposizione che, come è noto, ha introdotto nell'ordinamento italiano una peculiare ipotesi di destinazione di beni a uno scopo, trascrivibile al sussistere dei presupposti ivi indicati e con effetti del pari delimitati dal legislatore – sia senz'altro possibile «*offrire copertura normativa al trust interno, il cui unico limite è che con lo stesso si miri a realizzare interessi leciti, in quanto non vietati da norme imperative di diritto nazionale*»; e ciò in quanto «*l'atto di destinazione presenta notevoli tratti comuni con il trust di diritto anglosassone*».

Sia chiaro: non è nuova la questione dei rapporti esistenti tra l'istituto codicistico menzionato e il *trust*. La tesi, in dottrina, è già stata formulata e, a onor del vero, anche autorevolmente contrastata⁶ con argomenti piuttosto seri che negano, in via preliminare, proprio l'asserita comunanza di tratti tra destinazione dei beni e *trust*⁷.

La giustapposizione del negozio di destinazione al *trust* offre comunque occasione di riflettere – al di là della soluzione e, in fondo, dello stesso tema specifico che essa presuppone – sulla possibilità che l'introduzione della disciplina di cui all'art. 2645-ter cod. civ. abbia determinato un nuovo assetto di carattere sistematico (peraltro in un panorama ordinamentale in cui l'altro corno della questione, il *trust*, non contribuisce certo a garantire almeno *prima facie* una coerenza indiscutibile sul fronte del sistema interno), in cui le valutazioni di principio che sottendono alle scelte legislative si pongano come riferimento necessario ed eminente di un approccio razionale (quantunque assiologico e non unicamente logico-formale), unitario e coordinato alla *Rechtsfortbildung* delle corti⁸.

⁴ V. in tal senso almeno GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile ecc.*, in *Riv. not.*, 2001, 11 ss.; ID., *In Italia tutto è permesso ecc.*, ivi, 2001, 1247 ss.; ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo ecc.*, ivi, 2002, 1107 ss.; CASTRONOVO, *Il trust e «sostiene Lupoi»*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 449 s.; ID., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1326 ss. V., inoltre, G. OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, Utet, Torino, 2014, 147 ss.

⁵ Cass., ord. 24 febbraio 2022, n. 6146, in *De Jure*; e v. altresì, sempre sul presupposto dell'esistenza di analogie, Cass. 15 novembre 2019, n. 29727 («L'atto di costituzione del vincolo sui propri beni ai sensi dell'art. 2645-ter c.c., benché non determini il trasferimento della loro proprietà né la costituzione su di essi di diritti reali in senso proprio, è comunque idoneo a sottrarre i beni vincolati all'azione esecutiva dei creditori, ha effetti connotati dal carattere della "realità" in senso ampio, essendo oggetto di trascrizione, ed è conseguentemente idoneo a pregiudicare le ragioni creditorie, come nelle analoghe (anche se non identiche) situazioni della costituzione del fondo patrimoniale e della costituzione e dotazione di beni in "trust"»).

⁶ V. M. LUPOI, *Trust e vincoli di destinazione: qualcosa in comune?*, in *Trust att. fid.*, 2019, 237 ss. e in particolare 239 ss.; ID., *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts att. fid.*, 2006, 169 ss.

⁷ V. per esempio GRAZIADEI, *La proprietà fiduciaria, la proprietà nell'interesse altrui, e i Trusts. Un itinerario*, in *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, a cura di Guerrieri-Luchetti-M.A. Lupoi-P. Manes-M. Martino-T. Tassani, BUP, Bologna, 2022, 51; F. GIGLIOTTI, *Trust interno e atto di destinazione*, in *Giust. civ.*, 2016, 743 ss., in part. 748 ss.; G. PETRELLI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, in *Riv. not.*, 2020, 1091; ID., *Trust interno, art. 2645 ter c.c. e «trust italiano»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 167 ss.; G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, 351 ss.

⁸ Il riferimento è ovviamente a C-W. CANARIS, *Systemdenken un Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, trad. it. *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza – sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ESI, Napoli, 2009, in part. 22 ss. e 44 ss.



La vicenda, se adeguatamente colta, mostra infatti come l'assimilazione proposta dalla Cassazione – che, ritengo doveroso anticiparlo, a parer mio va senz'altro negata – sulla scorta di asseriti «*tratti comuni*» ai due istituti (dunque: sul presupposto di una analogia, invero apoditticamente affermata, tra caratteri strutturali e regole) conduce all'affermazione di un dato assetto teleologico di fondo – sul piano della meritevolezza delle scelte dell'autonomia – e normativo, giusta il quale la liceità dell'interesse sarebbe unico e sufficiente presupposto per il pieno operare non soltanto delle (limitate) forme di separazione previste nel primo dei due istituti, ma altresì per il ben più ampio plesso di regole, invero peculiarissime, che caratterizza il secondo, quantunque potenzialmente confliggenti con previsioni imperative.

Beninteso, destinazione allo scopo *ex art. 2645-ter* cod. civ. e *trust* possiedono un sostrato comune, che si potrebbe a grandi linee individuare nel concetto di destinazione⁹: condividono anche, almeno a un primo esame, alcuni profili strutturali dell'atto e una indubbia potenziale idoneità a realizzare scopi empirici identici (soprattutto nell'ambito dei rapporti di tipo familiare e di gestione della ricchezza familiare attraverso le generazioni, anche con finalità di protezione). Ciò, però, non è sufficiente a suffragarne l'assimilazione.

La questione problematica – niente affatto nuova – è se nel negozio di destinazione sia possibile individuare una vicenda *più che* obbligatoria e affermare, dunque, che il «vincolo di destinazione» reso opponibile mediante la trascrizione implichi un effetto di carattere reale sui beni destinati, alla stregua della costituzione di una *servitus* o di una *obligatio propter rem*, ovvero per concludere, con terminologia evocativa ma forse meno concludente, che essa determini una vicenda conformativa, pur sempre di natura reale, della posizione dominicale facente capo al disponente; e, specularmente, se di un «vincolo sui beni» – senza scomodare categorie domestiche che mal si attagliano alle peculiarità di una figura che va compresa nel coagulo dei principi e delle regole proprie della tradizioni giuridica in cui essa è nata e si è sviluppata, ma cogliendo comunque il senso di una classificazione di massima secondo l'alternativa obbligazione/proprietà – possa parlarsi nel caso del *trust*.

A me pare che la risposta da darsi sia negativa in entrambi i casi.

2. – Il complesso *iter*¹⁰ che ha portato all'introduzione dell'*art. 2645-ter* cod. civ. prendeva in effetti le mosse dalla volontà legislativa, esplicita, di approntare una sorta di alternativa tipizzata al *trust*, sgombrando il campo dalle incertezze che ne minavano il successo e dando la stura alla conclusione di atti finalizzati ad assicurare interessi di sicura rilevanza anche sociale (la sistemazione anche transge-

⁹ Per un rigoroso inquadramento sistematico, successivo e precedente l'introduzione dell'*art. 2645-ter* cod. civ., v., in via di primissima rilevanza (e fatte salve le altre opere in seguito richiamate): G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 525 ss.; M. BIANCA, voce *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. giur.*, Agg., XV, Treccani, Roma, 2007, *ad vocem*; R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 52 ss.; AN. FUSARO, voce *Destinazione (vincoli di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 321 ss. Alle differenze tra fondo patrimoniale, atto di destinazione e *trust* dedica una ampia trattazione S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano, 2011, 465 ss. La destinazione è un fenomeno che sottende anche situazioni giuridiche non rigorosamente riconducibili alla separazione: in alcuni casi appartiene alla sfera dei fatti la circostanza per cui una *res* possa manifestare una funzionalità *destinata* ad altra *res* ovvero a un interesse individuale (la d., è il presupposto, in questi casi, di una considerazione aggregata di una pluralità di entità). Quanto è il soggetto a *destinare*, mediante un atto giuridico, il problema va invece impostato come indicato nel testo, a seguire, e la ricaduta dogmatica è sul piano della dinamica giuridica delle situazioni di appartenenza.

¹⁰ Consta dei progetti di legge del 14 maggio 2003, n. 3972 e 10 novembre 2004, n. 5414 e, di poi, del disegno di legge n. 5736 del 22 marzo 2005 e, infine, del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in legge 23 febbraio 2006, n. 51.



nerazionale di assetti patrimoniali familiari a beneficio di soggetti deboli, ovvero la cura attuale e futura di soggetti personalmente e/o economicamente vulnerabili).

La percezione ancora diffusa dell'incompatibilità del *trust* con il sistema giuridico italiano o, quantomeno, i dubbi non ancora definitivamente sciolti in merito alla sua utilizzabilità senza il rischio di vedere minata la tenuta degli assetti patrimoniali ad esso consegnati, veniva così risolta elaborando un istituto sì "nuovo", ma al contempo in grado di fare appello a una categoria, quella della destinazione allo scopo, già dotata di punti di emersione nel tessuto dell'ordinamento positivo.

Giova ricordare come l'espressione destinazione allo scopo vada tradotta, per assumere significato pregnante, sul piano degli effetti giuridici e coinvolga almeno tre aspetti: le regole di amministrazione, il potere di disposizione, la responsabilità patrimoniale¹¹.

Lo scopo impresso opera quale criterio di specializzazione della responsabilità patrimoniale e quale selettore di classi creditorie. In tal senso si discorre di patrimoni *separati* (in seno al medesimo titolare). Tuttavia, è noto che la questione condivide i predetti profili teorici anche nel caso in cui si abbiano patrimoni *autonomi*¹² (o, giusta più antica dizione, "collettivi", in cui la destinazione allo scopo implica una autonoma considerazione di plurime componenti patrimoniali, che risultano assegnate – conferite – a una soggettività giuridica diversa da quella dei singoli titolari: è il modello del fondo comune associativo), o nel caso in cui le vicende prima evocate siano risolte attraverso il modello (linguistico, in primo luogo) di sintesi della persona giuridica (in cui la specializzazione patrimoniale opera in maniera perfettamente conseguente alla distinzione soggettiva assoluta tra conferente ed ente conferitario¹³).

Orbene, è fondamentale vagliare se e come l'art. 2645-ter cod. civ. abbia restituito l'operare sinergico degli effetti appena menzionati.

Quanto alla specializzazione della responsabilità patrimoniale, si prescrive l'insensibilità¹⁴ del patrimonio alle iniziative dei creditori «residui» del destinante: «i beni conferiti e i loro frutti possono (...) costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo». Trattasi di previsione di segno analogo a quella dettata in materia di fondo patrimoniale (seppur formulata in modo speculare, identificando i creditori non legittimati

¹¹ Non si dice ormai nulla di nuovo quando si osserva che la separazione patrimoniale, intesa come creazione di una pluralità di classi creditorie, mette in discussione la monolitica rappresentazione dogmatica dell'unità del soggetto di diritto. Cfr. almeno R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 149 ss.; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Cedam, Padova, 1975, 106 ss.; U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, ESI, Napoli, 1994, 9 ss.; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Cedam, Padova, 1996, *passim*, nonché EAD., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 197 ss. e, in part., 201 ss.; A. GAMBARO, *Segregazione unità del patrimonio*, in *Trusts att. fid.*, 2000, 156; P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 842 ss.; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, *ivi*, 2002, I, 570 ss.; G. DORIA, *Il patrimonio "finalizzato"*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 485 ss.; A. IANNARELLI, *Brevi note a proposito di "soggetto giuridico" e di "patrimoni separati"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 125 ss.; R. LENZI, *op. cit.*, 55.

¹² Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 292 ss.; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Cedam, Padova, 1996, 189 ss.

¹³ Il riferimento è d'obbligo all'elaborazione di Francesco Galgano (il cui pensiero è ben compendiato in F. GALGANO, voce *Persona giuridica*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 392 ss.)

¹⁴ Termine ritenuto preferibile ad altri (segregazione, separazione) da P. SPADA, nelle *Conclusioni* al volume *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 206, il quale nota opportunamente che la norma lascia aperta la questione speculare della "localizzazione", vale a dire la riserva – perfetta o imperfetta – ai creditori che hanno un titolo collegato alla destinazione a compiere atti esecutivi sul bene destinato.



all'esecuzione sui beni destinati: art. 170 cod. civ.) e di patrimoni destinati ad uno specifico affare nelle s.p.a. (art. 2447-*quinquies*, comma 2, cod. civ.).

Di contro, non si rinviene una disciplina se non generalissima quanto alla gestione¹⁵ («I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione»). La disposizione lascia aperti gli interrogativi circa la sorte dell'atto di amministrazione e di disposizione non compatibili con lo scopo impresso, tanto più che è altrettanto generica la previsione che, sotto il profilo dei rimedi, rimette «a qualsiasi interessato, anche durante la vita del conferente stesso», il potere di agire per la realizzazione degli interessi contemplati dalla norma.

Questi, dunque, gli effetti che caratterizzerebbero il «vincolo di destinazione» reso «opponibile ai terzi» mediante la trascrizione, per rimanere alla lettera del codice.

Fermo quanto sopra, giova ricordare come al fine di descrivere in modo sintetico il profilo funzionale caratterizzante della fattispecie, si sia ritenuto che la rilevanza giuridica della destinazione consterebbe di un vero e proprio «statuto proprietario non predeterminabile *ex ante*» in quanto necessariamente modellato sulla concreta destinazione impressa al patrimonio e riflessa nel programma di attuazione¹⁶. Una «conformazione» negoziale del dominio, al contempo limitata dalle caratteristiche tipicamente impresses dal legislatore (che per esempio esclude, in primo luogo, l'attribuzione diretta del bene al beneficiario ovvero al terzo, con impiego dei frutti per l'attuazione dello scopo di destinazione). Sarebbe così precluso far rientrare nell'alveo della destinazione *ex art. 2645-ter* schemi negoziali già riconducibili alla donazione modale, ovvero alla costituzione di un diritto reale minore o di un diritto personale di godimento, quando dette figure già di per sé rappresentano la sufficiente traduzione della fattispecie concreta.

Quantunque simili soluzioni linguistiche appaiano meritevolmente protese a rendere ragione, in modo sintetico, delle peculiarità della categoria e, soprattutto, di una plasticità cui essa, indubbiamente, aspira al fine di risultare effettivamente in grado di rispondere a interessi poliformi e mutevoli, pare comunque difficile sfuggire all'alternativa di fondo, da cui si sono prese le mosse in questa sede; alternativa per cui detta «conformazione programmatica» della situazione dominicale del disponente non può che concretarsi nel sorgere, in capo al disponente medesimo, di una o più obbligazioni (aventi ad oggetto, in termini generali, la gestione del patrimonio in modo conforme alla destinazione) ovvero di uno o più vincoli di natura reale, tali da determinare in capo ad altri (i beneficiari), specularmente, il sorgere di un diritto in tutto analogo alla (tuttavia inesistente, nel sistema positivo) servitù «personale» (sganciata, cioè, dalla mera utilità del fondo)¹⁷.

Del resto, anche accedendo alla tesi più radicale¹⁸ che nega, a fronte della destinazione in esame, qualsivoglia effetto direttamente attributivo, finanche di un diritto di credito (e non soltanto di un diritto-

¹⁵ Nota che la norma non delinea in termini aperti e chiari in quale misura il beneficiario del vincolo sia anche il destinatario di una attività di gestione, né quale sia l'eventuale statuto di tale attività, GRAZIADEI, *La proprietà fiduciaria, la proprietà nell'interesse altrui, e i Trusts*, cit., 51 s.

¹⁶ V. FEDERICO, *op. cit.*, 577, e ID., *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 622.

¹⁷ La questione è ora adeguatamente compendiata da A. MORACE PINELLI, sub *art. 2645-ter c.c.*, cit., 206 ss. e da D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, cit., 527 ss. e in particolare 530 ss.; v. anche L. BULLO, *Separazioni patrimoniali e trascrizione. Nuove sfide per la pubblicità immobiliare*, Giuffrè, Milano, 2012, cit., 22 ss.

¹⁸ SPADA, *Articolazioni*, cit., 125 («la destinazione non produce di per sé alcun effetto finale»); a conclusione simile pare pervenire anche LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo*, cit., 103, il quale richiama la categoria dell'interesse legittimo alla corretta amministrazione dei beni destinati.



to reale) a favore del beneficiario¹⁹, il problema di individuare i caratteri di detta, a questo punto tanto generale quanto sfuggente²⁰, conformazione strumentale del diritto di proprietà in capo al disponente²¹, rimanda pur sempre al tema di fondo, concernente la natura reale conseguita, mercè la trascrizione dal «vincolo» (alla stregua, sembrerebbe di un onere *servente domino*) che *esprime* il programma destinatorio²².

Il che tuttavia si scontra con la corretta obiezione per cui non è certo l'opponibilità – dato per così dire «esterno», legato alla rilevanza del titolo – ad assicurare di per sé natura reale (di *onere reale*) a ciò che ne sia privo²³, e che resta inevitabilmente, dal punto di vista della struttura, a questo punto, «obbligatorio» (nel che emergerebbe anche l'inconferenza di un eventuale riferimento alle obbligazioni *propter rem*, rispetto alla cui tipicità l'indeterminatezza contenutistica dell'art. 2645-ter cod. civ. appare inidonea a costituire ampliamento del *numerus clausus*)²⁴. Questione per certi versi speculare è quella dell'ammissibilità di una «conformazione proprietaria» (da intendersi tuttavia come sopra precisato, alla stregua di un plesso di facoltà e poteri conformati per il tramite di vincoli di natura obbligatoria, resi opponibili mediante la trascrizione) che si traduca in una mera autodestinazione²⁵. In questo caso, la riferibilità al solo disponente dell'interesse in vista del quale la destinazione è apposta non può

¹⁹ Per la tesi dell'attribuzione al beneficiario in un vero e proprio diritto di credito v. ora, MORACE PINELLI, sub art. 2645-ter c.c., cit., 269 ss. Il beneficiario non sarebbe dunque parificabile agli altri terzi «interessati», fermo restando che l'uno e gli altri parrebbero egualmente titolari di una pretesa azionabile in giudizio volta a imporre l'adempimento, ovvero a inibire la condotta difforme dal parametro di doverosità fissato nel negozio. Ai soli beneficiari, piuttosto, dovrebbe riconoscersi una tutela risarcitoria, stante la riferibilità soltanto a costoro e non ai terzi pur legittimati ad agire, secondo la tesi di cui si discorre, dell'interesse creditorio che fonda la posizione giuridica soggettiva lesa dall'inadempimento.

²⁰ A ben vedere, l'operazione concettuale si risolve nel ritenere che la norma deleghi al proprietario, in forza di una prospettiva assimilata alla *sussidiarietà orizzontale*, il potere di realizzare una funzionalizzazione della proprietà, opponibile ai terzi e risolvendosi in modalità vincolate di godimento e di disposizione, attraverso il riferimento a-tipico alla meritevolezza di tutela (in senso «forte», non meramente «privato» e riferibile al solo disponente) e, dunque, al di fuori di una preventiva tipizzazione causale, con il correttivo – infine – del limite di durata individuato dalla norma al fine di scongiurare una sottrazione del bene dal mercato per un periodo eccessivo. Cfr. D'AMICO, *op. cit.*, 530 ss. e 542 ss.

²¹ Cfr. QUADRI, *op. cit.*, 1719.

²² Cfr. G. PALERMO, *Nemini res sua servit (servitù e vincoli atipici)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 340; prima ancora ID., *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 391 ss., il quale, prima dell'introduzione della disposizione in esame, già prefigurava un potere privato conformativo del diritto di proprietà che, malgrado lo sforzo ricostruttivo, non può condividersi in difetto di tipizzazione legislativa.

²³ Si v., opportunamente, D'AMICO, *op. cit.*, 527; GAZZONI, *op. cit.*, 186.

²⁴ Cfr. ora l'ampia ricostruzione critica di MORACE PINELLI, sub art. 2645-ter c.c., cit., 167 ss.; v. anche CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 241 ss.; MASTROPIETRO, *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, cit., 61; GAZZONI, *op. cit.*, 186 s. e 206 ss.; G. LENER, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1066 ss. e, in part., 1078; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 322 e 325; P. SPADA, *Articolazioni del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2007, 128; PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., 184; G. PALERMO, *I negozi di destinazione nel sistema di diritto positivo*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 91. La rivisitazione del tema del *numerus clausus* è notoriamente al centro del dibattito più generale e attuale in seno alla civilistica, e si accompagna alla progressiva erosione del parallelo principio della generalità della responsabilità patrimoniale. Cfr. U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO-U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, I, Giuffrè, Milano, 2008, 67 ss.; v. anche F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza. Numerus clausus, autonomia privata e diritti sui beni*, Jovene, Napoli, 2015, in particolare le 1-92.

²⁵ Cfr. MORACE PINELLI, sub art. 2645-ter c.c., cit., 274; A. GENTILI, *La destinazione. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 62; U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter*, in *Atti di destinazione e Trust*, a cura di G. Vettori, Cedam, Padova, 2008, 113; U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, Cedam, Padova, 2010, 82.



che comportare che la predetta conformazione in realtà restituisca nulla più che il contenuto delle facoltà e dei poteri già spettanti, di per sé, al proprietario, realizzando tuttavia al contempo la separazione patrimoniale. Da questo punto di vista, la legittimazione diffusa a far rispettare la destinazione, se conferma la correttezza della ricostruzione che esclude il sorgere di diritti reali o di credito in capo al beneficiario, è al contempo dimostrazione indiretta della non riferibilità, in via esclusiva al disponente, della vicenda nel suo complesso.

Scartata dunque l'idea per cui l'opponibilità del vincolo, testualmente prevista dalla norma, possa tradursi (ché questo è, in tutta evidenza, il problema cui si approda), in un acquisto men che pieno del diritto in capo al terzo che si renda acquirente dal disponente del bene «vincolato», per l'esistenza di qualcosa di assimilabile a uno o più diritti reali minori costituiti in capo al beneficiario²⁶, resta che, evidentemente, il disponente assumerebbe – nel proprio interesse ulteriormente “qualificato” dal riferimento alla meritevolezza di tutela degli interessi riferibili ai beneficiari – unicamente obblighi di comportamento e di gestione conforme allo scopo in vista del quale si è operata la destinazione. Il tutto senza che i beneficiari possano dirsi divenuti titolari di diritti reali.

Da detti obblighi deriva un potenziale giudizio di non conformità degli atti di disposizione incompatibili con lo scopo, la cui inefficacia²⁷ sarebbe, giusta la previsione normativa, ciò che in definitiva diviene opponibile anche ai terzi (dunque il terzo che, in ipotesi, dovesse acquistare il bene gravato dal vincolo trascritto, subirebbe gli effetti della declaratoria di inefficacia). In quest'ottica, peraltro, la legittimazione così vasta riconosciuta dalla norma, ad «agire per far valere la realizzazione» degli interessi rilevanti – che richiama un modello concettuale più prossimo a quello dell'interesse legittimo²⁸ – non giustifica la sanzione ancor più grave della nullità dell'atto, posto che, per esempio, in tema di *modus* la regola medesima si accompagna unicamente a profili di responsabilità da inadempimento, o al più a esiti di natura risolutiva rispetto al rapporto avente titolo nella disposizione principale, che confermano la natura meramente obbligatoria del vincolo (artt. 648 e 793 cod. civ.)²⁹. Accanto a regole puntuali, in merito a siffatto problema, sarebbe stato auspicabile vedere emanate regole sulle cause di scioglimento³⁰ (fatta eccezione per il decorso del termine massimo, già menzionato) o sul c.d. abuso di destinazione (rispetto al quale parrebbe doversi far riferimento, a tutela dei creditori danneggiati

²⁶ Interessanti considerazioni in merito alle vicende circolatorie e a eventuali meccanismi sostitutivi (di cui nella disciplina invero non v'è traccia, per la natura invero infungibile dei beni considerati: immobili e mobili soggetti a trascrizione) sono formulate, in termini più generali, da GRAZIADEI, *La proprietà fiduciaria, la proprietà nell'interesse altrui, e i Trusts*, cit., 52 s., anche in ragione di plessi disciplinari in cui i meccanismi fiduciari consentono effettivamente fenomeni di “rotatività” connessi alla natura peculiare dei beni (p.e. in materia di garanzie finanziarie). Si v. invece MORACE PINELLI, sub *art. 2645-ter c.c.*, cit., 216.

²⁷ Cfr. GABRIELLI, *op. cit.*, 329 (nel quadro del raffronto con la disciplina del fondo patrimoniale).

²⁸ In questa direzione, la spiegazione dei fenomeni di destinazione patrimoniale tende ad affrancarsi dal linguaggio proprietario (cui fanno capo i tentativi, poco utili, di descriverne l'essenza alla stregua di una proprietà smembrata, ovvero di una proprietà sostanziale distinta da quella formale) e a tentare di guadagnare coerenza ricostruttiva sul piano unicamente rimediabile (così BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., 205).

²⁹ Il tema della legittimazione a disporre dei beni in fondo, dell'opponibilità conseguente alla trascrizione e più in generale della circolazione è analiticamente esaminato da G. IACCARINO, *La circolazione dei beni oggetto del vincolo di destinazione*, in *Notariato*, 2018, 170 ss., il quale prende in considerazione le figure del fondo patrimoniale e del patrimonio destinato allo specifico affare della s.p.a. anche al fine di desumere – sotto il profilo della redazione dell'atto – elementi di disciplina in grado, anche in via di applicazione analogica, di ricostruire uno statuto di dettaglio. Cfr. anche F. GALLUZZO, *Gli atti di disposizione e di amministrazione dei beni destinati*, in *Contr. impr.*, 2016, 205 ss.

³⁰ Cfr. M. KROGH-A. VALERIANI, *Le vicende estintive e modificative dei vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, Studio n. 357-2012/C del CNN, 96 ss.



dalla segregazione, ai medesimi strumenti di reazione ormai da tempo sondati in tema di fondo patrimoniale: azione revocatoria³¹; simulazione assoluta³²). Ciò, tuttavia non contraddice la soluzione di fondo.

3. – Occorre ora rivolgersi al *trust*: esso non è punto riducibile alla sfera di operatività dei vincoli di destinazione, per il fatto che, come lucidamente evidenziato, «i vincoli di destinazione appartengono al campo giuridico (...) dei diritti sulle cose e più specificamente sulle cose che circolano con l'assistenza di regole di pubblicità», mentre «indiscutibile è che i *trust* appartengano al campo giuridico dei diritti di obbligazione» (con ulteriore differenza quanto al possibile oggetto, che soltanto nel caso del *trust* sono beni anche fungibili)³³. Sono dunque indebiti i tentativi di *reductio* a categorie e concetti estranei alla tradizione giuridica in cui il *trust* (interno) deve comunque essere ricondotto, per l'ineliminabile riferimento alla legge straniera che lo deve caratterizzare.

In definitiva: nel *trust* si è di fronte a un fascio di rapporti obbligatori, di connotazione fiduciaria, che la tradizione giuridica e il contesto giurisdizionale in cui è fiorito (l'*Equity*) ha dotato di una tutela prevalentemente rimediabile, flessibile e reipersecutoria (in quanto modellata sulla *real property*, per ragioni prevalentemente di tipo storico), senza che quest'ultima caratteristica precludesse – realizzando una metamorfosi della stessa *real property* – il riconoscimento ai beneficiari di una tutela sul *valore* rappresentato dal *trust fund*, dando la stura ai meccanismi surrogatori e di *tracing* in cui emerge in maniera eminente la sua efficacia³⁴.

I due istituti qui analizzati, in questa prospettiva, sembrerebbero allora effettivamente avvicinarsi, qualora la destinazione allo scopo di cui all'art. 2645-ter cod. civ. fosse mantenuta nell'alveo della natura obbligatoria del vincolo.

Tuttavia, come anticipato, non ritengo che dalla disposizione di legge (l'art. 2645-ter), che rende opponibili rapporti obbligatori nei termini sopra tratteggiati, possa trarsi fondamento normativo per attribuire il crisma dell'opponibilità ai meccanismi di attuazione delle relazioni fiduciarie (come visto, del pari costituite da rapporti obbligatori) propri e caratterizzanti del *trust*.

Il carattere differenziale che rimane decisivo è proprio quello che concerne la posizione dei beneficiari e, più in genere, la plasticità ed efficacia che il *trust* offre sotto il profilo dei rimedi (plasmati dalle corti di *Equity* avendo a modello meccanismi reipersecutori tratti dal bacino della *real property*), assicurando pienezza di tutela alla posizione dei beneficiari anche in casi – non riconducibili alla fatti-

³¹ V. P. COPPINI, *Azione revocatoria e destinazione patrimoniale, tra autonomia privata negoziale e tutela del credito*, in *Contr. e impr.*, 2021, 131 ss.

³² Alla simulazione assoluta quale rimedio che i creditori potrebbero adottare quale reazione a forme di abuso della destinazione dedica qualche riflessione BULLO, *Separazioni patrimoniali e trascrizione*, cit., 53; M. MALTONI, *Il problema dell'effettività della destinazione*, in *Negozi di destinazione: percorsi ecc.*, cit., 82 ss.

³³ In questi termini LUPOI, *Trust e vincoli di destinazione: qualcosa in comune?*, in *Trusts att. fid.*, 2019, 239 il quale conclude (240) nel senso che «in via generale i *trust* per beneficiari non danno luogo alla costituzione di alcun rapporto con i beni qualificabile quale “vincolo di destinazione” secondo il diritto civile italiano, anzi fanno nascere un rapporto che è il preciso contrario del “vincolo di destinazione” secondo il diritto civile italiano».

³⁴ In quest'ottica, il *trust* che ha fonte in un atto di autonomia appare forse l'ipotesi meno interessante, mentre sono i cc.dd. *constructive trusts* e *resulting trusts* (v. soprattutto LUPOI, *I trust nel diritto civile italiano*, cit., 12 ss.) a dimostrare quale efficacia esso abbia, rispetto agli ordinari schemi fiduciari, nel governare realtà ove, al giurista di *civil law*, l'opposizione fondamentale tra diritti di proprietà e diritti di credito appare dogmaticamente irrinunciabile. Cfr. GAMBARO, *op. cit.*, 454 ss.; v. anche P. MATTHEWS, *La collocazione del trust nel sistema legale: contratto o proprietà?*, in *Trusts att. fid.*, 2004, 523.



specie di cui all'art. 2645-ter cod. civ. – in cui i beni destinati siano per loro natura interessati da fenomeni di tipo surrogatorio (come è nel caso del *tracing* e dei *constructive trusts*), atteso che è il loro valore, e non la loro individualità, a rilevare.

Non è allora possibile muovere da una *carenza di realtà* – mi si passi l'espressione – nei due istituti, riguardati nell'ottica del genere di posizioni giuridiche soggettive il cui sorgere essi comportano, per poi disconoscere come sia proprio sul piano della tutela reipersecutoria che il *trust* aspira a conseguire i propri peculiarissimi risultati; risultati che l'ordinamento attuale non consente, in via generalizzata, di vedere attuati – con opponibilità piena – a fronte di una destinazione allo scopo che, fuoriuscendo dalle ipotesi tipicamente regolate e *diverse* da quella oggi regolata nell'art. 2645-ter cod. civ., non ha guadagnato quell'intensità disciplinare *nemmeno* nel caso dell'art. 2645-ter cod. civ.

Detto altrimenti: non è possibile attribuire al *trust* quella piena cittadinanza sul piano della sua specificità in termini di tutele argomentando da una sua assimilazione a un istituto che – quand'anche come il *trust* attingesse alla sfera dei rapporti obbligatori e non reali – appare dotato di un ben più limitato corredo di opponibilità; detta (ipotetica) assimilazione, in particolare, non può fare della valutazione assiologica sottesa all'art. 2645-ter cod. civ. una valutazione totalizzante e assorbente dal punto di vista sistematico, in guisa da determinare a cascata, quale corollario della "liceità", un riassetto delle regole di dettaglio in maniera da renderle conformi nei due casi fino al punto da attribuire al *trust* «copertura normativa», nei termini usati dalla S.C.

4. – In chiusura tengo a precisare che la tesi giusta la quale, con riferimento all'atto di destinazione dei beni allo scopo, meritevolezza e liceità debbano essere equiparate, seppur autorevolmente sostenuta, non mi convince. La puntualizzazione, beninteso, è doverosa ma non sposta comunque l'asse della valutazione appena compiuta: non ritengo infatti che una meritevolezza rafforzata possa mutare la considerazione circa la «copertura normativa» del *trust* assicurato con il procedimento logico di cui sopra e che, come detto, ritengo fallace.

La portata dell'art. 2645-ter cod. civ. non si misura in termini di innovazione radicale del sistema – in cui già la destinazione era emersa quale costante rinvenibile in una pluralità di specifiche ipotesi³⁵ – sotto il profilo effettuale (segnatamente con riferimento alla specializzazione patrimoniale). Quel che qui conta mettere in luce è piuttosto che, con la novella, si attribuisce un riconoscimento generalizzato della validità ed efficacia di un atto di autonomia privata che, pur per il tramite di quei meccanismi, stentoreamente descritti in termini di opponibilità ai terzi della destinazione medesima, appare contenutisticamente vuoto: una mera struttura, quale è a ben vedere lo stesso «contratto» di cui, dunque, non pare che la figura nuova (quale che sia la sua struttura, stante la norma di raccordo rappresentata dall'art. 1324 cod. civ.) possa costituire, sul piano disciplinare, un mero doppione³⁶.

³⁵ Cfr. M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione*, a cura di M. Bianca, cit., 62; v. anche DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, cit., 113, circa la rilevanza in tal senso della s.r.l. unipersonale e inoltre GAZZONI, *op. cit.*, 184, circa altre ipotesi in cui la destinazione rileva quale fatto (artt. 1062 e 817 cod. civ.) o quale effetto imposto per legge (il caso dei vincoli paesaggisti o forestali). V. anche R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-ter c.c.*, in *Contr. impr.*, 231 s., per il quale la norma assolve a una funzione ermeneutica in senso retrospettivo: il legislatore avrebbe trascurato per tale motivo di disciplinare i requisiti dell'atto, trattandosi di figura già ammessa nell'ordinamento, concentrandosi sugli effetti, di contro avvolti da incertezze e destinati a incedere su consolidati principi (il numero chiuso e la responsabilità patrimoniale generica). La disposizione si colloca dunque «all'interno di un quadro evolutivo e realizza un salto qualitativo». E si v. anche *infra*, §§ 3, 4 e 5.

³⁶ Ad avviso di STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale*, cit., 70 ss., il riferimento all'art. 1322 cod.



Se l'atto in questione non può dunque dar la stura a forme di surrettizia elusione di disposizioni previste per altri negozi tipici di destinazione (si pensi al fondo patrimoniale), dovendo di contro essere individuato un suo proprio ambito di operatività autonomo – e, forse, angusto – in cui siffatti vincoli obbligatori possano operare, con piena opponibilità ai terzi dei medesimi e con la separazione patrimoniale divisata dalla norma, ma senza che – sul piano circolatorio – all'autonomia privata sia consentito creare diritti reali diversi da quelli tipici³⁷.

Ne deriva come detta formula sia dotata di una pregnanza che non può essere tautologicamente ricondotta alla mera liceità, se si vuol far sì che essa spieghi una funzione selettiva reale. Selezione ulteriore rispetto, in primo luogo, al dato – pur non di poco momento – per cui l'interesse «riferibile» ai soggetti indicati come beneficiari rimane pur sempre un interesse del disponente, spiegante funzione causale rispetto al sorgere del vincolo obbligatorio reso opponibile mediante la trascrizione; detto interesse rimane distinto dai vantaggi che i primi conseguono in ragione dell'attuazione della destinazione e che non pare possano consistere nella costituzione di alcuna situazione giuridica soggettiva in loro favore (diritto reale, sul modello della servitù attiva, o di credito, con pretesa diretta all'adempimento verso il disponente: v. *supra*), che comporterebbe la fuoriuscita dal tipo disciplinato e la riconduzione a tipi già noti, caratterizzati da diretta idoneità attributiva.

In secondo luogo, la selezione derivante dal riferimento all'art. 1322, comma 2, cod. civ. deve andare nel senso per cui, in maniera per così dire «seminale», la separazione patrimoniale *di per sé*, scevra da una finalità ulteriore, non può elevarsi a giustificazione dell'effetto³⁸, dovendo essere piuttosto altro scopo, individuato con riferimento alla tutela dell'interesse del disponente e diverso dal «destinare per destinare», a sorreggere sul piano causale l'atto e a dover emergere in maniera tale da assicurare il controllo sulla esistenza e realizzabilità del fine preposto dal disponente, in difetto del quale l'atto medesimo sarebbe consegnato alla nullità³⁹.

civ. va invece interpretato propriamente come manifestazione dell'esigenza che l'effetto tipizzato nella norma sia sorretto da una causa negoziale riconducibile a quelle tipicamente riconosciute dall'ordinamento, secondo le classi note dello scambio, della garanzia, della gestione, della liberalità, in ultimo quella «familiare». Il fatto che l'attribuzione patrimoniale sia sorretta da una causa idonea sarebbe in questo senso la prima e più pregnante forma di tutela per il ceto creditorio: a fronte dell'atto validamente concluso, residua poi la tutela revocatoria (e, ora, quella assicurata dall'art. 2929-bis cod. civ.).

³⁷ Cfr., LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, cit., 242 s.; QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., 1756; CEOLIN, *op. cit.*, 214 s. Analoghe cautele, su un piano generale, sono espresse anche da F. GIGLIOTTI, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 362 ss. e in particolare 374, nota 56.

³⁸ Si è tentato altresì, nel quadro di una lettura «bifasica» della norma, di attribuire al controllo di meritevolezza una rilevanza «relazionale», limitata a condizionare l'opponibilità del vincolo – e sul presupposto che suo tramite si operi una valutazione comparativa, non più rimessa *ex ante* al solo legislatore, tra classi di interessi: quello destinatorio, suscettibile di rinvenirsi sulla scorta di principi generali di tutela della persona, e quello dei terzi e dei creditori, incisi della separazione patrimoniale – e non già la validità della fattispecie c.d. «primaria»: cfr. NUZZO, *Atto di destinazione*, cit., 65-68. Si tratta di un esito che tuttavia finisce per mutare radicalmente lo stesso modello di tutela creditoria, tramite la revocatoria, in quanto consente un giudizio preventivo sull'opponibilità dell'effetto segregativo, peraltro (cfr. NUZZO, *op. loc. cit.*) sempre riconosciuto, *in re ipsa*, come in grado di prevalere allorché il negozio di destinazione, pur non riconducibile a una delle fattispecie in cui una certa classe di interessi è già tipizzata (per esempio quelli familiari, nel fondo patrimoniale), appare protesa a realizzare interessi della classe medesima. Perplexità rispetto a simile inversione di prospettiva (dalla liceità all'opponibilità) in FEDERICO, *op. cit.*, 598 s. e F. MACARIO, *Gli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*, in *CNN*, Studio n. 357-2012/C, cit. V. inoltre G. PERLINGIERI, *Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645-ter*, in *Foro nap.*, 2014, 18; G. Baralis, *Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c.*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia*, Giuffrè, Milano, 2007, 137; V. Scaduto, *Gli interessi meritevoli di tutela*: *ivi*, 111.

³⁹ A. FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione*, a cura di M. Bianca, cit., 7; FEDERICO, *op. cit.*, 591 s.



Alla luce di quanto premesso, l'impiego dell'istituto si lega a doppio filo all'individuazione del significato del limite di cui si discorreva, giusta il riferimento all'art. 1322, comma 2, cod. civ.⁴⁰.

Appare evidente che, quale che sia il modo in cui il controllo di meritevolezza viene inteso, far coincidere il richiamo operato dall'art. 2645-ter cod. civ. con il rinvio a un mero parametri di liceità⁴¹ aprirebbe le porte a un uso dell'istituto potenzialmente fraudolento, proteso a sfruttarne la non dubbia efficacia sul piano della separazione patrimoniale e trascurando di contro le delicate questioni concernenti il contenuto del vincolo di cui si è fatto cenno, trincerandosi dietro formule a ben vedere vaghe. Va quindi condivisa l'idea giusta la quale gli interessi in questione debbono andare incontro a un vaglio di meritevolezza più stringente, apprezzabile sotto il profilo etico e solidaristico che ruota intorno alla rilevanza costituzionale della persona, anche con riferimento alle sue estrinsecazioni sul piano non patrimoniale; il riferimento alle pubbliche amministrazioni induce poi a conferire rilevanza a interessi di natura superindividuale, socialmente utili, di natura culturale, estetica, ambientale.

Siffatta interpretazione adeguatrice della norma⁴² fa sì del resto che l'istituto in esame non si presti surrettiziamente ad aggirare, consegnando ai privati uno strumento di facile attuazione, i limiti ben più stringenti che, proprio in punto di individuazione dello scopo necessariamente ideale o addirittura di pubblica utilità⁴³, si riscontrano in altri istituti ove l'attuazione della destinazione passa per il tramite dell'articolazione soggettiva della titolarità (sotto forma di una "euritmica" moltiplicazione dei soggetti titolari del patrimonio) e in forza di un atto di un atto di conferimento o di dotazione che comporta il definitivo spoglio in capo al disponente: è il caso della fondazione ovvero delle associazioni riconosciute.

⁴⁰ AN. FUSARO, *L'atto di destinazione nella concorrenza tra strumenti giuridici*, in *Contr. impr.*, 2018, 1026 s., ritiene che la propensione a riconoscere, a fronte della mera liceità, la meritevolezza che consente l'operatività della separazione di cui all'art. 2645-ter cod. civ., si spiegherebbe per un tentativo di riguadagnare terreno rispetto alla penetrazione incontrollata del *trust* c.d. interno, stante l'annichilimento dei filtri di sistema cui ha concorso una pluralità di fattori, relativamente a quest'ultima figura, a cominciare dal difetto di alcuno strumento omologo. Di modo che l'asimmetria degli approcci che ne è conseguita avrebbe assecondato «invasioni barbariche, ormai incontenibili». Il dibattito sull'ampiezza da attribuirsi, nel diritto contemporaneo, alla formula della meritevolezza contenuta nell'art. 1322 cod. civ., è vastissimo e risalente; mi limito a indicare, per una ricognizione dei termini della questione, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, III ed., Giuffrè, Milano, 2019, 47 ss. e, di recente, G. LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, I, 615 ss.

⁴¹ Si v. C. SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione, trust e negozi fiduciari*, in *Studi in onore di G. Cian*, Cedam, Padova, 2010, II, 2320; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Eseguesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 16; argomenta in tal senso anche FALZEA, *op. cit.*, nonché G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in *La trascrizione*, a cura di M. Bianca, cit., 74 ss.; VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione*, *ivi*, cit., 176 s.; G. RISPOLI, *Riflessioni in tema di meritevolezza degli atti di destinazione*, in *Corr. merito*, 2011, 808 ss. Di tutt'altro segno e proteso a una valutazione globale la ricostruzione del canone di meritevolezza proposta da PERLINGIERI, *op. cit.*, 54 ss. Da ultimo afferma la coincidenza, in materia di destinazione, tra meritevolezza e liceità, Cass. n. 6146/2022, cit. Si v. anche, per una rigorosa ricostruzione delle implicazioni dell'una e dell'altra tesi, G. AMADIO, *Note introduttive – l'interesse meritevole di tutela*, in *Atti di destinazione – Guida alla redazione*, Studio n. 357-2012/C del CNN, 50 ss.

⁴² Così GAZZONI, *Il negozio di destinazione*, cit., 191.

⁴³ Cfr. altresì A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: Raffronto e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 721 ss.



ANTONIO DI BIASE

Professore associato di Istituzioni di Diritto privato – Università degli Studi di Foggia

RIFLESSIONI IN TEMA DI SUICIDIO ASSISTITO ED AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA: NOTA A CORTE COST. N. 135/2024

SOMMARIO: 1. La questione di legittimità costituzionale: la dipendenza del paziente da meccanismi di sostegno vitale. – 2. I precedenti costituzionali degli anni 2018, 2019 e 2022: suicidio assistito ed eutanasia attiva. – 3. Il nuovo ed ultimo intervento della Corte costituzionale e la ritenuta perdurante legittimità del sistema. – 4. Considerazioni a margine di un intervento non risolutivo.

1. – Ancora un rilevante intervento della Corte costituzionale sul dibattuto tema della legittimità – o meglio, dei confini di legittimità – del c.d. suicidio assistito¹.

Questa la fattispecie, drammaticamente simile a tante: ad un soggetto viene diagnosticata una grave forma di sclerosi multipla, con patologia del sistema nervoso centrale e progressiva invalidità. I sintomi, dapprima lievi, si vanno nel tempo aggravando, con un peggioramento significativo delle sue condizioni di vita: il paziente manifesta dapprima difficoltà di deambulazione, poi necessita di una sedia a rotelle, successivamente non può più muoversi dal letto, con immobilizzazione degli arti inferiori e di quelli superiori, rimanendogli soltanto una residua capacità di utilizzazione del braccio destro. Il tutto, però, senza che il soggetto fosse sottoposto a trattamenti di sostegno vitale, né che lo stadio di avanzamento della sua patologia richiedesse il ricorso a tali trattamenti. A questo punto il malato inizia a maturare il proposito di porre fine alla propria vita e tale convinzione diventa, col tempo, sempre più

¹ Si tratta di Corte cost. 18 luglio 2024, n. 135, in *Fam. e dir.*, 2024, 1069 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Il faticoso e difficile cammino della Corte costituzionale verso l'affermazione di un dignitoso fine vita*. Tra gli innumerevoli commenti si possono ricordare, a titolo puramente esemplificativo, i seguenti: U. ADAMO, *La Corte costituzionale ritorna ancora sull'aiuto al suicidio, ma non scrive l'ultima parola*, in www.lecostituzionaliste.it; M. AZZALINI, *Furfanti, Cavalieri, Gentili: il "passo di lato" della Consulta nell'esaurito dibattito sullo statuto del fine-vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1240 ss.; P. BENCIOLINI-M. PICCINNI-N. ZAMPERETTI, *Dalla sentenza n. 135/2024 sull'aiuto medico al suicidio una significativa apertura alla dimensione clinica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1233 ss.; F. CONSULICH, *La morte medicalmente assistita e la tentazione dell'overruling: il significato ambiguo del trattamento di sostegno vitale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2024, 1071 ss.; G. GIARDINA, *Riflessioni sulla sentenza n. 135/2024 della Corte costituzionale: un'occasione perduta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1227 ss.; C.D. LEOTTA, *La disciplina del fine vita dopo la sentenza n. 135 del 2024 della Corte costituzionale*, *Riv. it. med. legale*, 2023, 307 ss.; A. RUGGERI, *La Consulta equilibrista sul filo del fine vita*, in *Giur. cost.*, 2024, 931 ss.; P. VERONESI, *A primissima lettura: se cambia, come cambia e se può cambiare il "fine vita" in Italia dopo la sentenza n. 135 del 2024*, in www.biodiritto.org. In tema si vedano anche le autorevoli osservazioni di P. ZATTI, *Sacralità e dignità del vivere e del morire: due valori interconnessi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1250 ss. Per ulteriori apprendimenti AA. VV., *Dialogo sul suicidio medicalmente assistito*, Consulta Scientifica del Cortile dei Gentili, a cura di C. Caporale, L. Palazzani.



ferma e salda, tanto da determinare il soggetto a prendere contatto con un'associazione privata e con il suo rappresentante legale, il quale lo pone in rapporto con una clinica svizzera, abilitata, secondo la legislazione elvetica, a far assumere al malato un farmaco letale.

L'associazione, a questo punto, si fa carico di alcuni costi, tra cui le spese di trasporto in Svizzera, con il noleggio di un furgone; questo viene guidato da due persone, anch'esse, probabilmente, facenti parte della predetta associazione. Nel paese elvetico il paziente – dopo essere stato visitato ed ascoltato da alcuni medici, anche per accertare la sussistenza dei presupposti giuridici per l'avvio della procedura di suicidio assistito, ed essersi confrontato con i propri familiari – decide e conferma la propria volontà di porre fine alla vita: così assume un farmaco letale e, dopo pochi minuti, muore.

Il rappresentante legale dell'associazione e le due persone che hanno guidato il furgone al rientro in Italia si autodenunciano, com'è in uso tra i membri dell'associazione stessa.

Il Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Firenze – competente *ratione loci* – trovandosi di fronte ad una richiesta di archiviazione del procedimento per insussistenza del reato *ex art. 580 c.p.* e non condividendo le conclusioni cui era giunta la Procura della Repubblica, solleva questione di illegittimità costituzionale di tale norma incriminatrice, nella parte in cui prevede, tra i requisiti per la non punibilità di chi agevola l'aiuto al suicidio, quello dell'essere la persona interessata “tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale”.

Secondo il G.I.P., poiché il soggetto che ha deciso di morire non era tenuto in vita di apparecchi di sostegno vitale e poiché tale requisito costituisce uno dei presupposti necessari per la non punibilità del reato di “Istigazione o aiuto al suicidio” di cui all'art. 580 c.p., così come risultante dall'intervento di Corte cost. n. 242/2019², gli indagati sono astrattamente punibili e non può essere accolta la richiesta di archiviazione. Nel contempo, però il giudice dubita fortemente della legittimità della norma e, con una lunga ed articolata ordinanza, sospende il procedimento penale in corso e dichiara “rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., come modificato dalla sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, nella parte in cui richiede che la non punibilità di chi agevola l'altrui suicidio sia subordinata alla circostanza che l'aiuto sia prestato a una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, per contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 32 e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione EDU”³.

Più precisamente, secondo il Giudice toscano il requisito dell'essere il soggetto che chiede di morire “tenuto in vita da trattamento di sostegno vitale” genera una pluralità di dubbi di compatibilità costituzionali, riconducibili essenzialmente a quattro ordini di ragioni, così riassumibili.

In primo luogo, esso determinerebbe un'irragionevole disparità di trattamento – contraria all'art. 3 Cost. – fra situazioni sostanzialmente identiche, posto che, se sussistenti le altre condizioni per la non punibilità dell'aiuto al suicidio (ossia l'irreversibilità della malattia; l'intollerabilità soggettiva delle sofferenze che ne derivano e la piena capacità di autodeterminazione dell'interessato), l'avverarsi del

² Sulla quale *infra*.

³ Si veda Trib. Firenze, sez. G.I.P., ord. 17 gennaio 2024, n. 32. Il testo integrale della pronuncia si può leggerlo, tra gli altri, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 360 ss., con nota di F. GIARDINA-P. MALACARNE, *L'art. 580 cod. pen. è ancora incostituzionale? Aiuto a morire e dipendenza da «trattamenti di sostegno vitale»*. Tra i commenti alla pronuncia si segnalano: C. D. LEOTTA, *L'aiuto al suicidio del malato tenuto in vita da un trattamento di sostegno vitale: l'art. 580 c.p. torna davanti alla Corte costituzionale*, in *Consulta on line*, 2/2024, 693 ss.; F. PIERGENTILI-A. RUGGERI-F. VARI, *Verso la “liberalizzazione” del suicidio assistito? (Note critiche ad una questione di costituzionalità sollevata dal Gip di Firenze)*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1/2024, 20 febbraio 2024, 219 ss.



requisito in parola (ossia che la persona sia tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale) sarebbe frutto di circostanze del tutto accidentali, legate alla multiforme variabilità dei casi concreti quali le caratteristiche ed il modo di manifestarsi della patologia, la situazione clinica generale dell'interessato, le terapie disponibili in quel momento storico ed in quel luogo, nonché le stesse scelte del paziente. In questo modo si negherebbe, in maniera iniqua, l'accesso al suicidio assistito a pazienti che, anche se non tenuti in vita da "macchine" per il sostegno vitale, sono comunque affetti da patologie irreversibili e costretti a patire sofferenze intollerabili, e vengono così esposti ad una agonia altrettanto estenuante.

La differenza nella disciplina attuale di tali situazioni, prosegue il Giudice rimettente, è irragionevole, perché l'unico elemento che in ipotesi le distingue – ossia la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale – non porta con sé, se presente, alcun elemento di segno positivo tale da giustificare una considerazione più benevola da parte dell'ordinamento, né al contrario manifesta, se assente, maggiore meritevolezza o bisogno di pena dei terzi agevolatori. In altri termini, il requisito in esame appare incapace di operare una selezione razionale tra situazioni simili ed è irrilevante per la tutela dei diritti e dei valori che la Corte costituzionale ritiene essenziali nel bilanciamento di interessi sotteso alla regolazione della materia dell'aiuto a morire, ossia la tutela della vita, da un lato, ed i principi di autodeterminazione e di tutela della dignità umana, dall'altro. Il mantenimento di questo presupposto, allora, conclude il Giudice *a quo*, finisce con il determinare una discriminazione irragionevole e sproporzionata tra diverse categorie di pazienti, "senza che tale disparità possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile".

In secondo luogo, il Giudice rimettente denuncia una violazione dei principi di libertà di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost., nella misura in cui il requisito in parola comporterebbe una compressione della libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, non giustificata da controinteressi parimenti rilevanti: in altre parole la necessaria sussistenza del requisito in esame può avere un effetto "perverso" e indurre la persona ad acconsentire a trattamenti di sostegno vitale con l'unico fine di soddisfare, in modo puramente formalistico, la predetta condizione, per poi, immediatamente dopo, chiedere l'accesso alla procedura per la morte assistita. Tanto in palese contrasto con l'assetto ordinamentale attualmente in vigore, come derivante dall'art. 1, comma 5, legge n. 219/2017, che rimette la scelta se "se" e del "come" curarsi unicamente ad un atto di volontà libero e non condizionato del paziente.

Altro principio che viene compresso dall'attuale quadro normativo è, a giudizio del Giudice fiorentino, quello del rispetto della dignità umana: mantenendo l'attuale assetto normativo il malato irreversibile e sofferente, infatti, per poter decidere di morire si vedrebbe costretto ad attendere l'inevitabile aggravamento della malattia sino allo stadio che renda necessaria l'attivazione di trattamenti di sostegno vitale, così prolungando le proprie sofferenze e quelle dei propri "cari". Anche in questo senso il requisito in parola rischierebbe di produrre risultati antitetici all'obiettivo di tutela della vita, posto che i malati potrebbero essere indotti a darsi la morte in completa autonomia, fuori da ogni controllo "legale" e con modalità prive di adeguata supervisione medica, pur di non affrontare un simile percorso: la scelta di morire, già di per sé connotata da profili di insita tragicità, correrebbe il rischio di divenire altresì "cruel" ed incontrollata⁴.

⁴ Del resto, sottolinea il Giudice *a quo*, "richiedere che ai fini della liceità dell'aiuto al suicidio il paziente debba spingersi ai propri limiti – vedendo la propria condizione di salute degenerare e sobbarcandosi un carico aggiuntivo di sofferenze – significa pretendere – in mancanza di concreti obiettivi di tutela a cui ciò potrebbe essere funzionale – una resistenza e uno spirito di sacrificio giustificabili solo con una malintesa idea di etica, virtù e 'perfezione morale', inammissibile in un ordinamento ispirato al principio personalista, di cui il principio di dignità può ritenersi un riflesso".



Da ultimo, richiedere, ai fini della liceità dell'aiuto al suicidio, la dipendenza del paziente da meccanismi di sostegno vitale comporterebbe, nella prospettiva del Giudice *a quo*, un contrasto anche rispetto al sistema sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali della persona, in particolare della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rilevante come parametro interposto di legittimità costituzionale *ex art. 117 Cost.*, in quanto per questa via si realizzerebbe un'indebita interferenza nel diritto alla vita privata e familiare del malato ed alla sua libertà di autodeterminazione, di per sé non necessaria nella prospettiva della tutela del diritto alla vita ed anzi contraria al principio di non discriminazione, stante la rilevata natura accidentale del requisito in parola.

2. – Come ampiamente noto, l'antecedente logico che ha costituito il substrato materiale per la pronuncia in commento è rappresentato dalla celeberrima sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 22 novembre 2019⁵, preceduta da una ordinanza di analogo contenuto⁶, a mezzo della quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di

⁵ La sentenza si trova pubblicata, ad esempio, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 357 ss., con nota di M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel "labirinto" del fine vita*; in *Fam. e dir.*, 2020, 221 ss., con nota di P. PITTARO, *Il dibattuto tema del suicidio assistito: quando la Corte costituzionale supplisce il legislatore*. Moltissimi i commenti alla pronuncia in oggetto, tra i quali si possono ricordare, a titolo puramente esemplificativo, i seguenti: S. CANESTRARI, *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *disCrimen*, 8 settembre 2020, 19 ss.; M. DOGLIOTTI, *Il suicidio assistito ed il difficile rapporto tra i poteri dello Stato*, in *Fam. e diritto*, 2022, 232 ss.; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *www.sistemapenale.it*; G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale sul caso Cappato?*, in *disCrimen*, 3 febbraio 2020, 15 ss.; R. MASONI, *Il sì della Consulta in tema di suicidio assistito: riflessioni e condizioni*, in *IUS*, 17 dicembre 2019; A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato/Dj Fabo*, in *Fam. e diritto*, 2022, 244 ss.; A. NAPPI, *Vite strappate alla morte e rifiuto di dogmi: il proficuo dialogo tra scienza penalistica e giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2020, 984 ss.; P. PITTARO, *Il dibattuto tema del suicidio assistito: quando la Corte Costituzionale supplisce il legislatore*, in *Fam. e diritto*, 2022, 257 ss.; L. RISICATO, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga il rischio di chine scivolose*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16 marzo 2020. Per ulteriori approfondimenti, anche con riferimento alla giurisprudenza di merito successiva, si veda: E. FALLETTI, *L'accertamento dei presupposti del suicidio assistito di fronte ai giudici di merito*, nota a Trib. Ancona 26 marzo 2021 e 9 giugno 2021, in *Giur. it.*, 2022, 68 ss.

⁶ Il riferimento è a Corte cost. 16 novembre 2018, n. 207, in *Foro it.*, 2019, 1875 ss., con note di G. GENTILE, *La Corte costituzionale e il suicidio assistito, tra giurisdizione e politica*; R. ROMBOLI, *Il «caso Cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità «presa, sospesa e condizionata», con qualche riflessione sul futuro della vicenda*; e S. VINCIGUERRA, *L'aiuto al suicidio in Italia (art. 580 c.p.). Alcune osservazioni tra storia e attualità*. La pronuncia è reperibile anche, tra le altre, in *Giur. cost.*, 2018, 2459, con nota di A. ANZON DEMMIG, *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"*; in *Corr. giur.*, 2019, 457 ss., con nota di E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*; in *Fam. e dir.*, 2019, 229 ss., con nota di E. FALLETTI, *Suicidio assistito e principio di separazione dei poteri dello Stato. Note sul 'caso Cappato'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 241, con nota di G. LEO, *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidio*. Si vedano anche i seguenti contributi: AA.VV., *Il caso Cappato: riflessioni a margine della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F.S. Marini, C. Cupelli, ESI, Napoli, 2019; A. MORRONE, *Il 'caso Cappato' davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *www.forumcostituzionale.it*; F.G. PIZZETTI, *L'ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale pronunciata nel corso del 'Caso Cappato' e il diritto del paziente che rifiuta le cure salvavita ad evitare un'agonia lenta e non dignitosa*, in *www.biodiritto.org*, 12 aprile 2019; A. SANTORUSSO-P. BELLOLI, *Paradossi nel procedimento Cappato. Tre aporie generate dall'art. 580 c.p. a proposito dell'aiuto al suicidio*, in *www.giurisprudenzapenale.com*; C. TRIPOLDINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?*, in *www.biodiritto.org*. Singolare la tecnica adottata dalla Corte: emissione di un'ordinanza "interlocutoria" in cui sostanzialmente si pronuncia sulla parziale fondatezza della questione di legittimità ma sospende il giudizio a termine, sperando in un intervento del Parlamento; trascorso inutilmente tale periodo, emissione di una sentenza che "fa proprio" il contenuto della precedente ordinanza. Per una serrata critica a tale *modus procedendi* si rinvia, su tutti, a A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato/Dj Fabo*, cit., 247 ss.



chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento)⁷ – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti – agevoli l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputi intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

Quattro dunque, a giudizio del Giudice delle leggi, le condizioni in presenza delle quali l’attività di aiuto al suicidio descritta dalla norma penale viene considerata lecita, ossia che:

- la persona che ha inteso porre fine alla propria vita sia affetta da una patologia irreversibile, ossia incurabile;
- la patologia sia fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, ritenute dal paziente intollerabili;
- il soggetto sia tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale;
- ciononostante resti capace di prendere decisioni libere e consapevoli (da qui, sembra di capire, l’espressa esclusione del suicidio assistito dei malati psichiatrici).

Tale decisione, dunque, pronunciandosi in un caso che aveva avuto notevole eco mediatico⁸, circoscrive l’area della non punibilità dell’aiuto al suicidio alla sussistenza concorrente e simultanea dei quattro requisiti sopra indicati, in presenza dei quali, in estrema sintesi, il diritto alla vita “cede” rispetto alla libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze e condurlo alla morte: libertà che, a detta della Corte, in questo caso il divieto assoluto di aiuto al suicidio comprimerebbe ingiustificatamente ed irragionevolmente. Come a dire che, se chi è sottoposto a trattamenti di sostegno vitale è considerato dall’ordinamento – ed in particolare dalla già citata legge n. 219/2017 – in diritto di interromperli e di porre così fine alla propria vita, non è ravvisabile la ragione per cui la stessa persona non possa decidere di concludere la propria esistenza con l’aiuto di terzi, in presenza delle quattro condizioni appena viste: in altri termini, se già l’ordinamento permette al paziente di concludere la propria vita rifiutando le cure ed i trattamenti sanitari, è irragionevole continuare a non consentire al medico di aiutarlo a porre termine alla sua esistenza

⁷ Trattasi della c.d. legge in materia di “biotestamento” che, per quanto in questa sede interessa, riconosce ad ogni persona capace di agire il diritto di rifiutare *ab origine*, oppure di interrompere dopo l’inizio, qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, comprendendo espressamente nella nozione anche i trattamenti di idratazione e nutrizione; diritto inquadrato nel contesto della relazione di cura e fiducia tra paziente e medico, sul quale ultimo grava l’obbligo di rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo.

⁸ La fattispecie in questione ha visto tristemente protagonista il sig. Fabiano Antoniani, chiamato “Dj Fabo”, il quale, in seguito ad un gravissimo incidente stradale, era divenuto tetraplegico, affetto da cecità bilaterale corticale, non autonomo nella respirazione (necessitando dell’ausilio, pur non continuativo, di un respiratore e di periodiche asportazioni di muco), nell’alimentazione (veniva nutrito in via intraparietale) e nell’evacuazione ed era altresì percorso da ricorrenti spasmi e contrazioni, produttivi di acute sofferenze, che non potevano essere del tutto lenite farmacologicamente, se non attraverso il ricorso alla sedazione profonda. Conservava però intatte le proprie capacità intellettive. Dopo lunghi ed estenuanti ricoveri ospedalieri e tentativi di cure, anche sperimentali, l’Antoniani, sempre lucido e presente a se stesso, decide di porre termine alla propria esistenza e, per porre atto a tale ultimo estremo gesto, si reca in una clinica Svizzera, accompagnato dall’esponente del Partito Radicale Marco Cappato. Tornato dal viaggio nel paese elvetico, il Cappato si autodenuncia ai carabinieri e viene rinviato a giudizio ai sensi dell’art. 580 c.p. per istigazione e aiuto al suicidio.



in modo più veloce, laddove il malato ritenga tale ultima scelta maggiormente dignitosa per la propria esistenza.

Sempre, beninteso, in presenza delle quattro condizioni sopra elencate, la cui sussistenza, proprio per la rilevanza e delicatezza dei valori in gioco, deve essere seguita dal parere del comitato etico competente ed accertata da strutture pubbliche del Servizio Sanitario Nazionale, alle quali ultime spetterà altresì verificare le relative modalità di esecuzione del suicidio, che dovranno essere evidentemente tali da “evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze”.

Concludendo, con la pronuncia appena sintetizzata la Consulta rimuove una condizione di irragionevolezza del combinato disposto di cui all’art. 580 c.p. e dell’art. 1, comma 5, legge n. 219/2017, rappresentata dalla circostanza di negare al malato, che già potrebbe lasciarsi morire rifiutando o interrompendo trattamenti di sostegno vitale, di anticipare il decesso con un proprio gesto personale, seppur in qualche modo preparato da altri, in un contesto medicalmente assistito.

Se questo arresto giurisprudenziale è sicuramente importante e significativo, più in là la Corte però non va: in una successiva pronuncia⁹ essa viene chiamata a pronunciarsi in ordine alla ammissibilità di un *referendum* abrogativo per la parziale eliminazione dal mondo giuridico, e quindi la depenalizzazione, del reato di omicidio del consenziente, di cui all’art. 579 c.p., salvo il caso in cui la persona che chieda di morire e della quale si cagioni la morte sia un minore, un incapace, o comunque un soggetto il cui consenso non si sia formato in modo libero ed integro.

È la norma, in sostanza, che punisce penalmente ed anche in maniera molto severa – è infatti prevista la reclusione da sei a quindici anni – l’eutanasia, che, ricordiamolo, differisce nettamente (quantomeno sul piano teorico) dalla fattispecie del suicidio assistito (che entra invece in gioco con riferimento all’art. 580 c.p.), in quanto, nel primo caso, si discorre di una possibile non punibilità di un medico che *somministri direttamente* farmaci letali su richiesta del paziente con lo scopo di provocarne la morte immediata; nel secondo, invece, è il paziente che compie *direttamente ed autonomamente* l’ultimo inesorabile atto che provoca la morte, seppur questo sia reso possibile grazie alla determinante collaborazione del medico, il quale abbia prescritto e offerto il prodotto mortale.

Entrambe le norme in rilievo – ossia l’art. 579 c.p., che configura il delitto di omicidio del consenziente ed il successivo art. 580 c.p., che invece incrimina l’aiuto (oltre che l’istigazione) al suicidio – riflettono, nel loro insieme, l’intento del legislatore del codice penale del 1930 di tutelare la vita umana anche nei casi in cui il titolare del diritto intenderebbe rinunciarvi, sia *manu alius* (nella fattispecie contemplata nell’art. 579 c.p.), sia *manu propria*, ma con l’ausilio di altri (art. 580 c.p.). Esclusa una reazione sanzionatoria nei confronti dello stesso autore dell’atto abdicativo, anche nei casi in cui que-

⁹ Il riferimento è a Corte cost. 2 marzo 2022, n. 50, in *Foro it.*, 2022, I, 1206 ss. Tra le innumerevoli note di commento si possono ricordare le seguenti: A. ALBERTI, *L’omicidio del consenziente come norma a contenuto costituzionalmente vincolato o a contenuto necessario/obbligatorio? Brevi note alla sentenza n. 50 del 2022*, in www.federalismi.it, 2024, 176 ss.; M. DONINI, *L’inammissibilità del referendum sul fine vita: una politica dei diritti delle persone vulnerabili, ma non per quelle vulnerate*, in *Giur. cost.*, 2022, 1189 ss.; G. LOSAPPIO, *La Consulta sul referendum per la (parziale) abrogazione dell’art. 579. Cronaca di un’inammissibilità annunciata*, in *IUS*, 4 aprile 2022; G. LUCCIOLI, *Le ragioni di un’inammissibilità. Il grande equivoco dell’eutanasia*, in *Giust. insieme*, 8 marzo 2022; A. MASSARO, *La natura costituzionalmente necessaria dell’art. 579 c.p.: la Consulta dichiara inammissibile il referendum in materia di eutanasia legale*, in *Cass. pen.*, 2022, 2174 ss.; A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall’ammissibilità del quesito all’inammissibilità degli effetti: metodo e merito della sentenza n. 50/2022*, in *Riv. AIC*, 2022, 83 ss.; M. ROMANO, *Eutanasia legale e referendum: le ragioni dell’inammissibilità*, in *Sist. pen.*, 25 gennaio 2022, 4 ss.



sta sarebbe materialmente possibile per essere il soggetto sopravvissuto ed il fatto rimasto allo stadio del puro tentativo, il legislatore penale erige una “cintura di protezione” indiretta rispetto all’attuazione di decisioni di morte, inibendo, comunque sia, a qualunque terzo di cooperarvi, sotto minaccia di reazione penale.

Tornando al caso in esame, è bene chiarirlo, con il proposto *referendum* abrogativo viene chiesto agli elettori se vogliono una abrogazione parziale della norma incriminatrice che investa il comma 1 dell’art. 579 c.p., limitatamente: alle parole “la reclusione da sei a quindici anni” del comma 1; all’intero comma 2; al comma 3, limitatamente alle parole “Si applicano”. Di conseguenza, per effetto del ritaglio e della conseguente saldatura tra l’*incipit* del comma 1 e la parte residua del comma 3, la disposizione risultante dall’abrogazione prevederebbe (*rectius*: avrebbe preveduto, stante la dichiarata inammissibilità del *referendum*) quanto segue: “Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all’omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un’altra infermità o per l’abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno”.

Come è evidente, il risultato, in ultima analisi, sarebbe quello di rendere penalmente lecita l’eutanasia, ossia l’uccisione di una persona con il consenso della stessa, fuori dai casi in cui il consenso risulti invalido per l’incapacità dell’offeso o per un vizio della sua formazione. E ciò, in ipotesi, anche a prescindere dalle motivazioni che sorreggono tale volontà di morire e dalla presenza di una malattia, sia essa più o meno grave.

Ebbene il Giudice delle leggi, nel giustificare la decisione di ritenere inammissibile il *referendum* popolare per l’abrogazione *in parte qua* della norma, pone l’accento sul valore “apicale” e “privilegiato” che assume, nell’ambito dei diritti fondamentali della persona, il diritto alla vita, in quanto appartenente, per così dire, “all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”¹⁰ e per questa via concorrente “a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona”¹¹. Vietando ai terzi di farsi esecutori delle altrui richieste di morte, pur validamente espresse, l’incriminazione dell’omicidio del consenziente si propone, in ultima istanza, di proteggere il diritto alla vita e per tale motivo non potrebbe essere abrogata *sic et simpliciter*, facendo così venir meno le relative istanze di tutela sottese, ma semmai attentamente “bilanciata” con le altre esigenze che vengono in rilievo nei casi in esame, prima tra tutte il diritto all’autodeterminazione delle persone. Viceversa, si ripete, la depenalizzazione “pura e semplice” dell’omicidio del consenziente (salvo, come detto, le ipotesi di consenso non valido o non integro) determinerebbe una incondizionata e non ponderata prevalenza, sempre e comunque, del diritto alla autodeterminazione sul diritto alla vita.

Da qui l’inammissibilità di un *referendum* abrogativo di una norma, quale l’art. 579 c.p., che, si ripete, non può essere “puramente e semplicemente” eliminata, “facendo così venir meno le istanze di protezione di quest’ultima a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale”¹².

Resta dunque ben netta, quantomeno sul piano teorico, la distinzione tra eutanasia attiva, come tale sempre penalmente illecita *ex art. 579 c.p.*, e suicidio assistito (o eutanasia passiva, che dir si vo-

¹⁰ Così Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, 281 ss.

¹¹ Così Corte cost. 9 luglio 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, 2142 ss.

¹² Così, testualmente, Corte cost. 2 marzo 2022, n. 50, cit.



glia), inteso come ogni condotta di un terzo di mero aiuto o assistenza alla morte, che avviene per “mano propria” del paziente, scriminata dall’art. 580 c.p. nei soli limiti ritagliati dalla giurisprudenza costituzionale.

3. – A questo punto, esclusa la possibilità, *de iure condido*, di mettere in dubbio la rilevanza penale dell’eutanasia, cioè di condotte attive del personale sanitario volte a provocare direttamente la morte del paziente, il problema concreto affrontato dalla pronuncia in commento riguarda tutte le situazioni in cui il soggetto che chiede – in maniera consapevole, libera ed autonoma – l’aiuto a morire sia sì affetto da un patologia irreversibile fonte di gravi sofferenze psico-fisiche ritenute come tali intollerabili, ma non sia tenuto in vita da un meccanismo di sostegno vitale in senso stretto: è il caso ad esempio che ha dato luogo alla pronuncia in commento, in cui il paziente era stato colpito da una gravissima forma di sclerosi multipla, che lo aveva reso totalmente non autosufficiente e nell’impossibilità di muoversi dal letto ma non “dipendente” da una macchina.

Ci si chiede dunque, e se lo è chiesto il Giudice che ha sollevato la questione di legittimità della norma, se sia costituzionalmente legittimo in questi casi negare un diritto a morire sulla base della sola circostanza – tutto sommato estrinseca rispetto agli obiettivi di tutela realizzati – della non necessità, per continuare a vivere, di alcun “supporto meccanico”, quale ventilazione, nutrizione, idratazione artificiale o altro: insomma, per farla breve, secondo questa impostazione non vi sarebbe valida ragione giustificativa per ammettere o negare il diritto a morire ad un soggetto affetto da grave ed irreversibile patologia, fonte di sofferenze insopportabili, sulla base del solo dato che questo soggetto, per continuare la propria vita (che egli rifiuta!), necessita o meno di un macchinario per lo svolgimento delle funzioni vitali. Subordinare la liceità della condotta alla dipendenza del paziente da trattamenti di sostegno vitale creerebbe così una irragionevole disparità di trattamento rispetto a tutti gli altri malati che versino, essi pure, in situazioni di sofferenza soggettivamente vissute come intollerabili, per effetto di patologie parimenti gravi ed irreversibili.

La circostanza che la specifica patologia da cui il paziente è affetto pregiudichi, o no, le sue funzioni vitali, tanto da richiedere l’attivazione di specifici trattamenti di sostegno a tali funzioni, non sarebbe pertanto indicativa di una sua maggiore o minore vulnerabilità, né di una maggiore o minore libertà e consapevolezza della sua decisione di porre fine alla propria vita; né, infine, l’effettiva sottoposizione a trattamenti di sostegno vitale sarebbe di per sé necessariamente associata ad una maggiore sofferenza, che renda più umanamente comprensibile la sua decisione di ricorrere al suicidio assistito.

Da qui la sollevata questione di legittimità costituzione dell’art. 580 c.p., nella versione “riscritta” dalla Corte costituzionale nel 2019, ossia nella parte in cui subordina la non punibilità di chi agevola l’altrui suicidio alla circostanza che l’aiuto sia prestato a una persona “tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale”.

La Corte Costituzionale, nella sentenza in commento, dopo aver rigettato le questioni di inammissibilità avanzate dall’Avvocatura dello Stato e da alcuni *amici curiae*, intervenuti volontariamente *ad adiuvandum*, pone il *focus* sui diritti e principi che vengono in rilievo nei casi come quello in esame: più precisamente da un lato, il diritto, ‘fondamentale tra i fondamentali’, alla vita, che costituisce presupposto per l’esercizio di tutti gli altri diritti inviolabili ed è posto in una posizione di vertice rispetto agli altri diritti della persona; dall’altro, il diritto al rifiuto e all’interruzione, purché liberi e consapevoli, di qualsiasi trattamento sanitario, anche se necessario ad assicurare la sopravvivenza del soggetto esercente, che è dunque legittimato a “lasciarsi morire”, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, i



quali a loro volta sono tenuti a rispettare la volontà e, per ciò solo, sono esenti da ogni forma di responsabilità civile, penale e amministrativa.

Un diritto, quello al rifiuto e all'interruzione di cure necessarie alla sopravvivenza, da esercitarsi nel contesto della "relazione di cura e di fiducia" – la c.d. alleanza terapeutica – tra paziente e medico, che la legge n. 219/2017 ("Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento") mira a promuovere e valorizzare: relazione "che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico" (art. 1, comma 2, legge n. 219/2017). In quest'ottica la legge citata, al comma 5 dell'art. 1, prevede altresì che, ove il paziente manifesti l'intento di rifiutare o interrompere trattamenti necessari alla propria sopravvivenza, il medico debba prospettare a lui e, se vi acconsente, ai suoi familiari, "le conseguenze della sua decisione e le possibili alternative" e promuovere "ogni azione di sostegno", "anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica", ferma restando la possibilità per il paziente di modificare in qualsiasi momento la propria volontà.

Dopo tali premesse il Giudice delle leggi manifesta piena ed espressa adesione ai suoi precedenti in materia – che, scrive, si intendono "qui integralmente confermare" – e dichiara di ritenere tutte le questioni sollevate dal Giudice fiorentino non fondate.

Quanto alla prima delle censure formulate, ossia quella che l'attuale assetto normativo violerebbe un fondamentale principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, la Corte – pur dichiaratasi consapevole "della intensa sofferenza e prostrazione sperimentata da chi, affetto da anni da patologie degenerative del sistema nervoso, e giunto ormai a uno stato avanzato della malattia, associato alla quasi totale immobilità e conseguente dipendenza dall'assistenza di terze persone per le necessità più basilari della vita quotidiana, viva questa situazione come intollerabile" – afferma a chiare lettere che ciò nondimeno il requisito della dipendenza del paziente da trattamenti di sostegno vitale svolge, in assenza di un intervento legislativo, un ruolo cardine nella logica della soluzione raggiunta con le precedenti pronunce del 2018 e 2109, con le quali la Corte non ha riconosciuto un generale diritto di terminare la propria vita, sempre e comunque, in ogni situazione di sofferenza intollerabile, fisica o psicologica, determinata da una patologia irreversibile, ma ha soltanto ritenuto irragionevole precludere l'accesso al suicidio assistito di pazienti che – versando in quelle condizioni e mantenendo intatte le proprie capacità decisionali – già abbiano il diritto, loro riconosciuto dalla legge n. 219/2017, di decidere di porre fine alla propria vita, rifiutando il trattamento necessario ad assicurarne la sopravvivenza.

Se ciò è vero, questa medesima *ratio* non si estende a pazienti la cui prosecuzione della vita non dipenda dall'utilizzo di trattamenti di sostegno vitale, i quali non hanno, a legislazione vigente, la possibilità di lasciarsi morire semplicemente rifiutando le cure. Le due situazioni – quella di soggetti tenuti in vita da strumenti di sostegno vitale e quella di soggetti non tenuti in vita da strumenti di sostegno vitale – sono pertanto diverse e diverso è il trattamento che l'ordinamento ne riserva: essendo situazioni distinte, il distinguo nel trattamento normativo riservato non può dunque considerarsi irragionevole e violativo di un principio di uguaglianza.

In secondo luogo, con riferimento alla successiva censura sollevata dal Giudice *a quo*, ossia a quella secondo cui la disciplina attuale violerebbe il principio di libertà e autodeterminazione del paziente, la Corte evidenzia come il rimettente abbia preso le mosse da una nozione eccessivamente allargata di "autodeterminazione terapeutica", che invece, allo stato della normativa attuale, non può andare oltre una libertà "negativa" del paziente a non subire interventi indesiderati "sul corpo e nel corpo", anche laddove tali interventi abbiano lo scopo di tutelare la sua salute o la sua stessa vita: una protezione della



propria integrità fisica cioè contro ingerenze esterne indesiderate e non consentire, seppur “salvavita”. Una diversa conclusione, una totale depenalizzazione del suicidio assistito, genererebbe invece una serie di rischi che “l’ordinamento ha il dovere di evitare, in adempimento del dovere di tutela della vita umana”, che attengono non soltanto alla possibilità che vengano compiute condotte abusive da parte di terzi, ma riguardano anche l’eventualità che si crei una sorte di “pressione sociale indiretta” su altre persone malate o semplicemente anziane e sole, le quali potrebbero convincersi di essere divenute ormai un peso per i propri familiari e per l’intera società, e di decidere così di farsi “anzitempo” da parte.

Proseguendo nell’analisi delle censure di incostituzionalità sollevate, con riferimento alla denunciata violazione del principio di dignità umana la Corte, premesso che la dignità cui fa riferimento il Giudice *a quo* non può che essere intesa in senso soggettivo (perché, scrive la Consulta, dal punto di vista “oggettivo” ogni vita è degna di essere vissuta, a prescindere dalle condizioni in cui il soggetto si trova: non esiste una vita oggettivamente “non degna” di essere vissuta), richiama le considerazioni già svolte circa la necessaria sottoposizione a un bilanciamento a fronte del contrapposto dovere di tutela della vita umana.

Con riguardo all’ultima censura mossa, quella cioè di violazione dell’art. 117 Cost. per il tramite degli artt. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), la Corte, pur riconoscendo che la materia del suicidio assistito “impatta” sul diritto al rispetto della vita privata *ex art. 8 CEDU* e che bisogna evitare irragionevoli discriminazioni *ex art. 14 CEDU*, tuttavia sul punto richiama la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, laddove riconosce “un considerevole margine di apprezzamento”, vale a dire di discrezionalità, dei singoli Stati nell’attuare il più volte ricordato bilanciamento tra l’interesse a porre fine alla propria vita e quello, contrapposto, alla tutela della vita umana; un bilanciamento che può in astratto legittimare i singoli Stati ad adottare politiche legislative diverse, più restrittive o più permissive quanto al riconoscimento di forme di assistenza al suicidio o di eutanasia, senza che l’una o l’altra disciplina adottata possa di per sé solo ritenersi contraria al principio di tutela della vita umana.

Al termine di questo *iter* argomentativo la Consulta riafferma “la necessità del puntuale rispetto delle condizioni procedurali stabilite dalla sentenza n. 242 del 2019”, ritenute essenziali “per prevenire quel pericolo di abusi a danno delle persone deboli e vulnerabili”, tra le quali sono richiamate: l’accesso alle procedure palliative; il necessario coinvolgimento del Servizio Sanitario Nazionale, al quale è affidato il delicato compito di accertare la sussistenza delle condizioni sostanziali di liceità dell’accesso alla procedura di suicidio assistito, oltre che di verificare le relative modalità di esecuzione; nonché il parere del comitato etico territorialmente competente.

Conclusivamente, la Corte, nell’auspicare un intervento legislativo sul tema, dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p., che resta ad oggi nella versione derivante dall’intervento parzialmente demolitorio del 2019 e dunque permane, ai fini della legittimità di una pratica di suicidio assistito, la necessità che il paziente che richieda l’intervento del medico sia tenuto in vita la “trattamenti di sostegno vitale”.

4. – In definitiva, la sentenza in commento, letta congiuntamente ai precedenti degli anni 2018 e 2019:

– non riconosce *tout court* un diritto al suicidio, e men che meno un generale diritto di terminare la propria vita in ogni caso di sofferenza intollerabile, fisica e psicologica, determinata da una patologia irreversibile e non controllabile attraverso appropriate terapie palliative, bensì soltanto ritiene irragio-



nevole precludere l'accesso al suicidio assistito a pazienti che – versando in quelle condizioni, e mantenendo intatte le proprie capacità decisionali – già abbiano il diritto, loro riconosciuto dalla legge n. 219/2017 in conformità all'art. 32, comma 2, Cost., di decidere di porre fine alla propria vita, rifiutando il trattamento necessario ad assicurarne la sopravvivenza;

– afferma che la situazione del malato affetto sì da patologia irreversibile e da sofferenze intollerabili, ma non sottoposto ad un trattamento di sostegno vitale, non è corrispondente a quella del malato che versa nelle medesime situazioni ma è sottoposto al trattamento: solo quest'ultimo, e non il primo, può accedere al suicidio assistito.

Ora, a prima battuta, e soprattutto se ci si sofferma alla lettura del dispositivo, viene spontaneo concludere che, con la pronuncia in commento, il Giudice delle leggi abbia integralmente confermato i propri precedenti orientamenti e rifiutato di estendere l'area della liceità delle condotte di aiuto al suicidio ai casi in cui il soggetto non sia mantenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale. Comprensibile, in tal senso, è la delusione di quanti, associazioni e singoli cittadini, speravano in un ampliamento del riconoscimento del diritto di morire, o addirittura in una espressa abrogazione delle relative fattispecie incriminatrici.

A ben vedere, però, dietro questa apparente conferma si nasconde uno spunto di grande interesse: sebbene il requisito del trattamento di sostegno vitale rimanga formalmente come condizione per una richiesta di suicidio medicalmente assistito, la Corte, pur dichiarando espressamente di non voler estendere l'area di non punibilità dell'aiuto al suicidio oltre i limiti previsti dai suoi precedenti del 2018 e del 2019, in realtà però ottiene proprio questo risultato, attraverso una estensione – o, se si preferisce, una interpretazione autentica – della nozione di “trattamenti di sostegno vitale” utilizzata nei citati precedenti.

Una nozione, quella di trattamento vitale, che costituisce il vero *punctum pruriens* della disciplina, quello cioè più degli altri in grado di tracciare il confine dell'ammissibilità nel nostro ordinamento del suicidio assistito; quello che, se non maneggiato con estrema cura, rischia davvero di legittimare “inumane” discriminazioni tra pazienti “attaccati ad una macchina”, che possono accedere al suicidio, e altri, afflitti da sofferenze parimenti intollerabili a causa di patologie anch'esse incurabili, che invece non sono collegati a apparecchi “salvavita” e per ciò solo non possono dire la parola “fine” alla propria esistenza.

Profondamente differenti sono state, nel tempo, le letture del requisito in parola, che hanno spaziato da una interpretazione estremamente restrittiva, che tende a ricomprendervi i soli trattamenti assistenziali essenziali, i quali se omessi sono in grado di provocare la morte in tempi estremamente ridotti, se non immediati, a una più estensiva e “benevola”, tale da rinvenire l'esistenza di un trattamento “salvavita” in tutti i casi in cui il paziente necessiti di un'assistenza continuativa per lo svolgimento di una qualsiasi funzione biologica¹³. Entrambe le letture, nella loro estremizzazione, sono apparse inadegua-

¹³ In questo dibattito si inserisce la pronuncia della Corte Ass. Massa 2 settembre 2020, in *Fam. e dir.*, 2021, 609 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Gli equilibristi del giudice di merito di fronte alle incertezze della Corte costituzionale*, che amplia notevolmente la nozione di “trattamento di sostegno vitale”, ritenendo tale espressione come comprensiva di “qualsiasi tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmaceutiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici”, evidenziando altresì che “ciò che ha rilevanza sono tutti quei trattamenti sanitari – sia di tipo farmaceutico, sia di tipo assistenziale medico o paramedico, sia, infine, con l'utilizzo di macchinari, compresi la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale – senza i quali si viene ad innescare nel malato un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte”. Per una puntuale ricostruzione della vicenda si



te ed in qualche modo pericolose: la prima, in quanto relega la possibilità di chiedere l'aiuto al suicidio ai soli casi in cui il paziente sia già giunto al limite della propria vita, e quindi una richiesta suicidaria avrebbe ben poca utilità; la seconda, poiché porterebbe con sé il rischio di una dilatazione eccessiva ed incontrollabile del concetto¹⁴.

In questa situazione di incertezza interviene la Consulta. Questi i passaggi fondamentali: si parte dal presupposto indiscutibile che, ai sensi della più volte citata legislazione vigente, ogni paziente ha “il diritto fondamentale di rifiutare ogni trattamento sanitario praticato sul proprio corpo, indipendentemente dal suo grado di complessità tecnica e di invasività”, ivi compreso, quindi, quelle procedure che sono normalmente compiute da personale sanitario e la cui esecuzione richiede certo particolari competenze oggetto di specifica formazione professionale, ma che potrebbero essere apprese da familiari o *caregivers* che si facciano carico dell'assistenza del paziente, quali ad esempio l'evacuazione manuale dell'intestino del paziente, l'inserimento di cateteri urinari o l'aspirazione del muco dalle vie bronchiali. Nella misura in cui tali procedure si rivelino in concreto necessarie ad assicurare l'espletamento delle funzioni vitali del paziente, al punto che la loro omissione o interruzione causerebbe verosimilmente la morte del medesimo in un breve lasso di tempo, esse dovranno certamente essere considerate quali “trattamenti di sostegno vitale”, ai fini dell'applicazione della scriminante risultante dalla sentenza n. 242/2019¹⁵.

Come a dire quindi che i trattamenti di sostegno vitale non sono soltanto quelli forniti da macchinari o apparecchiature di vario tipo – quali la ventilazione, l'idratazione, l'evacuazione artificiale, cui avevano fatto riferimento le sentenze precedenti – ma anche quelli eseguiti manualmente da personale medico o anche da familiari e badanti del paziente, anche a domicilio, la cui omissione determinerebbe prevedibilmente il decesso del paziente in un breve lasso di tempo, quali ad esempio l'evacuazione manuale dell'intestino con frantumazione della massa fecale, l'inserimento di cateteri urinari o l'aspirazione delle secrezioni polmonari e dei liquidi dalle vie bronchiali. Tutti interventi che possono a pieno titolo rientrare nella nozione di “trattamento di sostegno vitale” e la cui interruzione, in presenza delle altre condizioni analizzate, potrebbe essere posta in essere senza incorrere in responsabilità penale *ex art. 580 c.p.*

veda anche A. MASSARO, *La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridefinizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini*, in www.giurisprudenzapenale.com. Più in generale, sulla giurisprudenza che ha tentato di allargare o addirittura superare la nozione di “trattamento di sostegno vitale” si veda, su tutti, G. DI ROSA, *Interventi giudiziari e proposte di regolazione in materia di suicidio assistito*, in www.giustiziainsieme.it.

¹⁴ Così, tra gli altri: F. CONSULICH, *La morte medicalmente assistita e la tentazione dell'overruling: il significato ambiguo del trattamento di sostegno vitale*, cit., 1071 ss.

¹⁵ Si evidenzia che il Comitato nazionale per la Bioetica ha di recente circoscritto il concetto di trattamento di sostegno vitale, ai fini dell'applicazione della sentenza n. 242, “ai trattamenti sostitutivi delle funzioni vitali – in termini di finalità, intensità e sospensione, come indicati nel paragrafo 4 –, in ciò ben distinti dai trattamenti ordinari e dalle modalità di cura dei bisogni vitali della persona malata, e la cui sospensione sia seguita dalla morte in tempi brevi. Indipendentemente dagli orientamenti nei confronti del suicidio medicalmente assistito, sui cui potrebbero anche essere avanzate obiezioni di fondo legate al principio di tutela di ogni vita umana e alla problematicità dell'anticipazione intenzionale della morte, il requisito dei trattamenti di sostegno vitale ha una decisiva rilevanza bioetica, in quanto delimita nettamente l'ambito della non punibilità dell'assistenza al suicidio entro il perimetro di una situazione di prossimità della morte. Ciò esclude possibili derive verso un indebito ampliamento dell'accesso al suicidio assistito, i cui confini di applicazione risulterebbero, altrimenti, inevitabilmente incerti e socialmente discriminatori, poiché potrebbero esporre maggiormente i soggetti vulnerabili ad una inaccettabile pressione, inducendo peraltro una generalizzata apertura nei confronti dei percorsi suicidari” (cfr. Comitato nazionale per la Bioetica, Risposta, 20 giugno 2024, in www.biodiritto.org).



Si abbandona dunque una concezione di trattamento di sostegno vitale come condizione di formale collegamento fisico del malato ad un macchinario, per accedere ad una nozione più elastica ed ampia, ossia di condizione di “fragilità biologica” nella quale l’organismo non è più capace di mantenere autonomamente le proprie funzioni vitali e diviene quindi indispensabile, per la sopravvivenza, l’aiuto di un supporto esterno, non necessariamente meccanico, ma anche “manuale” e “umano”.

Ora, al di là della questione circa l’opportunità o meno del mantenimento in essere del requisito in parola¹⁶, la “palla” passa dunque a giudici di merito e medici del Servizio Sanitario Nazionale, ai quali è demandato il compito di interpretare la nozione ed individuare nel concreto cosa si debba intendere per “trattamento di sostegno vitale”. Il tutto, nel rispetto di quanto affermato dalla Corte, che sembra dettate all’interprete i tre canoni ermeneutici in base ai quali stabilire se ci si torvi in presenza di un trattamento di sostegno vitale.

In primo luogo, da un punto di vista *soggettivo* – ossia di colui che può praticarlo – va notato che la nozione sposata dal Giudice delle leggi è molto ampia, perché comprende, come visto, non soltanto il personale medico e sanitario nel complesso, ma chiunque, familiari o terzi soggetti, si prenda cura e si faccia carico dell’assistenza del paziente, purché ovviamente adeguatamente istruito e preparato a tal fine.

Se dal punto di vista *soggettivo* la nozione viene decisamente allargata rispetto al passato e non crea particolari difficoltà ermeneutiche, i principali nodi interpretativi, è intuitivo presumerlo, riguarderanno l’accertamento dei due requisiti oggettivi individuati dalla Corte perché si possa parlare di “trattamento di sostegno” vitale: ossia un primo giudizio, per così dire di *efficacia causale* del trattamento, nel senso che questo deve costituire *condicio sine qua non* della permanenza in vita del paziente; ed una seconda valutazione, per così dire di *efficacia temporale* del trattamento, vale a dire quella che dalla sua interruzione deve dipendere il decesso del paziente in un “breve lasso di tempo”.

Conclusivamente, il requisito della sussistenza di un trattamento di sostegno vitale deve essere interpretato, dai giudici e dagli operatori del servizio sanitario nazionale, tenendo conto dei seguenti criteri: in senso *soggettivo*, lo stesso può essere posto in essere da personale sanitario con competenze oggetto di specifica formazione professionale, oppure da familiari del paziente o da *caregivers* che si fanno carico dell’assistenza, dopo essere stati istruiti a tal fine; in senso *oggettivo*, il trattamento deve esplicitare un’efficacia causale necessaria al compimento delle funzioni vitali del paziente e, in caso di sua interruzione, la morte dello stesso deve appalesarsi come evento a breve termine.

Quanto “breve” debba essere poi il lasso di tempo tra interruzione del trattamento e decesso non viene specificato e ciò determinerà inevitabili incertezze e discrasie interpretative da parte di giudici e

¹⁶ Fortemente critici sull’opportunità di conservare il presupposto del mantenimento in vita attraverso trattamenti di sostegno vitale, sono, tra gli altri: M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, cit., 16, il quale sottolinea come il richiamo alla sottoposizione a trattamenti di sostegno vitale quale presupposto per l’accoglimento della richiesta di suicidio assistito costituisca un “limite arbitrario” e produca l’effetto di escludere, dall’accesso alla morte assistita, un numero importante di soggetti vittime di patologie atroci; V. DURANTE, *Quando continuare a vivere diventa intollerabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1367; G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale sul caso Cappato?*, cit., 9, il quale auspica la rimozione, in occasione di futuri interventi, di un requisito ritenuto superfluo ed irragionevole. Dubbi al riguardo esprimono anche: G. FERRANDO, *Aiuto medico a morire. Contributo alla discussione sul progetto di legge*, in *Resp. med.*, 2022, 82 ss.; M. PICCINNI, *La richiesta di aiuto a morire: spazi per una risposta politica “gentile” e per un intervento del legislatore*, *ibidem*, 143 ss.; P. ZATTI, *La questione dell’aiuto medico a morire nella sentenza della Corte costituzionale: il “ritorno al futuro” della l. 219/2017*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it, 2/2020. Per ulteriori approfondimenti si rinvia anche a L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *Corti supreme e salute*, 2/2020, 509.



medici chiamati ed esprimersi in materia. Certo “breve” non può voler significare “immediato” o “quasi immediato”, altrimenti i confini della scriminante in parola verrebbero circoscritti in una forma troppo angusta e finirebbero con il ricorrere nei soli casi in cui il suicidio assistito diverrebbe poco utile, poiché interesserebbe le sole situazioni in cui il malato si trova già nell'imminenza della fine della propria vita. Ciò, si ritiene, sarebbe contrario alla *ratio* dello stesso art. 580 c.p., come riscritto dalla Corte, ed al più volte ricordato bilanciamento tra interessi ad esso sotteso. Per questo motivo, di fronte alla relatività del concetto di “brevità”, è auspicabile che questo venga interpretato dalla Corte e dai sanitari con una certa elasticità, tale da ricomprendere nell'alveo della non punibilità anche condotte di aiuto a morire poste in essere nei confronti di soggetti che, senza l'ausilio del trattamento “salvavita”, sarebbero in grado di rimanere in vita anche per un periodo di apprezzabile durata.

Al termine di queste brevi osservazioni non può sottacersi la questione, etica e morale, prima ancora che giuridica, alla quale la Corte non sembra aver dato convincente risposta, se cioè sia davvero “giusto”, “umano” e rispettoso dei valori costituzionali mantenere in vigore, ai fini della non punibilità dell'aiuto al suicidio, il requisito in parola – per il quale il paziente, per poter chiedere e ottenere di morire, debba trovarsi in una condizione in cui è tenuto in vita da meccanismi di sostegno vitale, a prescindere da come li si voglia intendere – privando così del diritto a morire pazienti affetti da sofferenze insopportabili derivanti da patologie gravissime ed irreversibili, ma che non siano “formalmente” dipendenti da strumenti di sostegno vitale. Si pensi, giusto per fare un esempio purtroppo molto ricorrente, alla situazione di un paziente oncologico, cui rimangono pochi mesi di vita e che si trovi a patire sofferenze intollerabili, che allo stato della legislazione attuale si vede privato della possibilità di ottenere un aiuto a morire, a fronte di un malato che avrebbe davanti a sé ancora anni di vita grazie all'ausilio di un trattamento di sostegno vitale, il quale invece potrebbe esercitare tale opzione e liberarsi anticipatamente dalle sofferenze attraverso l'avvio di una procedura di suicidio assistito.

Ancora, ci si chiede se sia corretto negare la possibilità di farsi aiutare nel porre fine alla propria vita ad un soggetto affetto da una grave forma di sclerosi multipla allo stato avanzato, che soffre pene infernali e che conduce una vita a suo giudizio improseguibile, ma che (per sua sfortuna!!) è in grado di alimentarsi e respirare da solo.

Questi gli interrogativi, che si legano tutti ad una considerazione di fondo, ossia quella secondo cui, sul piano empirico che un malato grave in modo irreversibile e pesantemente sofferente possa o meno necessitare di trattamenti di sostegno vitale appare un dato in qualche modo “estrinseco”, “fortuito”, che dipende da fattori collegati in primo luogo alla tipologia di malattia – ma non necessariamente alla gravità della stessa ed alle sofferenze che ne conseguono – che non pare possano costituire una valida *ratio* per distinguere casi in cui la sua richiesta di morire sia meritevole di accoglimento e casi in cui, viceversa, non lo sia.

Questa pare forse, al netto di tutte le (più o meno condivisibili) ragioni che sorreggono la decisione in commento, la più grande sperequazione, alla quale una società civile deve porre rimedio. Resta così da chiedersi se non sia il caso, *de jure condendo*, di eliminare, tra i requisiti che condizionano la non punibilità dell'aiuto al suicidio, quello del mantenimento in vita del paziente attraverso meccanismi di sostegno vitale, tenuto anche in considerazione del fatto che, di tutti i requisiti individuati dalla Corte (ossia, ripetiamo: la patologia irreversibile; le sofferenze che il malato reputa intollerabili; il suo consenso libero e consapevole; la tenuta in vita del paziente attraverso meccanismi di sostentamento vitale), questo pare certamente il più incerto e di difficile inquadramento, anche per come è stato interpretato dalla Corte. Si pensi alla già evidenziata relatività che inevitabilmente porta con sé l'aggettivo



“breve”: chi ci dice, ad esempio, quale sia l’intervallo di tempo da prendere in considerazione per vedere integrato il requisito della sussistenza di un “breve lasso di tempo” tra l’interruzione del trattamento e la morte: poche ore o giorni? Settimane o anche qualche mese? Insomma non è definibile su basi scientifiche non opinabili il *cut off*, l’intervallo di tempo che deve intercorrere tra la sospensione del trattamento ed il decesso.

Né, più in generale ed anche a prescindere dal requisito temporale, a quanto consta è rinvenibile in letteratura scientifica una definizione univoca di “trattamento di sostegno vitale”¹⁷.

Questa situazione di incertezza derivante dall’adozione della nozione di “trattamento di sostegno vitale”, non va dimenticato, è tanto più difficile da accettare in una materia, quale quella in esame, estremamente delicata, che coinvolge scelte estreme quale quella di porre fine alla propria vita e che necessiterebbe, più di ogni altra, di regole chiare, inequivoche e ben scolpite *ex ante*.

Insomma, il criterio in esame desta perplessità e merita forse di essere “ripensato”, per due essenziali ordini di motivi: il primo, relativo alla incerta delimitazione del concetto, che rischia di essere espanso e ristretto “a fisarmonica” in maniera incontrollabile, in base alla sensibilità del singolo operatore; il secondo, per le possibili disparità di trattamento che, a prescindere dalla sua interpretazione, questo criterio porta con sé.

Così come, ma questo è un altro tema ancora – stante le già rilevate differenze tra eutanasia attiva, considerata sempre illecita, e suicidio assistito, lecito nei limiti tracciati – ci si chiede se sia davvero giusto e “non ipocrita” negare l’accesso alla morte assistita ad un soggetto che, malato irreversibile, afflitto da sofferenze insopportabili ma lucido e cosciente, non sia in grado, proprio per la gravità della patologia (che magari non lascia sopravvivere nel paziente neppure un minimo di mobilità necessaria a consentirgli di attivare il meccanismo di somministrazione del farmaco letale), di “suicidarsi”, ossia di compiere da solo l’ultimo e letale passo finale della procedura di morte, ma necessiti di un intervento attivo di un terzo, che provochi direttamente il decesso.

¹⁷ Per approfondimenti sulla nozione di “trattamento di sostegno vitale” si rinvia, *ex multis*, a C.A. DEFANTI, *I trattamenti di sostegno vitale*, in Aa.Vv., *Trattato di biodiritto*, I, Giuffrè, Milano, 2011, 581 ss.



TIZIANA RUMI

Professoressa aggregata di Diritto privato – Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE PER ILLECITO TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Il business model dei social network: lo scambio dei servizi contro dati.* – 3. *L'utilizzo dei dati senza il consenso dell'interessato per fini commerciali quale possibile pratica commerciale scorretta nei provvedimenti dell'AGCM Facebook (2018) e Meta Platforms Ireland Ltd (2024).* – 4. *... e quale ipotesi di violazione della concorrenza tra imprese nelle pronunce della Corte di giustizia UE.* – 5. *Considerazioni conclusive.*

1. – Una specola da cui indagare le problematiche concernenti le pratiche commerciali scorrette è rappresentata dai modelli negoziali cc.dd. «servizi contro dati», sempre più favoriti dal crescente sviluppo dell'economia digitale¹. La protezione dei dati personali infatti, per un verso, rientra tra i diritti fondamentali garantiti alla persona e, per altro verso, viene sempre più in gioco per il valore economico che il dato personale incorpora². Il processo di digitalizzazione è presente in tutte le attività umane

¹ Secondo un'immagine diffusa i dati sono considerati come il carburante (*new oil*) della nuova economia digitale, sebbene parte della dottrina (A.M. PINELLI, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona, contratto e mercato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6/2022, 1322) consideri l'analogia con il petrolio fuorviante in quanto i dati costituiscono un bene diverso da tutti gli altri vuoi per la loro idoneità ad essere utilizzati e sfruttati contemporaneamente e in luoghi diversi, vuoi per la circostanza che i dati sono inesauribili e vengono generati a ritmi esponenziali.

² Dalla prima direttiva sulla protezione dei dati personali contenute in banche dati (del 1995) al Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali (del 2016) si è assistito al passaggio dall'idea dei dati personali in termini di diritti soggettivi assoluti, meritevoli di una tutela risarcitoria extracontrattuale in caso di lesione al pari degli attributi della persona, all'idea che i dati personali, costituiscano anche una risorsa economica e che possano essere ceduti come merce di scambio e che i limiti posti al loro trattamento servano a regolamentare una nuova merce in una società centrata sulle "informazioni", dove si passa "dalla protezione di un'integrità non in vendita alla disciplina di una proprietà suscettibile di essere ceduta" (cfr. S. SIMITIS, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4/1997, 575). Il legislatore italiano, tuttavia, ha stentato ad ammettere la libera circolazione dei dati personali tanto che, nonostante la direttiva del 1995 ritenesse funzionale al perseguimento dei propri fini assicurare contemporaneamente la libera circolazione dei dati personali e la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, la legge italiana n. 675 del 1996 era riluttante ad ammettere «che sull'attività contrattuale svolta nel fenomeno dei dati personali insistessero, per la natura così speciale del bene, due discipline, in ragione della coesistenza in quella vicenda negoziale, di situazioni soggettive relative ed assolute, un diritto delle obbligazioni ed un diritto assoluto della personalità» (così V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 4-5/2018, 695). Questa tendenza trovava conferma, peraltro, anche nella dottrina dell'epoca, poco propensa ad indagare il fenomeno del trattamento dei dati personali anche in chiave economica e di mercato (vedi le considerazioni di S. RODOTÀ, *Conclusioni*, nel volume di V. CUFFARO-V. RICCIUTO-V. ZENO-ZENCOVICH, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, 308). Con il *General Data Protection Regulation* (GDPR) prima, e con la direttiva 770/2019/UE, poi, la questione relativa alla commercializzazione dei dati personali sembra, tuttavia, ritenersi supe-



ed «il contratto diviene strumento di fruizione sia di contenuti, correlati all'utilizzo di strumenti sempre più *smart*, sia di servizi che, lungi dall'essere di utilizzo sporadico, scandiscono le abitudini delle persone e spesso ne condizionano l'esistenza (si pensi all'uso massivo dei *social networks*)»³.

In questo quadro, la tutela viene affidata sia ai principi ed alle regole che governano il trattamento dei dati (come il principio di lealtà, ma anche quello di proporzionalità, tenuto conto del fatto che è necessario contemperare il diritto alla protezione dei dati con altre libertà costituzionali come la libertà di espressione o di impresa), sia ad altre regole a protezione del consumatore che mirano alla correttezza della pubblicità e delle transazioni commerciali non solo nel suo interesse ma anche nell'interesse del mercato⁴. La sintesi tra queste discipline rappresenta il superamento dell'antico dualismo tra “concezione morale” dei dati personali (che ne esalta la correlazione con l'identità della persona e la sua dignità e libertà) e la concezione patrimoniale dei medesimi (alla stregua della quale i dati possono essere considerati come dei beni e circolare liberamente nel mercato)⁵.

La prospettiva attuale, infatti, riconosce l'appartenenza della protezione dei dati personali anche all'ambito negoziale, oltre che a quello dei diritti della personalità, e, a determinate condizioni, ne ammette la circolazione⁶. Ciò presuppone, ovviamente, la qualificazione dei dati personali come beni

rata. Lo scambio economico così realizzato corrisponde ad una struttura giuridica di tipo contrattuale, sebbene non si faccia riferimento ad uno specifico contratto (vedi art. 3, par. 2, Direttiva 770/2019/UE). Ciò è messo bene in luce dalla dottrina che individua nel Regolamento una certa «enfasi sul momento circolatorio dei dati personali, rispetto alla sottolineatura delle implicazioni personalistiche del dato personale» (F. PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2/2017, 375) e «un diverso bilanciamento degli interessi, che opera in favore della circolazione e con una retrocessione della tutela personalistica» (A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 1/2018, 302). Nell'ottica della qualificazione del GDPR come disciplina del mercato dei dati personali cfr., anche, N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di Zorzi Galgano, Padova, 2019, 35 ss.

³ Cfr. A. ADDANTE, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giust. civ.*, 4/2020, 892.

⁴ Ciò a conferma del fatto che il dato personale ha anche una dimensione contrattuale e diviene parte della promessa obbligatoria. Peraltro il rilievo economico dei dati personali aumenta il ventaglio di tutele dei singoli consumatori e delle imprese concorrenti, rispetto alla protezione ricavabile dal GDPR, perché garantisce «in astratto di intervenire sulle attività di raccolta, accumulo e trattamento multiple idonee a consolidare posizioni dominanti e precludere lo sviluppo e l'accesso a servizi maggiormente sensibili ai profili della privacy digitale, anche nelle ipotesi in cui il trattamento sia lecito, ad esempio poiché i dati sono stati sottoposti in via preventiva a procedure di pseudonimizzazione conformi ai principi di trattamento lecito e prevenzione del rischio introdotti dall'art. 6, n. 4 del nuovo regolamento UE n. 679/2016». Così G. GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la “consumerizzazione” della privacy*, in *Dir. inf.*, 2/2017, 424.

⁵ In argomento cfr. G. RESTA-Z. ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2018, 2, 411 ss.; G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Dir. inf. e informatica*, 4/2020, 635 ss. Sulla circolazione dei dati vedi R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in *federalismi.it*, 3/2019; F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. e impr.*, 1/2019, 43; G. DI LORENZO, *La circolazione dei dati personali tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato*, in *federalismi.it*, 21/2019, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit. 689 ss., nonché ID., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO-R. D'ORAZIO-V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 23 ss.; S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *Media-Laws – Riv. dir. media*, 3/2019, 131 ss.; R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, 760 ss. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020. Peraltro, non sono rari i casi di contratti aventi ad oggetto beni personali. Basti pensare, ai contratti di sponsorizzazione (v. A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 1384).

⁶ Così G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento di dati personali*, in AA.VV., *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di E. Cremona, F. Laviola e V. Pagnanelli, Torino, 2022, 55 s.



immateriale e, segnatamente, attributi della persona di cui si può cedere l'utilizzazione economica a terzi (nel nostro caso le piattaforme social)⁷ ma non la titolarità, che continua a restare nella sfera dominicale del loro originario titolare⁸. Lo "scambio" costituito dalla cessione, da parte dell'utente di servizi social, del diritto di sfruttamento economico dei dati personali dietro la fornitura, da parte del titolare del trattamento, di contenuti e/o servizi digitali ha dato luogo, in particolare, a due questioni non prive di conseguenze giuridiche: la sostanziale assimilazione della prestazione dei dati alla prestazione di denaro, quale controprestazione della fornitura di contenuti e servizi digitali forniti dalle piattaforme online, e la specificazione del ruolo che assume il consenso nei contratti di social network.

La prima questione ha trovato espresso riconoscimento in diversi interventi del legislatore europeo. Non solo la Direttiva UE n. 2161/2019, nel ridefinire la disciplina generale dei diritti dei consumatori, ha introdotto un comma 1-bis nell'art. 3 della Direttiva n. 83/2011 estendendone l'applicazione all'ipotesi in cui per l'accesso ai contenuti o servizi digitali il consumatore si impegna a fornire al professionista dati personali, ma anche la Direttiva UE n. 770/2019, nel disciplinare i contratti di fornitura di contenuti o di servizi digitali al considerando 24 e, soprattutto, all'art. 3, par. 1, ha previsto la sua applicazione anche all'ipotesi in cui la controprestazione del consumatore non è rappresentata dal pagamento di una somma di denaro ma dalla fornitura (anche sotto forma di impegno) dei dati personali (recte dall'attribuzione al professionista del diritto a trattare i propri dati personali).

Nonostante la formulazione più attenuata della norma rispetto a quella corrispondente della proposta di direttiva – che qualificava la fornitura di dati come controprestazione – non può negarsi che la sostanza del fenomeno sia rimasta immutata, lasciando molti dubbi, in dottrina, circa la sua ricostruzione in termini di contratto a prestazioni corrispettive⁹, ricostruzione che, tenendo conto della natura

⁷ Occorre evidenziare che la limitazione della circolazione dei dati personali derivante dalla loro assimilazione ai diritti della personalità appariva comunque eccessiva in quanto, com'è noto, non ogni disposizione negoziale dei diritti della personalità è, di per sé, illecita. Se lo sono sicuramente gli atti di disposizione a titolo oneroso che riguardano la persona nella sua corporeità, stante l'esistenza di un articolato impianto normativo, generale e speciale, che regola la materia degli atti dispositivi del corpo e li regola esclusivamente nell'alveo della gratuità (v. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 4-8), un discorso diverso, invece, va fatto per quel che concerne gli attributi immateriali (o astratti) della persona e, cioè, tutti quei caratteri che non rientrano nella sua sfera corporea, come l'immagine, il nome, la voce o i dati personali...). In queste ipotesi, infatti, non rinvenendosi alcuna normativa da cui poter dedurre il divieto di disporre a titolo oneroso da parte del titolare, non sembrano sussistere quei «limiti imposti dalla legge» all'autonomia privata, di cui all'art. 1322, comma 1, c.c. Assimilando agli attributi immateriali della persona i dati personali potrebbe, quindi, confermarsi che lo scambio di dati personali come controprestazione sarebbe astrattamente lecito. Tuttavia tale scambio, non integrando una vera e propria compravendita (perché manca l'effetto traslativo), deve essere verificato nella sua liceità e, quindi, per essere ammesso non dovrà contrastare con le norme imperative, l'ordine pubblico ed il buon costume. Così M. GIACCAGLIA, *Facebook è gratis? "Mercato" dei dati personali e giudice amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2020, 279.

⁸ Non è un caso che anche chi sostiene la necessità di ammettere l'esistenza di un mercato di circolazione dei dati personali comunque li considera come attributi della persona e costitutivi della sua identità, con la conseguenza di escluderne la dismissione definitiva per atto del suo titolare (v. G. RESTA, *L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?*, in *Dir. inf.*, 2004, 45). Interessanti considerazioni sulla possibilità di disporre degli attributi immateriali della persona in una logica diversa da quella proprietaria sono espresse da S. THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie personali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, 62 s. Ma vedi anche C. SOLINAS, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. it.*, 2/2021, 325, per la quale se circolazione della ricchezza significa circolazione del diritto espressione di tale ricchezza, «non è certo il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali che circola, né un diritto di stampo proprietario sui dati personali. Il contratto di circolazione del dato costituisce un diritto in capo al titolare del trattamento a godere dei benefici, diretti o indiretti, ricavabili dal trattamento del dato, in ragione proprio della peculiarità del dato personale che consente un godimento contemporaneo, ripetuto e spazialmente illimitato dello stesso».

⁹ Secondo C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 3/2019, 505, la singolarità della defini-



“bifronte” del dato ed adattando ad essa la disciplina applicabile (con conseguente esclusione di possibili effetti traslativi e definitivi o degli effetti vincolanti propri della disciplina contrattuale), ci sembra rimanga quella più accreditata in considerazione del fatto che la fornitura di contenuti e servizi digitali viene remunerata con (e, quindi, trova la sua causa giustificativa nel) la fornitura del diritto a trattare i dati personali dell’interessato ed a trarre da essi utilità.

Quanto al ruolo del consenso nei contratti di *social network*, come evidenziato da autorevole dottrina¹⁰, occorre distinguere la volontà di richiedere la fornitura del servizio digitale o anche del bene – che si manifesta accedendo al sito e usufruendo di quanto dallo stesso offerto e che non presenta particolari problemi se non quelli propri di tutte le contrattazioni anche *off line* (la volontà contrattuale, per essere valida, non deve essere viziata né provenire da soggetti incapaci di agire) – dal consenso al trattamento dei dati, in virtù del quale la controparte professionale potrà trarre utilità economiche, la cui natura negoziale può desumersi dall’equiparazione, operata dalle più recenti normative europee a tutela dei consumatori, tra il contratto di fornitura di servizi digitali dietro pagamento di un corrispettivo da parte dell’interessato e l’operazione economica in cui quest’ultimo riceve i contenuti ed i servizi digitali obbligandosi (o impegnandosi) a fornire i propri dati personali, il cui trattamento non sarebbe necessario ai fini dell’esecuzione del contratto di *social network*, né per l’assolvimento, da parte del professionista, di obblighi di legge. Si registrano due importanti ricostruzioni in dottrina che assegnano, l’una, natura negoziale¹¹ e, l’altra, natura autorizzatoria¹² al consenso al trattamento dei dati per-

zione contenuta nell’art. 3 della Direttiva n. 770/2019 è data dal fatto che «le due *forniture* da parte dei due contraenti non sembrano poste in relazione formale di corrispettività, ragion per cui il contratto non si presenta né oneroso né a prestazioni corrispettive, bensì come “caso”,..., in cui convergono la prestazione economica tecnicamente gratuita di contenuti o servizi digitali da parte dell’operatore economico, e in corrispondenza la fornitura di dati personali da parte del consumatore». Da qui la costruzione della fattispecie come fornitura contrattuale *a struttura gratuita* cui si affianca – *ma non in funzione corrispettiva* – un atto dispositivo mediante il quale il consumatore cede al fornitore i suoi dati personali, suscettibili di trattamento e verosimilmente trattati in relazione a scopi diversi da quelli contrattuali (altrimenti si tratterebbe di una fornitura *del tutto gratuita* e priva delle tutele consumeristiche in quanto il trattamento dei dati sarebbe necessario per l’esecuzione stessa del contratto) ed ottiene, per espressa previsione normativa, la stessa tutela prevista per il consumatore che paga per i servizi ricevuti (potrà esercitare i rimedi contro i difetti di conformità). Questi contratti rientrerebbero nel modello di *gratuità interessata*, e sarebbero caratterizzati da un doppio procedimento formale e da un *doppio consenso* da parte dell’utente del servizio: il primo, concernente la conclusione del contratto di fornitura (sottoposto alle ordinarie regole contrattuali) ed il secondo concernente la raccolta del consenso informato al trattamento dei dati e sottoposto alla disciplina del GDPR. Si tratterebbe, quindi, di due procedimenti negoziali autonomi ma tra loro collegati. Altra dottrina (V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 3, 652 s.), invece, al di là dello schema astratto utilizzato e della difficoltà di individuare un tipo contrattuale soprattutto nell’ipotesi in cui i dati personali vengono forniti senza ricevere un corrispettivo in denaro, ritiene che anche in questi schemi, dove la fornitura di dati è solo apparentemente gratuita, venga in gioco una causa di scambio. Per l’A. la causa concreta del contratto «consente di rinvenire nella prestazione avente ad oggetto i dati personali il corrispettivo dei beni e dei servizi digitali. E questo nonostante la formulazione dell’art. 3, Dir. n. 770/2019 che ha volutamente evitato di far riferimento al termine «corrispettivo» su parere del Garante europeo per la protezione dei dati personali (v. EDPS, *Opinion 4/20178*, in www.edps.europa.eu). Quest’ultimo, pur riconoscendo l’esistenza di un mercato europeo dei dati personali, riteneva «pericoloso» accostare concettualmente e testualmente alla controprestazione pecuniaria quella costituita dalla fornitura di dati in quanto la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale insuscettibile di essere considerato in termini di mera «merce» e, quindi, di corrispettivo.

¹⁰ Il riferimento è ad A. GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2022, 709 ss.

¹¹ Vedi, tra gli altri, G. RESTA-V. ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2018, 434.

¹² Si tratta della tesi di F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali”*, cit., 43 ss., che richiama la distinzione formulata da A. AURICCHIO (voce *Autorizzazione*, in *Enc. dir.*, Milano IV, 1959, par. 2), tra autorizzazione “integrativa” (cui è ricollegabile il consenso – condizione di liceità del trattamento dei dati personali), dall’autorizzazione “costitutiva”, in quanto la prima, pur



sonali. Tali ricostruzioni, sebbene poste come divergenti, potrebbero essere combinate¹³ in considerazione del fatto che anche il trattamento dei dati è, per così dire, *duplice*¹⁴. Si registra, infatti, un trattamento «necessario alla fornitura del servizio e nei confronti del quale le norme sulla protezione dei dati personali mirano a proteggere la riservatezza, l'identità e la personalità degli interessati», ed un trattamento necessario, invece, a remunerare il titolare della sua attività. Il consenso relativo al primo ha sicuramente natura autorizzatoria (rimuovendo «un ostacolo o un limite al potere o alla facoltà che l'ordinamento già accorda al titolare del trattamento, in funzione del perseguimento di propri interessi, lecitamente perseguiti»¹⁵), mentre, con riferimento al secondo trattamento, il consenso non può che avere natura negoziale (in quanto permette al titolare del trattamento di svolgere la propria attività economica e di fare guadagni), per cui la tutela dell'utente qui è vista nell'ottica di garantire *un'equità dello scambio* rispetto ad un'operazione economica caratterizzata da una forte asimmetria informativa nei suoi confronti¹⁶ e congegnata alla stessa stregua dei contratti per adesione, dove l'aderente (nel nostro caso l'utente) potrà solo “prendere” (acconsentire anche al trattamento di dati personali non strettamente necessari per ottenere i servizi social) o “lasciare” (decidere di rinunciare ai servizi social)¹⁷. Poiché lo “scambio” servizi contro dati è funzionale a realizzare quello che è stato definito, da

essendo un istituto privatistico condividerebbe con l'autorizzazione amministrativa il fine di rimuovere un limite all'esercizio di un potere o di una facoltà.

¹³ Vedi anche le osservazioni di A. GENTILI, *op. cit.*, 713 s.

¹⁴ Cfr. G. D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali*, cit., 659.

¹⁵ Così F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali”*, cit., 43 s. per il quale il consenso ha carattere autorizzatorio e preventivo, costituendo un atto «prodromico rispetto all'attività giuridica del titolare del trattamento». Peraltro, l'A. evidenzia proprio come questa impostazione non è preclusiva rispetto alla possibilità di “commercializzazione” dei dati personali che vanno, però, inquadrati diversamente, sotto il profilo giuridico, ammettendo un consenso contrattuale ontologicamente distinto, sebbene collegato, a quello reso in materia di protezione dei dati personali.

¹⁶ Evidenzia A. GENTILI, *op. cit.*, 701 ss. come dalla stessa normativa del GDPR emerga la disparità di potere negoziale delle due parti e la legittimazione legale del mercato dei dati «con pochi, fiacchi e platonici limiti a protezione della persona». Ciò deriverebbe anche dalla circostanza che nella disciplina in questione il fondamento della legittimazione a trattare dati non è il consenso dell'interessato ma «la libertà di circolazione dei dati e in generale il principio capitalistico sotteso al mercato. Sono i fornitori dei servizi digitali che nei *Terms of service* stabiliscono le condizioni per l'erogazione. E nella quasi totalità dei casi il consenso ha un ruolo marginale, limitato ai servizi accessori». Ciò è confermato anche dalla possibilità riconosciuta ai titolari del trattamento di giustificare la raccolta e l'utilizzo dei dati personali non realmente necessari per l'erogazione del servizio quando ciò corrisponda ad un “legittimo interesse” dei medesimi. Per l'A. se il legislatore avesse voluto bilanciare l'interesse dell'impresa con quello degli utenti «avrebbe dovuto instaurare il controllo del trattamento dati attraverso specifiche disposizioni di legge» così come ha fatto in materia consumeristica, e comunque ad un vero bilanciamento si sarebbe potuti giungere impostando siti di navigazione in modo tale che gli utenti dovessero dare il consenso a tutti i *cookie* non strettamente necessari all'erogazione del servizio, piuttosto che trovarsi già un consenso presunto e doversi attivare per rifiutarlo.

¹⁷ Sulla duplicità dei consensi dissentono, invece, V. RICCIUTO, *Consenso al trattamento e contratto*, in S. ORLANDO (a cura di), *Libertà e liceità del consenso nel trattamento dei dati personali*, in *Pers. merc.*, Firenze, 2024, 31 ss., e S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il GDPR. L'interessato consumatore*, in *Pers. merc.*, 2/2023, 231. In particolare il primo evidenzia come «ricostruire una vicenda circolatoria di carattere patrimoniale, quale quella relativa all'ipotesi di scambio dei dati personali, che muove dall'idea che ogni decisione di un soggetto in ordine ai propri dati personali debba esaurirsi nel (limitato) orizzonte della c.d. autodeterminazione informativa, alla quale, sulla scia dell'esperienza tedesca, si è fatto riferimento in sede di interpretazione della l. n. 675/1996. Il contesto nel quale tali originarie posizioni trovavano un qualche fondamento è però del tutto modificato da un punto di vista, intanto, normativo (con le modifiche alla originaria disciplina della l. n. 675/1996, la quale del tutto marginalmente si preoccupava delle vicende circolatorie); dalle letture che gli interpreti hanno successivamente offerto del fenomeno e, ancora di più, dall'erompere del fenomeno del trattamento dei dati nelle attività economiche e che ha portato all'adozione del Regolamento il quale, invece, offre (certo non esclusivamente) gli strumenti per una ricostruzione in chiave pienamente patrimonialistica e negoziale».



più parti, come capitalismo della “sorveglianza”¹⁸, occorre esaminare più da vicino il *business model* di cui lo stesso si serve per realizzare i suoi obiettivi (ovvero captare le scelte degli utenti per poi poterle indirizzare e, addirittura, manipolare).

2. – Nella prassi di mercato dei *social network* il modello di *business* probabilmente più diffuso è rappresentato dal trattamento e dalla circolazione dei dati quale corrispettivo dei diversi servizi offerti. Rispetto al passato, infatti, la fornitura del dato non è più un elemento strumentale all’attività dell’impresa, ma diventa la ragione principale del suo svolgimento. I dati costituiscono, cioè, la base del *business* imprenditoriale per le potenzialità di ricchezza connesse alla loro aggregazione, analisi, profilazione ecc.¹⁹, tutte attività che l’impresa svolge servendosi degli algoritmi e dell’IA. Si parla, nello specifico, di modello di business “*zero-price*” volendo così rappresentare la circostanza che, in queste economie, i servizi digitali vengono offerti all’utente “gratuitamente”, o meglio senza che lo stesso debba eseguire una controprestazione di natura pecuniaria perché gli basterà acconsentire al trattamento dei propri dati personali per la realizzazione di interessi commerciali²⁰.

Questo modello si distingue dall’ipotesi in cui lo scambio dei dati avviene, invece, contro moneta (c.d. *personal data economy model*), nel senso che agli utenti viene riconosciuta una parte o l’intero valore che ai dati è attribuito dalle piattaforme mediante i processi di profilazione e *adversiting*. Poiché alla fornitura del dato da parte dell’utente segue la corresponsione di una somma di denaro, si parla di “monetizzazione” dei dati personali, sebbene in dottrina si escluda che anche nel modello di monetizzazione possa verificarsi una sorta di equiparazione tra dati personali e moneta. Lo impedisce il dettato dell’art. 3, par. 1, direttiva 2019/770 «che prevede che i dati siano utilizzati direttamente per accedere a beni e servizi, non anche per la remunerazione dell’utente».

Si tratta di diversi modelli di “commercializzazione” dei dati personali, non sempre facilmente distinguibili nella pratica, e rispetto ai quali le garanzie a tutela di chi fornisce i dati sono differenti. Lasciando da parte il modello in cui si assiste, comunque, ad una remunerazione in denaro della fornitura del dato personale ed approfondendo, invece, le caratteristiche del modello “*zero price*”, occorre ancora distinguere diversi livelli di patrimonializzazione dei dati. A livello più basso troviamo l’ipotesi dei dati forniti dall’utente in quanto necessari alla stessa esecuzione del servizio da parte del fornitore. Qui non si può parlare propriamente di “commercializzazione” dei dati personali perché qui la fornitura del dato non è, economicamente considerata come un’alternativa al denaro, ma si giustifica quale condizione fattuale perché il titolare del trattamento possa eseguire un comportamento obbligatoriamente (già) dovuto in base ad un contratto o alla legge, tanto che il trattamento viene subordinato al rispetto delle sole regole del GDPR²¹.

¹⁸ Su cui vedi, tra gli altri, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, II ed., Roma, 2023, *passim*; G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, in part. capitolo 1, e A. QUARTA, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020.

¹⁹ Proprio in considerazione della ingente massa di dati diversi per oggetto e per soggetto disponibili nell’ecosistema digitale, prodotti ad alta velocità e derivanti da fonti altamente differenziate, gestiti ed analizzati da sempre nuovi e più avanzati algoritmi, non si parla più di semplici dati ma di “big data”. Sul tema, *amplie*, A. DI LANDRO, *Big Data. Rischi e tutele nel trattamento dei dati personali*, Napoli, 2020; G. D’ACQUISTO-M. NALDI, *Big Data e Privacy by design. Anonimizzazione Pseudonimizzazione Sicurezza*, Torino, 2017.

²⁰ Sul punto G. D’IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento di dati personali*, 58 s. Con riferimento al trattamento dei dati personali per finalità di marketing online diffusamente ID., *Profilazione e pubblicità targhettizzata online. Real-Time Bidding e behavioural adversiting*, Napoli, 2021.

²¹ Non opereranno, invece, le norme e le tutele relative alla concessione/vendita dei dati, incluse quelle contenute nella Direttiva 2019/770/UE (vedi art. 3, par. 1).



Ad un livello superiore si colloca, invece, l'ipotesi in cui il fornitore dei servizi digitali richieda dati ulteriori rispetto a quelli necessari alla fornitura del servizio, perché qui la *commercializzazione* dei dati personali non è dubitabile. Si tratterà di assicurare che il trattamento di questi dati "altri" rispetto a quelli necessari all'esecuzione del servizio avvenga nel rispetto dei principi di liceità, limitazione delle finalità e minimizzazione previsti dal GDPR. Di conseguenza il titolare del trattamento dei dati dovrà informare effettivamente e adeguatamente l'interessato delle finalità diverse che si intendono perseguire affinché l'interessato potrà essere messo al corrente dei trattamenti ulteriori (e magari non voluti) e ciò anche al fine di non veder qualificata la propria condotta come pratica commerciale scorretta con le conseguenze giuridiche che ne deriverebbero.

Ma un livello ancora più sofisticato (e forse più diffuso) di patrimonializzazione dei dati si ha quando il fornitore del servizio digitale condiziona la fornitura di un servizio richiesto dall'utente al consenso prestato dallo stesso al trattamento dei suoi dati per servizi a lui non necessari ma da cui il titolare del trattamento può ottenere remunerazione (es. l'invio di newsletter per finalità di marketing). Si tratta del fenomeno del "tying"²² o "bundling" dove si assiste ad una condizionalità che non è espressione di un consenso liberamente prestato²³. Detto altrimenti, se l'utente negherà il consenso al trattamento per usufruire del servizio accessorio non potrà più usufruire neppure del servizio principale. Occorre allora capire se i servizi sono tra loro collegati, ma autonomi (per cui non opererà l'art. 7 GDPR), oppure se esiste una condizionalità perché, in quest'ultimo caso, la condizionalità sarà lecita solo se basata su un consenso "liberamente prestato". Su questo punto si sono formati due orientamenti: uno più rigoroso e l'altro più liberale. Il primo, partendo dall'assunto che il consenso dell'interessato sia elemento non negoziabile delle condizioni generali di contratto (o di servizio) unilateralmente predisposte dal professionista, ritiene lecita la condizionalità soltanto nel caso in cui il titolare offra all'interessato la scelta tra un servizio condizionato all'uso dei dati personali per finalità supplementari e lo stesso servizio "equivalente" che però non richieda un siffatto consenso.

Il secondo orientamento, invece, recepito dalla nostra S.C. nella pronuncia n. 17278/2018²⁴, am-

²² Evidenzia G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento di dati personali*, cit., 68 come la fattispecie del *tying*, quale peculiare condizione a cui viene subordinata l'esecuzione del contratto, «è quella dietro la quale è più probabile che si annidi un fenomeno di commercializzazione e patrimonializzazione dei dati personali,

nonché, forse, quello che più si avvicina all'uso dei dati personali quale nuova *currency*, in quanto solo in questo caso l'utente non potrà accedere al servizio senza aver ceduto dati per finalità da lui non richieste, non necessari al servizio ma che soddisfano il solo interesse del titolare ad ottenere profitti.».

²³ Le condizioni del consenso sono indicate all'art. 7 GDPR dove si prevede che nelle ipotesi di trattamento basate sul consenso il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l'interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali e soprattutto, al par. 4 si stabilisce che «Nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto». La norma va letta unitamente al considerando 43 del GDPR dove si prevede una presunzione di consenso non libero e quindi invalido nel caso in cui «non è possibile prestare un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione». Sulla libertà del consenso e sull'interpretazione dell'art. 7, comma 4, GDPR v'è chi (C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 96) ritiene che la norma rappresenti il riconoscimento e non la negazione della possibilità di scambiare liberamente il consenso al trattamento dei dati non necessari all'esecuzione del contratto con la fornitura dei servizi digitali.

²⁴ In *Giur. it.*, 2019, 3, con commento di S. THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*. Nel caso di specie la S.C., pur accogliendo il ricorso del Garante per mancanza di specificità del consenso, si discosta dal rigore della sua interpretazione ritenendo che il consenso può considerarsi libero anche quando una prestazione sia ad esso condizionata purché si



mette la possibilità di condizionare il contratto alla prestazione del consenso al trattamento dei dati per altre finalità (es. l'invio di comunicazioni commerciali da parte di terzi) nel caso in cui il servizio principale sia “fungibile”, nel senso che sia uno dei tanti servizi disponibili sul mercato a cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio. Tra queste posizioni, per così dire “estreme”, una via di mezzo potrebbe essere rappresentata dal considerare lecita una condizionalità necessaria di cui il consumatore venga, però, effettivamente ed adeguatamente informato prima di effettuare la sua scelta commerciale, anche per escludere la qualificazione della pratica commerciale posta in essere dal fornitore dei servizi ‘combinati’ come scorretta perché ingannevole o aggressiva²⁵.

3. – A fondamento delle decisioni dell'AGCM ora in esame vi è l'acquisizione che i dati personali siano caratterizzati da una duplice dimensione, personale e patrimoniale. Proprio per quest'ultima componente, necessaria allo sviluppo dei mercati digitali, non è più “in forse” la patrimonializzazione/commercializzazione dei dati personali ma è necessario, per un verso, assicurare che le operazioni economiche²⁶ aventi ad oggetto il loro sfruttamento a fini commerciali non contrastino con la normativa sulla c.d. *data protection* e, per altro verso, accettare l'idea che i contratti di “cessione” dei dati personali non possano essere traslativi della proprietà, come accade per qualunque altro bene negoziabile, «non essendo una definitiva perdita del diritto in parola compatibile con la sua natura di diritto fondamentale»²⁷. La circostanza, poi, che vi sia un legame corrispettivo tra il servizio di accesso al *social network* e la prestazione del consenso al trattamento dei (propri) dati personali (da parte) dell'utente, oltre ad orientare verso la natura negoziale del consenso²⁸ assegna ad esso il ruolo di pa-

tratti di un condizionamento “controllato” nel senso che, per un verso, il consenso non deve essere viziato dai vizi della volontà né da “possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà, doppiezze o malizie comunque adottate dal titolare del trattamento”; e, per altro verso, la prestazione condizionata dalla prestazione del consenso al trattamento non dev'essere “infungibile ed irrinunciabile per l'interessato”. Per un approfondimento sull'interpretazione del requisito della libertà del consenso v. ancora S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2/2016, 513 ss.

²⁵ In quest'ultimo senso si è pronunciata ad es. L'AGCM – PS 10207 – *Promozioni scorrette, sanzioni a Samsung Electronics Italia* per oltre tre milioni di euro del 25 gennaio 2017.

²⁶ Diverse sono le incertezze che concernono le qualificazioni contrattuali di queste operazioni economiche tanto che qualche autore (P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2022, 1064 s.) ipotizza un contratto *a causa mista*, assimilabile alla commercializzazione del diritto patrimoniale d'autore o allo sfruttamento economico dell'immagine, dove però la controprestazione non è rappresentata da un corrispettivo monetario ma dal consenso al trattamento dei dati personali, peraltro revocabile *ad nutum*.

²⁷ Così B. PARENZO, *Dati personali come “moneta”*. Note a margine della sentenza TAR Lazio n. 260/2020, in questa *Rivista*, 5/2020, 1372.

²⁸ Quello della natura giuridica del consenso è un profilo controverso in dottrina. Parte di essa, valorizzando la natura patrimoniale del dato, considera il consenso come un vero e proprio atto di disposizione compiuto dall'interessato del trattamento sui suoi beni (i dati personali) facenti parte del proprio patrimonio (vedi, per tutti, G. OPPO, “*Trattamento*” dei dati personali e consenso dell'interessato, in ID., *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000, 113 e V. CUFFARO, *A proposito del consenso*, in V. CUFFARO-V. RICCIUTO-V. ZENO ZENCOVICH, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1999, 121). Altri autori, invece, propendono per una ricostruzione del consenso al trattamento dei dati personali come atto giuridico in senso stretto, di tipo scriminante (è la posizione di S. PATTI, *Commento all'art. 23*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (“Codice della privacy”)*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, Padova, 2007, 553, e di I. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *ODCC*, 2018, 84 s.) o di tipo autorizzatorio (cfr., tra gli altri, F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, cit., 34, nonché, ID., *Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, 107 ss. e D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 354).



rametro della liceità della controprestazione, nel senso che il trattamento dei dati cui si acconsente sarà lecito solo se, e fintanto che, si svolga per le finalità che sono state indicate al concedente e non per altre²⁹. Con la conseguenza, sotto il profilo contrattuale, che l'utilizzo dei dati per finalità diverse da quelle dichiarate, può, con il concorso di altre circostanze, costituire una pratica commerciale scorretta o, comunque, una condotta anti-consumeristica. Tra le vicende che hanno suscitato particolare interesse ai fini della qualificazione dell'illecito trattamento dei dati personali come pratica commerciale scorretta un ruolo significativo è assunto dai casi *Facebook* del 2018 e *Meta* del 2024. Il primo di essi ha visto contrapposti il noto colosso dei servizi social (*Facebook Ireland Ltd.*, appunto, società europea controllata dall'americana *Facebook Inc.*) e l'AGCM per la presunta violazione, da parte della piattaforma digitale, di alcune regole del codice del consumo (gli artt. 20, 21, 22, 24 e 25 concernenti le pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive). In questa occasione l'AGCM ha riconosciuto la scorrettezza di due pratiche e, precisamente, ha considerato ingannevole la condotta del professionista che non aveva informato adeguatamente e immediatamente l'utente, in fase di attivazione dell'*account*, dell'attività di raccolta e utilizzo per finalità informative e/o commerciali dei dati che l'utente gli aveva ceduto (dichiarando, anzi, la gratuita fruizione del servizio e inducendolo, così, ad assumere una decisione di natura commerciale – quella di registrarsi a Facebook – che altrimenti non avrebbe preso), e aggressiva la condotta di Facebook per avere indebitamente condizionato i consumatori registrati, in cambio del servizio social, a consentire a Facebook medesimo ed a terzi la raccolta e l'utilizzo dei loro dati, in modo inconsapevole e automatico, prevedendo, in caso di deselegione delle informazioni, penetranti limitazioni nell'utilizzo della piattaforma social³⁰. Il provvedimento dell'AGCM è stato parzialmente accolto dalla giurisprudenza amministrativa, prima del TAR Lazio³¹, e successivamente del Consiglio di Stato che ha confermato la sentenza di primo grado³².

La difesa di Facebook si incentrava, essenzialmente, sulla mancanza di legittimazione dell'AGCM a sanzionarla, non essendoci pratiche commerciali da vagliare per la mancanza di qualsiasi corrispettivo patrimoniale da parte dei consumatori. Questi ultimi, secondo la ricorrente, non avrebbero potuto mai cedere i propri dati come corrispettivo di una prestazione, essendo la gestione dei dati personali un'attività a carattere non patrimoniale ove non è coinvolto l'interesse economico del singolo utente e,

²⁹ Ciò almeno tutte le volte in cui non sia l'ordinamento a prevedere condizioni di liceità del trattamento diverse dal consenso.

³⁰ Nella pronuncia dell'AGCM si è evidenziato che le versioni del sito web di Facebook anteriore e successiva al 15 aprile 2018 si basavano comunque su meccanismi di *opt-out*. E qualora l'utente fosse approdato alle schermate relative all'opzione sarebbe stato, in ogni caso, disincentivato dal modificare la selezione preimpostata da Facebook a causa del carattere fortemente penalizzante delle limitazioni previste (nella fruizione del social network, di siti web e app di terzi) e rappresentate da espressioni del tipo: “non potrai accedere ai siti Web o alle app usando Facebook”, “non sarai in grado di accedere ai giochi o alle applicazioni mobili usando Facebook”, “i tuoi amici non potranno interagire con te e condividere elementi usando le app e i siti web”, “verrà disattivata anche la personalizzazione istantanea”, “le app a cui hai effettuato l'accesso (tramite Facebook o in modo anonimo) saranno rimosse”, “i post delle app saranno rimossi dal tuo profilo”.

³¹ Si tratta di TAR Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, in questa *Rivista*, 5/2020, 1355 ss.

³² Il riferimento è a Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2361, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, con nota di D. D'ALBERTI, *Tutele “multilivello” e l'effettività dei rimedi per gli utenti online* (dove si approfondisce anche il problema della c.d. *parental liability*, ovvero della responsabilità della società controllante per gli illeciti compiuti dalla sua controllata); in *Resp. civ. prev.*, 5/2021, 1604 ss., con nota di L. CASALINI, *Dati personali all'inserzione tra diritto del consumo e tutela della privacy*; in *giustiziacivile.com*, con nota di V. RICCIUTO-C. SOLINAS, *Fornitura di servizi digitali e prestazione di dati personali: punti fermi ed ambiguità sulla corresponsività del contratto*, in *Foro it.*, 2021, 325 ss., con nota di A. D'AVOLA-R. PARDOLESI, *Protezione dei dati personali, tutela della concorrenza e del consumatore (alle prese con i “dark pattern”): parallele convergenti?*



di conseguenza, non potendosi applicare al caso da decidere la disciplina consumeristica l'unica normativa applicabile sarebbe stata quella relativa alla protezione dei dati personali.

Su questo punto il Consiglio di Stato (richiamando la pronuncia del TAR) chiarisce che le due discipline, *privacy* e consumeristica, sono complementari ed esclude che l'omessa informazione sullo sfruttamento dei dati dell'utente a fini commerciali sia una questione disciplinata esclusivamente dal *General Data Protection Regulation* (da ora GDPR o RGDP)³³. Ma, soprattutto, propone il cumulo dei rimedi per offrire una tutela *multilivello* dei diritti delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia sfruttato a fini commerciali³⁴. Peraltro, la disciplina consumeristica (e segnatamente quella sulle pratiche commerciali scorrette) si rivelava particolarmente idonea a garantire una tutela effettiva dell'utente/consumatore, sia per la gamma di comportamenti colpiti, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto negoziale, sia per la natura di illecito di pericolo che caratterizza le pratiche commerciali scorrette (per cui rileva la potenzialità lesiva della condotta e non anche l'effettiva lesione della autodeterminazione dell'utente). Senza contare la "velocità" della tutela amministrativa da parte dell'AGCM e la circostanza che la stessa sia rivolta non solo al singolo consumatore ma alla collettività dei consumatori.

L'assunto da cui era partita *Facebook* (ovvero l'idea che i dati personali non possono essere considerati merce in quanto costituiscono beni *extra commercium*, trattandosi di diritti fondamentali della persona) viene, quindi, superato dal Consiglio di Stato che sposta l'attenzione dal dato personale alla sua protezione e considera proprio tale protezione come diritto fondamentale, come diritto all'*autodeterminazione informativa*.

Ogni individuo, in altri termini, ha diritto di controllare e gestire il proprio patrimonio informativo, di decidere sui propri dati. Non a caso il GDPR fornisce ai singoli specifici strumenti di tutela che vanno dal diritto di limitazione con cui si riduce l'attività di trattamento del titolare alla mera conservazione dei dati, al diritto di opposizione dell'interessato ai trattamenti posti in essere per motivi di interesse pubblico (compresi i trattamenti di profilazione), al diritto di revocare il consenso prestato in qualunque momento e con la stessa facilità con cui è stato accordato.

Si conferma, quindi, che è la stessa disciplina del GDPR a garantire all'interessato la possibilità di disporre dei propri dati attraverso lo strumento del consenso che presuppone un'informazione trasparente e chiara rispetto ad ogni trattamento che riguardi i suoi dati personali³⁵, ma non contempla divieti espliciti relativi alla commercializzazione dei dati, attività che rappresenta, come detto poc'anzi, il *business model* delle piattaforme social³⁶. L'impiego dei dati personali per attività di profilazione con-

³³ Peraltro, al fine di escludere la sovrapposibilità dei piani relativi alla tutela della "privacy" e alla protezione del consumatore i giudici amministrativi richiamano la decisione della CGUE 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17, *AGCM contro Wind Tre SpA e Agcm contro Vodafone Italia SpA*, dove si è affermato il principio che in caso di conflitto tra le disposizioni della direttiva sulle pratiche commerciali sleali ed altre norme dell'Unione, che disciplinano aspetti specifici sempre delle pratiche commerciali sleali, queste altre norme prevalgono e si applicano a tali aspetti specifici. In dottrina cfr. M. MIDIRI, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, in *federalismi.it*, del 13 maggio 2020, 227 s.

³⁴ Sul punto, in dottrina, F. LAVIOLA, *Il diritto all'autodeterminazione informatica tra concorrenza e data protection*, in AA.VV., *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di E. Cremona, F. Laviola e V. Pagnanelli, Torino, 2022, 45.

³⁵ Il considerando 39 del GDPR specifica, infatti, che dovrebbero essere trasparenti le modalità con cui i dati personali sono raccolti, utilizzati, consultati o altrimenti trattati, in particolare per quanto attiene alle finalità del trattamento, e che gli interessati dovrebbero essere sensibilizzati rispetto ai rischi del trattamento e alle modalità di esercizio dei loro diritti.

³⁶ Al par. 8 della pronuncia si afferma, infatti che «la patrimonializzazione del dato personale ... costituisce il frutto dell'intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato – e della profilazione dell'utente – a fini commerciali».



sente ai *Social* di fornire (dietro corrispettivo) i risultati del *targeting* a soggetti terzi (che sono i veri clienti delle piattaforme digitali), che li utilizzeranno a fini commerciali per effettuare pubblicità mirate³⁷. Occorre precisare che nel caso deciso non veniva in rilievo la violazione, da parte di *Facebook*, degli obblighi di trasparenza e di informazione posti dal GDPR (in quanto *Facebook*, nelle condizioni d'uso della piattaforma, aveva comunicato agli utenti che i loro dati sarebbero stati impiegati per ricevere una pubblicità personalizzata e che, quindi, sarebbero stati forniti in forma anonima a terzi inserzionisti che, grazie all'attività di profilazione, avrebbero potuto proporre inserzioni che avrebbero incrociato gli interessi e i gusti dei destinatari), quanto la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, avendo il colosso americano ingannato gli interessati facendo loro credere che il servizio *social* fosse gratuito e, quindi, per aver omesso di fornire agli interessati un'informazione completa e trasparente sull'utilizzo a fini commerciali dei loro dati³⁸.

Proprio la qualificazione (fatta dall'AGCM e dai giudici) del contratto di iscrizione a *Facebook* come oneroso e non gratuito ha rappresentato la premessa per poter giungere ad affermare la responsabilità in ordine alle condotte tenute da *Facebook* come pratiche commerciali scorrette. Se, viceversa, fossero state ritenute fondate le censure di *Facebook* relative all'assenza di qualsivoglia corrispettivo a carico dell'utente per l'utilizzo del servizio, l'unica disciplina applicabile sarebbe stata quella sulla *privacy* e, conseguentemente, le relative sanzioni avrebbero potuto essere irrogate solo dal Garante *privacy*³⁹.

Qualche anno più tardi l'AGCM è stata chiamata a pronunciarsi su due pratiche commerciali “in

³⁷ Sulla pubblicità mirata cfr., per tutti, F. GALLI, *La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?*, in *Contr. e impr.*, 2/2022, 919 ss. il quale mette in guardia sui problemi che ne derivano per i consumatori che sono indebitamente influenzati da forme di pubblicità sempre più pervasive. Le pratiche di pubblicità mirata possono limitare l'autonomia decisionale dei consumatori e manipolarli. La pubblicità mirata può anche dar vita a trattamenti differenziati e discriminatori nel senso di rendere l'accesso a beni e servizi più svantaggioso per alcuni individui e categorie di consumatori rispetto agli altri. Così alcune categorie di persone possono essere sistematicamente escluse da certe opportunità di mercato, in base a valutazioni automatiche individualizzate e senza una logica accettabile. Senza contare che i problemi legati alla pubblicità mirata possono riguardare anche ambiti diversi da quello commerciale. Le tecniche manipolatorie, infatti, possono essere impiegate oltre che per orientare le scelte di consumo anche per orientare le opinioni ed i comportamenti politici dei cittadini, con pregiudizio per le democrazie. Al fine di arginare il fenomeno e, soprattutto, il nuovo squilibrio informativo che caratterizza i rapporti tra i commercianti ed i consumatori (vedi L. AMMANNATI, *La circolazione dei dati: dal consumo alla produzione*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, 4, 663), sono intervenute sia le norme del GDPR sulla profilazione e sulle decisioni automatizzate (vedi anche *Le Linee Guida Sul Processo Decisionale Automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del Regolamento 2016/679* adottate dal Gruppo di Lavoro Articolo 29 il 3 ottobre 2017, 16 e 17, con le successive modifiche), sia la Direttiva 2016/2101/UE (che ha introdotto nuovi requisiti di trasparenza rilevanti per la pubblicità mirata). Nuovi obblighi informativi sono stati poi previsti dalle modifiche introdotte alla direttiva sui diritti dei consumatori del 2011 (art. 6-bis (1) (a)) ed a quella sulle pratiche commerciali sleali (art. 7 (4 a)), nonché dal *Digital Services Act* (DSA).

³⁸ Occorre evidenziare che, successivamente, con due sentenze “gemelle” del 18.11.2022 il TAR Lazio, è tornato ad occuparsi di pratiche commerciali sleali e patrimonializzazione di dati personali e si è pronunciato, con esiti opposti, sulle impugnative proposte da *Apple* e *Google* avverso provvedimenti emessi nei loro confronti dall'AGCM.

³⁹ Sul punto vedi anche C. SOLINAS, *Circolazione dei dati personali*, cit., 322 dove si afferma che la posizione della società ricorrente esprimeva l'idea per cui il trattamento dei dati personali poteva trovare collocazione nell'ambito della sola tutela della persona e non anche in quello dei rapporti patrimoniali e della loro disciplina generale. Da qui anche l'ulteriore motivo di ricorso per cui *Facebook* contestava la violazione del principio di legalità/prevedibilità, in quanto sarebbe stata sanzionata “sulla base di una disciplina (quella sulle pratiche commerciali scorrette) la cui applicazione era imprevedibile e nuova”, ed in virtù della quale sarebbero state applicate, con dubbia legittimità, “sanzioni sulle pratiche commerciali al diverso tema della gestione dei dati personali e comunque a pratiche in cui non viene in questione un interesse economico diretto del consumatore”.



odore di scorrettezza” poste in essere da *Meta Platforms Ireland*⁴⁰: la prima, similmente al caso *Facebook*, consisteva nella presunta ingannevolezza della condotta di *Meta Platform Ireland Ltd* e della sua controllante americana *Meta Platform Inc.* per aver omesso di informare gli utenti della piattaforma *Instagram*, all’atto della attivazione e prima registrazione dell’*account*, dell’attività di raccolta e di utilizzo, per finalità commerciali, dei dati dell’utente, così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (ovvero l’utilizzo della piattaforma al “prezzo” dei propri dati); la seconda pratica (anch’essa ingannevole) si articolava, invece, nella mancata comunicazione agli utenti già registrati di un’adeguata motivazione in merito alla decisione da parte dei *social network Facebook* ed *Instagram* di sospendere l’utilizzo dell’*account* di un utente, limitando poi di molto il contraddittorio sulle richieste di revisione della decisione e nell’assenza di un’assistenza idonea nei casi in cui l’utente doveva recuperare un *account* a cui non poteva più accedere. A seguito dell’istruttoria condotta dall’AGCM è emersa la scorrettezza di entrambe le pratiche, nel primo caso per violazione degli artt. 20, 21, e 22 cod. cons.⁴¹ e nel secondo caso dell’art. 20 cod. cons.⁴², con la previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva, per entrambe le infrazioni, di 3.500.000 euro. Merita attenzione, innanzitutto, il profilo relativo alla competenza dell’AGCM, contestata dalla Piattaforma social. Secondo Meta, infatti, il Garante avrebbe violato diversi principi europei: il principio del Paese di origine, quello della *lex specialis* e la primazia del diritto dell’Unione europea. In particolare, l’AGCM non avrebbe potuto applicare provvedimenti contrastanti con il quadro giuridico esistente (GDPR, Direttiva *e-privacy*, Direttiva *E-Commerce*, regolamento (UE) 2022/2065 sul Mercato Unico dei Servizi Digitali, “*DSA*”) o imporre obblighi o ulteriori requisiti specifici diversi da quelli tipizzati dal legislatore europeo, per non vanificare l’obiettivo di massima armonizzazione (principio di primazia del diritto dell’Unione europea). A ciò si aggiunge che non avrebbe potuto trovare applicazione la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, data la presenza di normative settoriali con riguardo alle quali sarebbe già stato operato un bilanciamento tra protezione dei consumatori e altri interessi specifici considerati dalle leggi speciali (principio della *lex specialis*). E, in terzo luogo, l’AGCM, con riguardo ai fornitori di servizi della società dell’informazione come Meta, non avrebbe potuto imporre obblighi più stringenti rispetto a quelli previsti dalla legge del Paese d’origine del fornitore di servizi. Sotto il profilo della competenza, poi, gli organi legittimati ad intervenire nel caso in esame sarebbero dovuti essere (secondo Meta) la *Data Protection Authority* irlandese (per la condotta *sub a*) ovvero l’informativa resa in fase di prima registrazione alla piattaforma *Instagram*) e la Commissione europea e/o la *Competition and Consumer Protection Commission* irlandese (per le condotte *sub b*), mancata informativa resa in caso di interruzione dei servizi di social network e relati-

⁴⁰ Si tratta del provvedimento del 21 maggio 2024, n. PS12566, reperibile sul portale *agcm.it*.

⁴¹ In quanto il professionista, fino al 25 marzo 2024 non ha informato immediatamente, cioè in fase di attivazione e prima registrazione dell’*account Instagram* via web, dell’attività di raccolta e utilizzo, per finalità commerciali, dei dati dell’utente, così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (registrazione nella piattaforma IG per usufruire dell’omonimo servizio di *social network*).

⁴² In quanto Meta, fino al mese di agosto 2023, contrariamente agli obblighi derivanti dalla diligenza professionale attesa dalla piattaforma, ha omesso: i) con riguardo alla piattaforma *Facebook*, di indicare le modalità (automatizzata o manuale) con cui è stata assunta la decisione di sospendere l’*account*, ossia di interrompere i propri servizi; ii) con riguardo a entrambi i social network, di fornire indicazioni della possibilità di contestare la decisione di sospendere l’*account*, oltre che con ricorso interno, anche adendo un organo di risoluzione extragiudiziale delle controversie o ricorrendo a un giudice per contestare la decisione del Professionista e aver previsto un termine relativamente breve (di 30 giorni) per contestare tramite ricorso interno diretto a Meta la decisione del Professionista.



vo contraddittorio con l'utente, e *sub c*) mancata assistenza fornita agli utenti che non riescono più ad accedere ai propri *account*).

A ben vedere si tratta di difese superabili come evidenziato dalla stessa AGCM e dai giudici amministrativi già nel precedente caso *Facebook*. In quella vicenda, infatti, l'AGCM riconosceva la propria competenza e coglieva l'occasione sia per delineare i diversi ambiti di operatività del Garante *Privacy* e dell'Autorità *Antitrust*, sia per sostenere la possibile complementarietà della disciplina sulla protezione dei dati personali e di quella concernente le pratiche commerciali scorrette⁴³. Ma anche il Tar Lazio respingeva le censure relative alla carenza del potere dell'AGCM, sottolineando il valore patrimoniale dei dati personali⁴⁴. Si deve, tuttavia, al Consiglio di Stato (nella pronuncia n. 2631/2021) la definizione dei rapporti tra la disciplina del GDPR e la tutela consumeristica. Una volta ammessa la patrimonializzazione del dato personale, infatti, la questione non è quella di stabilire se il diritto consumeristico possa o meno sovrapporsi al diritto alla tutela dei dati personali (costituendo tali "diritti" «distinte categorie settoriali» disciplinate da normative speciali e non sovrapponibili tra loro), ma quella di trovare rimedio allo *sfruttamento*, inconsapevolmente per l'utente, dei suoi dati da parte della piattaforma social. E se è vero che la nozione di "trattamento" del dato personale comporterebbe un ambito applicativo amplissimo del GDPR, ciò non significa che lo stesso possa considerarsi "assoluto". «Una siffatta conclusione», si dice, «sarebbe irragionevole, dal momento che ogni scienza giuridica o comportamento umano (...) coinvolge inevitabilmente dati personali» perché porterebbe «ad escludere in radice l'applicabilità di ogni altra disciplina giuridica». Se rimane indiscutibile la "centralità" della disciplina discendente dal GDPR e dai Codici della privacy nazionali «deve comunque ritenersi che allorquando il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento – unionale prima e interno poi – non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore, qual è quella (...) della tutela del consumatore, riduca le tutele alle persone fisiche»⁴⁵. Nella vicenda *Meta*, l'AGCM, in merito al *principio di specialità*, contesta l'incompatibilità o l'antinomia tra le previsioni in materia di *data protection/privacy* e quelle in materia di protezione del consumatore «perché l'oggetto dell'indagine non afferisce alla correttezza del trattamento dei dati personali da parte della piattaforma» (che avrebbe giustificato l'applicazione delle sole norme sulla *data protection*), «ma alla chiarezza, immediatezza e completezza dell'informazione circa lo sfruttamento di tali dati ai fini commerciali nell'ambito di un "rapporto di consumo"»⁴⁶. Inoltre, con riguardo ai rapporti tra «il complesso sistema di Regolamenti,

⁴³ Vedi i punti 45-48 del Provvedimento AGCM n. 27432.

⁴⁴ A conferma della possibilità di uno sfruttamento economico del dato personale nell'ambito delle "piattaforme social" con conseguente necessità di tutelare il consumatore, i giudici amministrativi richiamano gli *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE del 2016* dove la Commissione aveva affermato che "i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto"; il provvedimento dell'AGCM PS 10601 – *Whatsapp* dell'11 maggio 2017, la decisione della Commissione Europea del 3 ottobre 2014 (pubblicata il successivo 19 novembre 2014) il "network" europeo di autorità nazionali per la cooperazione della tutela dei consumatori di cui al Regolamento 2006/2004/CE.

⁴⁵ Ad avviso del Collegio, quindi, non serve creare "compartimenti stagni di tutela" ma occorre piuttosto garantire "tutele multilivello" che possano amplificare il livello di garanzia dei diritti delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia "sfruttato" a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà e, soprattutto, senza la consapevolezza (da parte) dell'interessato consumatore.

⁴⁶ Di recente cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2025, n. 80 (caso *Google Ireland Ltd.*), in Banca dati *De Jure*, dove si afferma (vedi punto 2.1.1): «la giurisprudenza europea e la giurisprudenza nazionale hanno ritenuto che al criterio della



Direttive, norme di *soft law* e norme di autoregolamentazione che disciplinerebbero compiutamente e con un approccio multilivello i c.d. servizi intermediari» e la disciplina consumeristica sulle pratiche commerciali scorrette, non solo ribadisce il carattere *orizzontale e prevalente* del Codice del consumo la cui nozione di pratica commerciale è così ampia da estendersi a tutte le attività poste in essere dai professionisti (anche nei confronti degli utenti di servizi digitali) prima, durante e dopo l'operazione commerciale⁴⁷, ma si ritiene anche che non vi sia contrasto tra il Regolamento (UE) 2022/2065 (*Digital Services Act – DSA*) e le disposizioni a tutela del consumatore in quanto è lo stesso DSA a fare espressamente salvo il diritto europeo in materia di tutela dei consumatori⁴⁸.

Quanto, poi, alla presunta violazione, da parte dell'AGCM, del principio del Paese di origine (sulla base delle affermazioni contenute nella pronuncia della Corte di giustizia *Meta Platforms Ireland and Others vs KommAustria*⁴⁹) «che impedirebbe all'Autorità di imporre al Professionista obblighi “regolamentari” diversi da quelli previsti dall'ordinamento ove il Professionista si è stabilito», l'AGCM si difende affermando la compatibilità della disciplina consumeristica con tale principio e con la Direttiva *E-Commerce* (da cui lo stesso viene desunto) in quanto, nel caso di specie, si rientrava nelle ipotesi di deroga al principio di stabilimento ivi “codificate”⁵⁰. Nel merito delle violazioni, poi, trascurando la pratica scorretta consistente nell'aver ingannato i consumatori per non averli informati sull'utilizzo, per finalità commerciali dei dati raccolti, qualche osservazione può farsi con riguardo all'ingannevolezza della condotta di Meta per aver omesso di indicare ai suoi utenti le modalità per contestare i provvedimenti di sospensione del loro *account*, oltre che con ricorso interno, anche adendo un organo di risoluzione stragiudiziale delle controversie o ricorrendo ad un giudice per contestare la decisione del Professionista. Correttamente l'AGCM considera questa pratica contraria alla diligenza professionale che, ai sensi dell'art. 20 cod. cons., è uno dei parametri per qualificare la pratica commerciale come scorretta. Il comportamento di Meta infatti, per un verso, impedisce agli utenti di esercitare il diritto di difesa⁵¹ e, per altro verso, preclude loro di svolgere le attività sociali o professionali considerate essenziali nella società contemporanea. Secondo l'AGCM «Il Professionista diligente avrebbe ...

specialità, che vedrebbe prevalere la competenza dell'Autorità settoriale, debba preferirsi il criterio dell'incompatibilità, che vede possibile l'intervento dell'Autorità di settore solo qualora la condotta contestata abbia “ambiti specifici”, nel senso che non rientri nel potere di intervento dell'Antitrust». Di conseguenza «laddove la condotta contestata è tale da rientrare in astratto nel potere di intervento di ambedue le Autorità, la competenza è dell'Antitrust, non dell'Autorità di settore». Nello stesso senso cfr. le pronunce della sesta sezione del Cons. Stato 9 luglio 2024, n. 6077; 5 giugno 2024, n. 5030 e 5 aprile 2024, n. 3175.

⁴⁷Peraltro, a supporto, della propria tesi l'AGCM richiama sia il precedente della Corte di giustizia UE, cause riunite C-54/17 e C-55/17 del 13 settembre 2018, cit. (dove il “contrasto” tra le disposizioni di detta direttiva e altre norme comunitarie sussiste solo laddove queste ultime disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali imponendo ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29/CE), sia l'art. 27, comma 1-bis, cod. cons., che assegna in via esclusiva all'AGCM l'*enforcement* rispetto a tutte le condotte che danno luogo a una pratica commerciale scorretta, comprese quelle che integrano anche la violazione di altre norme di settore.

⁴⁸Vedi art. 2 e considerando n. 10 del DSA.

⁴⁹Si tratta di CGUE 9 novembre 2023, C-376/22 consultabile su www.eius.it.

⁵⁰Per l'art. 3, par. 4, della suddetta direttiva le eccezioni al principio di stabilimento sono ammissibili se i provvedimenti presi sono necessari alla tutela dei consumatori; concernono servizi della società dell'informazione e sono proporzionati a tali obiettivi. Queste condizioni ricorrevano tutte nel caso di specie dove l'AGCM aveva preso un provvedimento “necessario” e “proporzionato” alla salvaguardia dei consumatori e concernente servizi della società dell'informazione come i servizi Facebook e Instagram.

⁵¹La mancata indicazione al consumatore della possibilità di ricorrere al giudice ordinario o di sfruttare meccanismi stragiudiziali di risoluzione delle controversie (ADR) potrebbero indurlo a ritenere di disporre del solo reclamo interno, peraltro da esperire nel breve termine di 30 giorni e, quindi, di una tutela davvero risicata.



senz'altro dovuto fornire ai soggetti privati del servizio la più ampia informativa, anche circa le modalità di contestazione ed eventuale risoluzione delle problematiche riscontrate, al fine di “reintegrare” nel *social network* l'utente attinto dalla misura sospensiva».

4 – L'utilizzo di dati personali a fini commerciali può dar vita a comportamenti abusivi non soltanto nei confronti dei consumatori ma anche delle imprese concorrenti. Qualche anno fa, infatti, l'autorità tedesca per la concorrenza, la *Bundeskartellamt* (*BKartA*) nella decisione del 6 febbraio 2019, B6-22/16, condannava Facebook a modificare le proprie condizioni di servizio laddove condizionava la fornitura dello stesso alla circostanza che gli utenti fornissero dati ulteriori rispetto a quelli necessari per l'accesso al social network, cioè i dati prodotti dall'utilizzo di *Whatsapp* e *Instagram*, nonché quelli raccolti su siti di terze parti. Tale comportamento per l'Autorità amministrativa tedesca poteva essere ricondotto ad un abuso di posizione dominante mediante il quale si frustrava il diritto all'autodeterminazione degli utenti che si vedevano imposte condizioni generali di contratto inique in quanto violavano diritti costituzionali come quelli protetti dal GDPR⁵². Il *trait d'union* tra concorrenza e protezione dei dati personali era dato dal fatto che i dati usati senza il valido consenso degli utenti veniva considerato come fattore che abbassava la qualità della concorrenza. Di parere diverso era, invece, la Corte d'appello tedesca per la quale il *BKartA* non aveva svolto le indagini necessarie sulla violazione da parte di *Facebook* delle regole sulla concorrenza⁵³. Tuttavia il 23 giugno 2020 la Corte federale di giustizia tedesca, nella decisione KVR69/19, dà ragione al *BKartA* e riconosce in capo a *Facebook* la posizione dominante nel mercato tedesco dei social network e il conseguente abuso di posizione dominante. È indubbio, infatti, che la capacità di profilazione raggiunta da Facebook le garantiva un significativo potere di mercato, irraggiungibile da parte dei *competitors*, impossibilitati a combinare altrettanti dati, ma il problema non stava nella posizione dominante quanto nell'abuso di essa dovuto all'impiego di condizioni contrattuali che vincolavano, senza margine di scelta, gli utenti a subire la combinazione delle varie fonti per la costruzione dei loro profili⁵⁴.

⁵² Per il *BKartA* il comportamento concreto di Facebook e la quantità dei dati elaborati provavano l'abuso da sfruttamento di cui all'art. 102 TFUE.

⁵³ Si contesta anche la “perdita di controllo dei dati” da parte dell'interessato e la violazione del suo diritto all'autodeterminazione informativa. Il fatto che per accedere al servizio social si richieda il consenso all'uso di dati aggiuntivi non significa, per i giudici di appello, una perdita di controllo dei dati (con pregiudizio alla sfera giuridica dell'interessato), ma «rende soltanto necessario *bilanciare i vantaggi* derivanti dall'uso di un social network finanziato dalla pubblicità (e quindi gratuito) *con le conseguenze* associate all'uso dei dati aggiuntivi da parte di Facebook. L'utente può compiere questa valutazione senza essere influenzato e in completa autonomia, in base alle sue preferenze e ai suoi valori personali». Così M. MIDIRI, *Privacy e antitrust*, cit., 225, che riporta il passo dell'OLG di Düsseldorf.

⁵⁴ La vicenda tedesca ha consentito alla dottrina di compiere delle riflessioni più generali con riferimento sia alla patrimonializzazione dei dati che all'utilizzo del GDPR per arginare fenomeni di abuso di posizione dominante. Al riguardo G. D'ACQUISTO-F. PIZZETTI, *Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali*, in *Analisi giur. econ.*, 1/2019, 97 evidenziano come la pronuncia del *BKartA* testimoni l'idoneità del trattamento dati personali a creare valore economico e l'idoneità della profilazione derivante dalla combinazione di dati tra diverse sorgenti di creare squilibri nelle dinamiche competitive del mercato. Per gli A. è rilevante la circostanza che un'Autorità nazionale antitrust intervenga per riequilibrare questa situazione di *exploitative abuse* con strumenti propri di settori diversi come il GDPR, anche in considerazione del fatto che alla base della lesione della concorrenza vi era la mancanza di un consenso libero e consapevole da parte degli interessati al trattamento dei dati richiesti, difetto che rendeva illecito il trattamento dei dati personali anche ai sensi del GDPR. Il *BKartA*, intervenendo con strumenti di data protection, finiva per ottenere la riallocazione di un valore economico, illegittimamente fatto proprio da Facebook, presso competitors rendendo loro accessibili quote di mercato da cui erano precedentemente esclusi.



La decisione del BKartA – con cui si affermava un approccio *integrato* tra disciplina a tutela dei dati personali e disciplina antitrust – è stata criticata perché ritenuta in contrasto con l’orientamento dominante e, in particolare, con quello seguito dalla Commissione europea in materia di concentrazioni. Infatti, in una serie di casi⁵⁵ sottoposti alla sua valutazione, la Commissione europea, pur progressivamente riconoscendo il ruolo della privacy come parametro rilevante nella concorrenza fra piattaforme online, non ha bloccato alcuna operazione approvando, quasi sempre senza condizioni, le concentrazioni che sollevavano criticità dal punto di vista della privacy, a conferma dell’approccio separatista per il quale queste due aree del diritto devono restare distinte in quanto assolvono a funzioni e tutelano obiettivi diversi. Analogamente può dirsi con riferimento alle scelte della nostra AGCM che, ad esempio, per comportamenti discriminatori attuati da *Google* nel mercato del *digital advertising*, ha utilizzato un tipo di contestazione diversa da quella adottata dal BKartA.

La nostra Autorità, infatti, nel valutare il presunto abuso di posizione dominante di *Google* non si interroga sulla conformità alla normativa sulla privacy della politica adottata dalla società per raccogliere il consenso degli utenti al trattamento dei loro dati, e, quindi, sulla liceità dei mezzi impiegati a tal fine, ma considera i meccanismi attraverso i quali *Google* sfruttava quei dati a proprio vantaggio. A parere dell’AGCM “la condotta posta in essere da *Google* le permette di mantenere una capacità di offerta di servizi di intermediazione nei suddetti mercati della pubblicità a condizioni e con modalità non replicabili dai concorrenti, tali da rappresentare un vantaggio competitivo ingiustificato. Facendo leva sui dati ottenuti attraverso tali strumenti, non accessibili a terzi, *Google* consente alla propria *Google Marketing Platform* (ovvero la sua DSP) e al proprio *Google Ad Manager* (SSP) di avere prestazioni in termini di capacità di targhettizzazione e di identificazione degli utenti che visualizzano inserzioni pubblicitarie che non sono altrimenti raggiungibili da parte di altri operatori del mercato»⁵⁶. Anche la dottrina⁵⁷ non ha mancato di mettere in evidenza i rischi di desumere dalla lesione della disciplina sulla *data protection*

⁵⁵ Si tratta, in primo luogo del caso *Google/DoubleClik* dell’11 marzo 2008, M.4731. In questa vicenda, ferma restando la posizione dominante nel mercato di riferimento, la Commissione ha ritenuto che la società risultante dalla fusione di *Google* e *DoubleClik* (e dei loro dataset) non avrebbe ottenuto un potere tale da escludere i suoi concorrenti e da impedire la libera concorrenza sul mercato. Nello specifico non vi erano indicazioni che l’impresa risultante sarebbe stata in grado di imporre ai suoi clienti variazioni delle condizioni contrattuali idonee a consentire successivamente l’utilizzo incrociato dei loro dati. Nelle sue Conclusioni la Commissione evidenzia la compatibilità dell’operazione di fusione societaria con la disciplina in materia di concentrazioni ma non esclude possibili rischi per la tutela dei dati personali, dimostrando di tenere distinti gli ambiti applicativi delle due discipline. Ciò conferma che l’eventuale riduzione della tutela della privacy, derivante dalla suddetta fusione societaria e dei dataset, non rientra nel campo di applicazione del diritto antitrust ma è materia di *data protection*. Questo orientamento che sembrava incrinarsi nella vicenda, decisa dalla Commissione il 6 dicembre 2016, *Microsoft/LinkedIn* (M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*) è stato confermato qualche anno più tardi nell’operazione di concentrazione tra *Google* e *Fitbit* (decisione del 17 dicembre 2020, M.9660) e nella più recente decisione del 10 febbraio 2023, M.10815 – *Deutsche Telekom, Orange/Telefonica/Vodafone/Jv*, dove si è ritenuta conforme alla concorrenza la creazione di una *joint venture* di queste importanti società di telefonia per mettere in comune i dati relativi a tutti gli utenti, sempre ai fini di profilazione e pubblicità commerciale. Tutte le decisioni sono consultabili sul sito <https://competition-cases.ec.europa.eu>.

⁵⁶ Si tratta di AGCM, Provvedimento n. 28938 del 20 ottobre 2020, consultabile sul sito www.agcm.it. Più di recente l’AGCM, nel Provvedimento n. 30215 del 5 luglio 2022, caso *Google e Alphabet*, ha avviato un’altra istruttoria per presunta violazione della concorrenza ex art. 102 TFUE e art. 3, legge n. 287/1990, in quanto il gruppo *Google* avrebbe ostacolato l’interoperabilità nella condivisione dei dati presenti nella propria piattaforma con altre piattaforme, così comprimendo il diritto alla portabilità dei dati degli utenti interessati (art. 20 GDPR) e determinando una restrizione della concorrenza. Tuttavia, a seguito della presentazione da parte di *Google* di un pacchetto di impegni volti ad evitare proprie condotte anticoncorrenziali, l’AGCM ha chiuso la procedura ritenendo tali impegni compatibili con il diritto antitrust.

⁵⁷ Tra gli altri cfr. G. COLANGELO-M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, 9 ss.



l'automatica violazione della disciplina antitrust, in considerazione del fatto che si tratta di apparati regolatori volti a perseguire obiettivi diversi e che presentano peculiarità tali da potersi anche porre in contrasto tra loro. Ritenerli necessariamente convergenti, allora, potrebbe generare non poca confusione⁵⁸.

L'idea di basare la connessione tra privacy e antitrust considerando la *policy privacy* quale componente della qualità di un prodotto o servizio per cui la riduzione di tutela della privacy coincide automaticamente con una degradazione della qualità dei beni o servizi offerti con danni sia al benessere del consumatore che alla concorrenza, non coglie nel segno. Si potrebbe dire che la massiva raccolta ed elaborazione di dati da parte delle piattaforme online sia fatta proprio per aumentare la qualità dei servizi offerti e non per degradarla⁵⁹. E, soprattutto, non sono rari i casi in cui le piattaforme online modificano la loro *policy privacy* rendendola più rigorosa non al fine di tutelare i consumatori e migliorare la qualità dei servizi offerti ma per aumentare le barriere all'ingresso nel mercato dei pochi concorrenti e, quindi, come strategia anticoncorrenziale⁶⁰. In tal caso è evidente la "tensione", la "contrapposizione" (piuttosto che la simmetria) tra diritto alla protezione dei dati e la concorrenza. Esempio, in quest'ottica è il caso *Apple* (A561) destinatario di un'istruttoria dell'AGCM volta ad accertare l'esistenza di un presunto abuso di posizione dominante di *Apple* nel mercato delle piattaforme per la distribuzione online di *app* per utenti del sistema operativo iOS⁶¹. Infatti, la nuova *policy privacy* di *Apple*, realizzata attraverso l'*App Tracking Transparency* (ATT) e rivolta ai soli sviluppatori di *app* terzi, aveva diminuito in modo drastico e discriminatorio la loro capacità di raccogliere dati e di profilare gli utenti, riducendo così il valore degli spazi pubblicitari da questi venduti agli inserzionisti. *Apple* aveva ostacolato a proprio vantaggio la capacità dei concorrenti di vendere spazi pubblicitari, aveva favorito le proprie vendite (dirette e indirette) e aveva ridotto il potere contrattuale degli inserzionisti concentrando l'offerta degli spazi pubblicitari nelle proprie mani. La condotta di *Apple* era idonea, quindi, a creare barriere all'ingresso nel mercato della distribuzione delle *app* agli sviluppatori concorrenti e a favorire le sue *app* e le sue vendite, in violazione dell'art. 102 TFUE. Sebbene il caso *Apple* abbia messo in evidenza i rischi connessi all'approccio integrato privacy-antitrust, l'idea che le norme in materia di protezione dei dati personali possano considerarsi parametro per valutare la correttezza della condotta delle imprese in base alla disciplina antitrust è stata fatta propria, da qualche anno, anche dalla Corte di giustizia UE nella causa *Meta Platforms e a. (Condizioni generali d'uso di un social network)* del 4 luglio 2023⁶². La vicenda ha rappresentato l'occasione per far luce anche sui rapporti

⁵⁸Perplessità in tal senso sono espresse da G. COLANGELO, *The Privacy – Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, in *International centre for Law and Economics*, ICLE White Paper 2023, 5.

⁵⁹E quindi, per dirla con G. COLANGELO, *Big. Data, Piattaforme digitali e antitrust*, in *MCR*, 2016, 12, 454, «mancherebbe il legame tra presunta degradazione della qualità e benessere dei consumatori: mentre, infatti, alcuni vedranno in interventi più invasivi per raccogliere e utilizzare dati una diminuzione della qualità, altri riterranno che annunci pubblicitari e servizi maggiormente personalizzati rappresentino un miglioramento qualitativo». Peraltro, La stessa degradazione della qualità è concetto "sfuggente" e, comunque, sarebbe difficile spiegare come l'autorità possa essere in grado di misurare la migliore qualità assicurabile ai consumatori, data la soggettività di tale parametro.

⁶⁰Parla di privacy come "scudo" per legittimare condotte anticoncorrenziali G. COLANGELO, *The Privacy – Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, cit., 23.

⁶¹Si tratta di AGCM, Istruttoria A561 – *Apple/ATT*; Provvedimento del 5 maggio 2023, n. 30620, in www.agcm.it.

⁶²Si tratta della causa C-252/21 in ECLI:EU:C:2023:537, con commento di E. DE FALCO in www.deiustitia.it e di A. PALMIERI, *Prevaricazioni ascritte al gestore di un social network tra antitrust e data protection* (Nota a CGUE, sez. grande, 4/7/2023 n. 252), in *ForoNews* 5 luglio 2023, banca dati *ForoPlus*. Ma vedi anche l'interessante contributo critico di A. D'AVOLA, «More than meets the eye?». *Riflessioni critiche e prospettive d'indagine (sull'incrocio tra privacy e antitrust) a valle del caso Meta*, in *Foro it.*, 12/2023, 579 ss.



tra le diverse *Autorithy* quando, tramite la violazione dell'RGDP, viene contemporaneamente lesa la concorrenza. Nel caso in questione, infatti, la registrazione sulla piattaforma social Facebook (gestita in Europa da *Meta Platforms Ireland*) implicava, per gli utenti, l'accettazione delle condizioni generali stabilite da questa società, compresi la politica sulla privacy e l'uso dei *cookie*. Tali condizioni prevedevano che *Meta Platforms Ireland* potesse raccogliere i dati degli utenti sia all'interno che all'esterno del *social network* (c.d. dati *off* Facebook) affinché venissero utilizzati per fornire loro una pubblicità personalizzata. L'Autorità garante per la concorrenza tedesca (*BKartA*) ha vietato la pratica di Facebook di condizionare l'uso del social da parte degli utenti tedeschi al trattamento dei loro dati *off* Facebook senza il loro esplicito consenso in quanto si trattava di un trattamento che violava l'RGDP e integrava un abuso di posizione dominante di *Meta Platforms Ireland* sul mercato tedesco dei *social network online*. Il Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, adito da Meta per contestare la decisione del Garante tedesco, ha posto alla Corte di giustizia la questione se le autorità nazionali responsabili della concorrenza e del mercato potessero o meno verificare la conformità di un trattamento dei dati ai requisiti stabiliti dal RGDP ed ha chiesto chiarimenti su alcune disposizioni del Regolamento concernenti il trattamento dei dati da parte di un operatore di un *social network online* (in particolare gli artt. 6 e 9, parr. 1 e 2).

La Corte di giustizia, esaminate le sette questioni pregiudiziali proposte, ha ritenuto che gli artt. 51 ss. RGDP e gli artt. 4, par. 3, TFUE debbano essere interpretati nel senso che «fermo restando il rispetto del suo obbligo di leale cooperazione con le autorità di controllo, un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può constatare, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa, ..., che le condizioni generali d'uso di tale impresa relative al trattamento dei dati personali e la loro applicazione non sono conformi a detto regolamento, qualora tale constatazione sia necessaria per accertare l'esistenza di un tale abuso».

Tuttavia, accertata una violazione dell'RGDP, l'autorità garante della concorrenza non può (né deve) assumere il ruolo che spetta al Garante *privacy*, ma può soltanto verificare se tale violazione costituisca elemento di possibile alterazione della dinamica concorrenziale e quindi, ad esempio, di un abuso di posizione dominante, per porvi fine⁶³. E, comunque, il principio di leale cooperazione tra le autorità di controllo implica che laddove il garante nazionale della concorrenza ritenga di dover valutare se il comportamento di un'azienda sia conforme alle disposizioni del GDPR, deve prima verificare se tale comportamento o uno simile sia già stato oggetto di una decisione da parte del competente Garante *privacy* o della Corte di giustizia e non può discostarsi dalla loro decisione («pur restando libera di trarne le proprie conclusioni sotto il profilo dell'applicazione del diritto della concorrenza») ⁶⁴. Il profilo di maggiore impatto della decisione è dato, però, dalla considerazione, da parte dei giudici europei, della violazione della disciplina in materia di dati personali quale presupposto costitutivo dell'illecito anticoncorrenziale, per l'importanza economica che hanno sempre più assunto l'accesso ai dati personali ed il loro sfruttamento quali parametri significativi della concorrenza tra imprese dell'economia digitale. Difatti, le imprese che avranno un maggiore accesso ai dati degli utenti e tratteranno una quantità maggiore di dati saranno favorite sul mercato rispetto alle altre. Se, poi, le stesse svolgeranno

⁶³ La distinzione delle competenze tra autorità nazionali di controllo (circa il rispetto del Regolamento europeo sulla *privacy*) e autorità nazionali antitrust è messa bene in luce nei punti 44-46 della sentenza in esame.

⁶⁴ Ciò serve ad evitare che l'Autorità Antitrust invada illegittimamente le competenze dell'Autorità garante della protezione dei dati personali.



tale attività in violazione della normativa del GDPR matureranno dei vantaggi competitivi illeciti con un impatto significativo, ed al contempo negativo, sulla concorrenza leale tra imprese.

Si comprende, allora, l'affermazione della Corte di giustizia per cui «escludere le norme in materia di protezione dei dati personali dal contesto giuridico che le autorità garanti della concorrenza devono prendere in considerazione in sede di esame di un abuso di posizione dominante ignorerebbe la realtà di tale evoluzione economica e potrebbe pregiudicare l'effettività del diritto della concorrenza all'interno dell'Unione». Se questo è vero, però, occorre rifuggire da qualunque automatismo per il quale basterebbe la sola violazione delle norme del GDPR a configurare anche l'illecito concorrenziale. Non foss'altro perché il diritto della concorrenza risponde a logiche diverse da quelle che animano altri settori del diritto (inclusa la privacy), con la conseguenza che una determinata azione può essere idonea ad alterare le dinamiche concorrenziali sebbene sia *privacy compliant* (anzi, come abbiamo detto, a volte il più elevato rispetto della privacy può nascondere delle strategie anticoncorrenziali, *Apple ATT docet!*) e, al contempo, per aversi illecito concorrenziale il mancato rispetto della privacy non è sufficiente se non si accompagna a tutte le altre condizioni necessarie per qualificare una condotta come anticoncorrenziale⁶⁵ (posizione di dominanza dell'impresa sul mercato, esistenza di un mercato rilevante dove essa opera, abusività della condotta per acquisire vantaggi competitivi, danno economico alle concorrenti e nesso di causalità condotta-danno). A ragionare diversamente si offuscherebbe una peculiarità del diritto antitrust: la sua *neutralità* rispetto alla liceità formale della condotta imprenditoriale, in quanto ciò che conta è soltanto verificare quali siano i suoi effetti sul mercato. Altre questioni riguardano, poi, le categorie di dati trattati e la libertà del consenso prestato dall'interessato. Quanto ai dati si è posto, innanzitutto, il problema dei dati raccolti dal gestore del *social network online* tramite interfacce integrate, *cookie* ecc., dati che gli utenti hanno concesso per la consultazione di siti web e applicazioni e che vengono ricollegati al loro *account* nel *social network online* ma che possono rivelare informazioni delicate, rientranti nelle categorie di cui all'art. 9, par. 1, RGDP (quindi informazioni sull'origine razziale o etnica, sulle opinioni politiche e religiose, sulla vita e l'orientamento sessuale degli interessati). Proprio per queste caratteristiche la Corte di giustizia considera che, qui, il trattamento abbia ad oggetto categorie particolari di dati e, quindi, sia in linea di principio vietato. Con riguardo, poi, alla possibilità di consentire eccezionalmente il trattamento di tali dati sensibili quando gli stessi siano «resi manifestamente pubblici dall'interessato», la Corte chiarisce che le eccezioni al divieto di trattamento di cui al par. 2 dell'art. 9 RGDP debbano essere interpretate restrittivamente, occorrendo verificare in concreto se l'interessato avesse inteso, «in modo esplicito» e «con un atto positivo chiaro», rendere accessibili al pubblico i dati medesimi (art. 9, par. 2, lett. e). Questa volontà inequivoca non emerge dalla mera consultazione dei siti internet e delle applicazioni in quanto – si dice – in tali casi l'utente «può attendersi che il gestore del sito o dell'applicazione abbia accesso a tali dati e che li condivida», se del caso e fermo restando il suo consenso esplicito con alcuni terzi ma non con il pubblico⁶⁶. E, persino nelle ipotesi in cui gli utenti inseriscano volontariamente i loro dati

⁶⁵ Lo specifica bene A. D'AVOLA, *op. cit.*, 592 laddove afferma che il nesso causale (tutto normativo) tra violazione del GDPR e danno alla concorrenza, creato dalla Corte di giustizia UE, finisce per «destrutturare» la stessa fattispecie anticoncorrenziale perché non tiene in considerazione i presupposti che necessariamente determinano l'illecito *ex art. 102 TFUE*, e ciò finisce per delineare una sorta di responsabilità antitrust oggettiva «ogniquale si riscontri la violazione di norme imperative, passate da elemento presuntivo e indiziario (...) a vera e propria pietra angolare del procedimento».

⁶⁶ Al punto 79 della pronuncia in commento si precisa che «dalla mera consultazione dei siti internet o delle applicazioni da parte di un utente non si può dedurre che detti dati personali siano stati manifestamente resi pubblici dall'utente». Questo è



in siti internet o applicazioni, attivando pulsanti di condivisione integrati (del tipo «Mi piace» o «Condividi»), si può dire che ci sia la loro volontà univoca di rendere manifestamente pubblici i dati che li riguardano solo se abbiano espresso consapevolmente e in anticipo la scelta di rendere i propri dati accessibili pubblicamente ad un numero illimitato di persone⁶⁷. Chiarita l'interpretazione da dare ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 9 RGDP, la Corte analizza le questioni sollevate dal giudice del rinvio con riferimento all'interpretazione dell'art. 6 dell'RGDP che, com'è noto, introduce delle giustificazioni per consentire il trattamento di dati personali, altrimenti vietato anche in considerazione della mancanza di un consenso espresso dell'interessato. Si tratta delle ipotesi in cui il trattamento può essere considerato necessario per l'esecuzione di un contratto del quale gli interessati sono parti (lett. *b*), o per il perseguimento del "legittimo interesse" del titolare del trattamento o di terzi (lett. *f*), o per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento o per salvaguardare gli interessi vitali dell'interessato o per realizzare fini di pubblico interesse.

Tuttavia, nel caso sottoposto al suo giudizio, la Corte di giustizia esclude sia che il trattamento dei dati effettuato da *Meta Platforms Ireland* fosse necessario all'esecuzione del contratto con i suoi utenti, sia che lo stesso fosse essenziale al perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi. L'ultimo profilo, per noi importante, è costituito dall'interpretazione che la Corte di giustizia offre dell'art. 6, par. 1, comma 1, lett. *a* e dell'art. 9, par. 2, lett. *a*, RGDP. Si discute se il consenso prestato dall'interessato con riferimento al trattamento di categorie particolari di dati (*ex art. 9, par. 1, lett. a*) soddisfi le condizioni di validità previste dall'art. 4, punto 11, dell'RGDP e, in particolare, quella secondo cui tale consenso deve essere prestato liberamente, qualora il titolare del trattamento occupi una posizione dominante nel mercato dei *social network online*.

Secondo la Corte, la circostanza che il titolare del trattamento occupi una posizione dominante nel mercato dei social network «non osta, di per sé, a che gli utenti di tale *social network* possano validamente acconsentire, ai sensi dell'art. 4, punto 11, RGDP, al trattamento dei loro dati personali effettuato da tale operatore». Tuttavia, la posizione dominante del titolare del trattamento impatta sulla validità e sulla libertà del consenso⁶⁸ prestato dall'utente del *social network*, ed accentua la condizione di equilibrio esistente tra l'interessato ed il titolare del trattamento, in quanto favorisce l'imposizione di condizioni che non sono strettamente necessarie all'esecuzione del contratto. Sarà il titolare del trattamento a dover dimostrare che non è così e, quindi, ad esempio, che il trattamento dei dati non era necessario all'esecuzione del contratto⁶⁹, che gli utenti disponevano della libertà di rifiutare, nell'ambito della procedura contrattuale, di prestare il loro consenso senza per questo essere costretti a rinunciare al servizio offerto dall'operatore del *social network online*, o comunque che era data agli utenti medesimi la possibilità di prestare un consenso separato per i dati *off* Facebook rispetto a quello necessario per il trattamento dei dati relativi alla fruizione del servizio social.

Che la violazione della normativa sulla protezione dei dati personali integrante una pratica commerciale sleale possa essere fatta valere oltre che dall'Autorità antitrust anche da una concorrente dell'impresa responsabile della condotta scorretta è, poi, l'ulteriore principio affermato dalla Grande

un aspetto che la Corte di giustizia ha confermato anche nella recente sentenza della Corte di giustizia, 4 ottobre 2024, n. 446, causa C-446/21, *Ma. Sc. vs. Meta Platforms Ireland Ltd.*, consultabile in Banca dati *DeJure*.

⁶⁷ Vedi punto 83 della sentenza.

⁶⁸ Sulla libertà del consenso assumono rilievo i considerando 42 e 43 del RGDP.

⁶⁹ Condizione che l'art. 7, par. 4 RGDP pone come necessaria per assicurare la libertà del consenso.



Sezione della Corte di giustizia UE nella causa C-21/23 del 4 ottobre 2024⁷⁰. La vicenda riguardava una controversia insorta tra due gestori di farmacie in Germania, uno dei quali commercializzava sulla piattaforma online *Amazon – Marketplace* medicinali la cui vendita era riservata alle farmacie, senza che fosse garantito ai clienti di dare il loro consenso preventivo al trattamento dei dati relativi alla salute. Si lamentava una vendita sleale dei medicinali, irrispettosa dei requisiti di legge relativi all'ottenimento del consenso da parte del cliente, per come richiesto dalla normativa in materia di protezione dei dati personali. Il ricorso ha trovato accoglimento nel primo grado di giudizio e la soluzione è stata poi confermata anche in appello dove si è ritenuto che la commercializzazione su Amazon di medicinali la cui vendita era riservata alle farmacie integrasse una pratica sleale, illecita per la legge tedesca contro la concorrenza sleale⁷¹. La condotta dell'impresa venditrice, infatti, avrebbe violato l'RGDP perché, in contrasto con l'art. 9, par. 1 e 2, avrebbe trattato dati relativi alla salute degli acquirenti dei medicinali in assenza del loro consenso espresso. Ma soprattutto, per i giudici europei le norme dell'RGDP indicano anche il comportamento che le imprese devono tenere sul mercato per non violare la legge nazionale sulla concorrenza con la conseguenza che, in caso contrario, il concorrente leso, ai sensi dell'art. 8, par. 3, punto 1, dell'UWG, avrebbe diritto di dedurre la violazione mediante un'azione inibitoria dinanzi ai giudici civili.

Nel silenzio del GDPR che (a differenza dell'art. 8, par. 1 dell'abrogata dir. 95/46) non menziona, né esclude, la possibilità per i concorrenti dell'impresa sleale di poter ricorrere al giudice civile per far cessare le violazioni delle disposizioni sulla privacy commesse dalla stessa impresa sulla base del divieto di pratiche commerciali sleali, tale possibilità è stata argomentata dalla Corte di giustizia sulla base di un'analogia con quanto già sostenuto, in altra pronuncia⁷², a favore delle associazioni consumeristiche, cui era stato riconosciuto il potere di agire in giudizio (anche in assenza di mandato e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti degli interessati) contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione della disciplina a tute-

⁷⁰ La pronuncia è consultabile su ECLI:EU:C: 2024:846.

⁷¹ Si tratta dell'art. 3, par. 1, dell'UWG (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* del 3 luglio 2004), intitolato «Divieto di comportamenti commerciali sleali», per il quale «Le pratiche commerciali sleali sono illecite». L'art. 3a dell'UWG, poi, prevede che «Commette un atto sleale colui il quale violi una disposizione di legge che sia altresì destinata a disciplinare il comportamento sul mercato nell'interesse dei soggetti partecipanti al mercato stesso, nel caso in cui la violazione sia idonea a pregiudicare in maniera sensibile gli interessi dei consumatori, di altri soggetti partecipanti al mercato o dei concorrenti»

⁷² Si tratta di CGUE 28 aprile 2022, causa C-319/20, *Meta Platforms Ireland Limited vs Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.*, in ECLI:EU:C:2022:322 (su cui vedi il commento di M. FEDERICO, *Rappresentanza degli interessati, diritti individuali e Group Data Protection*, in *Persona e mercato*, 2022,4, 674 ss. e di A. PALMIERI, *L'ambito della tutela collettiva contro gli atti pregiudizievoli per la protezione dei dati personali (Nota a CGUE 28/4/2022)*, in *ForoNews* 4 maggio 2022, banca dati [Foroplus](#)) dove la Corte di giustizia precisa che nella controversia di cui al procedimento principale non viene in questione la legittimazione ad agire di un concorrente, bensì quella delle associazioni e di altri organismi contemplati dall'art. 80, par. 2, RGDP. Pertanto, la questione sollevata dal giudice di rinvio si traduce nel quesito se l'art. 80, par. 2, RGDP debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente ad un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori di agire in giudizio, in assenza di specifico mandato e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti di un interessato, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto di pratiche commerciali sleali, la violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o la violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle (vedi punti 50 e 51 della sentenza). La Corte da risposta negativa al quesito ammettendo l'azione in giudizio anche delle associazioni consumeristiche contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, quando lo stesso pregiudichi anche le norme poste a tutela dei consumatori o contro le pratiche commerciali scorrette «qualora il trattamento di dati in questione sia idoneo a pregiudicare i diritti riconosciuti da tale regolamento a persone fisiche identificate o identificabili».



la dei consumatori. La stessa Corte si era posta il problema del possibile contrasto con l'obiettivo di uniformazione perseguito dal Regolamento privacy dato dalla possibilità, per i concorrenti, di agire ai sensi del diritto antitrust, facendo applicazione delle norme dell'RGDP oltre i limiti in esso previsti. Difatti, il concorso tra le autorità di controllo e i tribunali civili nell'applicazione del diritto sulla protezione dei dati personali avrebbe potuto causare un'invasione nella sfera delle competenze del Garante privacy «e portare a divergenze, all'interno dell'Unione, nel controllo dell'applicazione del diritto in materia di protezione dei dati».

L'obiettivo di utilizzare la violazione del GDPR anche come parametro della violazione delle regole antitrust, induce la Corte ad operare due "forzature". In primo luogo interpretare le norme del GDPR (artt. 77, 78, 79 e 80) che ammettono il reclamo del cliente interessato o di un ente legittimato (ma non di un'impresa concorrente della venditrice, che non è interessata ai sensi dell'art. 4 RGDP) nel senso di consentire anche all'impresa concorrente di poter agire in giudizio per far valere una violazione del diritto antitrust. E ciò sempre a prescindere dalla indagine in concreto dell'effettiva alterazione della dinamica concorrenziale, e sulla base dell'argomento che con l'adozione del Regolamento privacy il legislatore europeo non ha inteso procedere ad un'armonizzazione esaustiva dei mezzi di ricorso disponibili né escludere il ricorso dei concorrenti (del presunto autore di una lesione della protezione dei dati personali). Anzi dare loro la possibilità di esercitare l'inibitoria più che pregiudicare il sistema di tutela previsto dal GDPR avrebbe rafforzato il livello di protezione degli interessati (conformemente al considerando 10 del GDPR).

Con riferimento, poi, alla questione se le informazioni inserite dai clienti acquirenti dei medicinali sulla piattaforma online costituissero dati relativi alla salute di cui sarebbe vietato il trattamento ai sensi degli artt. 8, par. 1, vecchia direttiva 45/96 e 9, par. 1, RGDP, i giudici europei operano la seconda forzatura. Difatti, propendono per un'interpretazione in senso ampio della nozione «dati relativi alla salute», al fine di includervi tutti i dati che, pur non riguardando direttamente la salute dell'interessato (come le informazioni relative al nome, all'indirizzo di consegna, all'individualizzazione dei medicinali), «sono idonei a rivelare, mediante un'operazione intellettuale di raffronto o deduzione, informazioni sullo stato di salute dell'interessato ai sensi dell'art. 4, par. 1, del RGDP». Ciò in quanto l'ordine online del medicinale implica la creazione di un nesso tra il prodotto, le sue indicazioni terapeutiche o i suoi usi, e una persona fisica identificata o identificabile dagli elementi forniti. Al fine di assicurare la più ampia tutela degli interessati (come dire... *il fine giustifica i mezzi*) La Corte supera sia l'obiezione che la vendita dei medicinali online senza prescrizione potrebbe avere come destinatari soggetti diversi dall'ordinante, sia quella relativa alla scarsa accuratezza dell'informazione: poiché il trattamento dei dati, in questi casi, è idoneo a rivelare informazioni sullo stato di salute di una persona fisica a prescindere dal fatto che si tratti dell'utente o di un soggetto diverso e dall'accuratezza dell'informazione, lo stesso deve essere vietato⁷³.

5. – Il percorso giurisprudenziale appena tracciato ci consente di mettere in rilievo alcuni aspetti, a cominciare dal diverso ruolo attribuibile, oggi, all'informazione pubblicitaria online. Mentre, in passa-

⁷³ Tranne che (vedi punto 93 della sentenza) l'interessato abbia prestato il suo consenso esplicito a uno o più trattamenti di tali dati personali le cui caratteristiche e finalità specifiche gli sono state presentate in modo accurato, completo e facilmente comprensibile, oppure il trattamento sia necessario ai fini dell'assistenza sanitaria sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità.



to, le imprese investivano una quantità eccessiva di denaro in pubblicità, oggi si assiste ad una riduzione di tale “spreco” in quanto esse orientano la comunicazione pubblicitaria secondo gli interessi dei potenziali clienti, desumendoli dalla loro frequentazione dei *social* e consultazione dei siti *web*. Le informazioni su questi interessi costituiscono, infatti, dati aventi valore economico e la loro raccolta intensiva da parte delle piattaforme *social* consente a queste ultime di svolgere attività di profilazione per fini commerciali, da cui si ricavano metadati che fruttano ingenti ricchezze. Si tratta, come abbiamo visto, di un nuovo modello economico che mette a dura prova le normative in materia di protezione dei dati personali, di tutela dei consumatori e di tutela della concorrenza. Le *Big Tech*, grazie alla massiccia raccolta di dati, possono elaborare previsioni sempre più attendibili sulle preferenze degli utenti e fornire loro prodotti/servizi personalizzati, sempre più “customizzati” e soddisfacenti al punto da “catturarli”⁷⁴, rendendo improbabile che gli utenti/consumatori abbandonino l’ecosistema digitale per cercare alternative migliori. Di fronte al “prepotere” di questi oligopoli tecnologici considerare come esaustiva e, soprattutto, esclusiva la tutela fornita dalla normativa sulla protezione dei dati personali significherebbe non tenere in considerazione che un trattamento dei suddetti dati, non necessario ai fini dell’esecuzione del contratto ed avvenuto senza il consenso libero dell’interessato⁷⁵, potrebbe ledere oltre alla *privacy* altri interessi dell’utente/consumatore come accade nell’ipotesi di utilizzazione a fini commerciali e pubblicitari dei suoi dati senza che l’interessato riceva un’immediata e specifica informazione al riguardo e, addirittura, venga ingannato circa la gratuità del servizio *social* cui si è registrato fornendo, appunto, i dati personali. Da qui la preferenza per una complementarietà di discipline (affermata come abbiamo visto sia dalla giurisprudenza italiana che da quella europea) che, lungi dal negare il primato alla normativa sulla *privacy*, finisce per rafforzare la tutela in essa prevista⁷⁶. Il passaggio ulteriore, compiuto, dalla Corte di giustizia UE è stato quello di considerare la vio-

⁷⁴ Si evidenzia, in dottrina, come «l’accurata profilazione prodotta dalle tecniche di big data rafforza l’asimmetria informativa dal lato degli utenti in quanto sfrutta non solo il mito del servizio fornito “*for free*” e la scarsa consapevolezza riguardo i diritti sui propri dati ma anche i *bias* cognitivi... Grazie ai dati raccolti e nella loro disponibilità le piattaforme producono una segmentazione granulare sempre più sofisticata degli utenti e un costante perfezionamento della profilazione che può, a sua volta, influire significativamente sugli utenti stessi» e «sulla concorrenza poiché produce inerzia negli utenti scoraggiandoli dal ricercare alternative in presenza di pesanti costi di *switching*». Così L. AMMANNATI, *La circolazione dei dati: dal consumo alla produzione* in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, 4, 674 s., nonché, per la condizione di asimmetria informativa rafforzata in cui vengono a trovarsi i consumatori nell’era digitale, ID., *Il paradigma del consumatore nell’era digitale: consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, 1, 8 ss.

⁷⁵ Sulla libertà e sulla validità del consenso dell’interessato al trattamento dei suoi dati importanti spunti sono desumibili dal noto caso *Orange Romania*, CGUE 11 novembre 2020, c-61/69, in www.agendadigitale.eu, su cui vedi, per tutti il commento di C. ANGIOLINI, *A proposito del caso Orange Romania deciso dalla Corte di Giustizia dell’UE: il rapporto tra contratto e consenso al trattamento dei dati personali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1, 247 ss. Sulla libertà del consenso vedi, di recente, anche G. FINOCCHIARO, *Consenso al trattamento e libertà*, in S. ORLANDO (a cura di), *Libertà e liceità del consenso nel trattamento dei dati personali*, cit., 26 s. per la quale la valutazione del grado di libertà dei contraenti non si esaurisce nella sfera soggettiva della parte, ma deve considerare anche parametri esterni alla sfera del contraente. Ciò vale tanto più nell’ipotesi degli scambi in internet, che si svolgono nel breve istante di un click. Qui – si dice – «la libertà non va cercata soltanto in quel *click*, ma nei presupposti, nel contesto di quello scambio e di quella relazione», in una dimensione, cioè, contestuale.

⁷⁶ Attenta dottrina (S. PAGLIANTINI, *L’interferenza ascosa tra GDPR e diritto dei consumatori: appunti per una tassonomia*, cit., 2212 ss.) nel registrare la possibile compenetrazione del GDPR con il diritto consumeristico, nel senso di una *complementarietà incrementante* il livello di tutela e sia pure con una *postergazione gerarchica* del diritto consumeristico, mette in guardia sulle tante ombre di questo complessivo quadro di tutele *massimizzante* le garanzie per l’interessato che sia anche un consumatore. Per un verso il GDPR regola in misura alquanto limitata le conseguenze della revoca del consenso (l’obiettivo è quello di garantire i rimedi di cui agli artt. 15-22 GDPR), per altro verso, il codice del consumo – laddove di-



lazione delle regole sulla privacy come parametro per valutare la qualità della concorrenza nel senso che «non rientra nella concorrenza basata sui meriti un'attività imprenditoriale che viola discipline legali (come quella del GDPR) pur estranee al diritto della concorrenza»⁷⁷.

Un altro profilo degno di nota è rappresentato dall'aggravata asimmetria informativa in cui versano i consumatori digitali rispetto alla controparte professionale costituita dai gestori delle piattaforme social. I primi, infatti, «generalmente non conoscono i meccanismi che consentono alle piattaforme di sfruttare la loro posizione e i dati personali raccolti come di trarre profitto dal crescente numero di accessi». Si dice che il deficit che caratterizza i consumatori sia «di natura più cognitiva che conoscitiva». Difatti, sebbene «i dati siano spesso disponibili per entrambi gli attori, soltanto l'impresa riesce ad usarli a proprio vantaggio. Si tratta delle informazioni relative alle scelte di consumo dei singoli individui (la cd. *product use information*) che l'impresa raccoglie ed elabora per il loro rilevante valore economico ma che, invece, il consumatore non è capace di valutare»⁷⁸. Preso atto, quindi, dei limiti cognitivi in cui versano i consumatori e degli errori che contraddistinguono il loro agire la prima via percorsa è quella di una regolazione basata sull'informazione (*disclosure regulation*) dove, cioè, l'informazione diventa “strumento” di regolazione. Ciò comporta l'imposizione agli operatori di obblighi di *information disclosure* (si veda, ad es., il prospetto informativo in relazione ai servizi finanziari) o il divieto di fornire ai consumatori informazioni false o ingannevoli (come prevedono le norme del codice del consumo sulle pratiche commerciali scorrette o la disciplina sulla pubblicità ingannevole), con l'obiettivo di ridurre l'asimmetria informativa, consentendo ai destinatari dell'informazione di compiere scelte consapevoli, basate sulle loro preferenze e non alterate da strategie commerciali aggressive o carenti di informazione⁷⁹. L'idea che bastava dotare il consumatore dell'informazione necessaria ad orientare le proprie scelte in maniera consapevole ha evidenziato segni di debolezza in mancanza di interventi necessari a rafforzare il suo apparato cognitivo⁸⁰. Non basta ricevere le informazioni (che in quantità eccessiva possono, addirittura, danneggiare i destinatari), ma è necessario che esse siano adeguate. Il consumatore, cioè, dovrebbe avere a disposizione informazioni semplici, comprensibili e facilmente comparabili per poter effettuare scelte consapevoli ma, soprattutto, dovrebbe essere messo nelle condizioni di neutralizzare i suoi errori cognitivi⁸¹, errori che dipendono dalla pro-

sione, ai sensi dell'art. 135-*noviesdecies* che, nell'ipotesi di risoluzione del contratto, il professionista rimborsa al consumatore tutti gli importi versati in esecuzione del contratto, non tiene conto dell'ipotesi di servizi digitali remunerati con il consenso al trattamento dei dati.

⁷⁷ Così M. MIDIRI, *Privacy e antitrust*, cit., 220, il quale evidenzia come la Corte di giustizia ritenga che gli abusi escludenti possano essere valutati facendo riferimento ad altri settori di diritto e richiama la sentenza *AstraZeneca c. Commissione* (CGUE 6 dicembre 2012, C-457/10, EU:C:2012:770, §98).

⁷⁸ Così L. AMMANNATI, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale: consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, cit., 21. In generale vedi, altresì, E. BRODI, *Abitudini e preferenze di consumo. Nuove forme di disclosure per la tutela del consumatore*, in *MCR*, 2012, 394 ss., nonché A. ZOPPINI, *Contratto ed economia comportamentale*, in *Enc. dir., I Tematici*, I, *Contratto*, a cura di G. d'Amico, Milano, 2021, 321 ss.

⁷⁹ L'informazione può essere oggetto di regolazione anche dal lato dell'offerta e quindi a vantaggio degli operatori. Sul punto cfr. F. DI PORTO, *L'informazione come 'oggetto' e come 'strumento' di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2011, 975 ss.

⁸⁰ Gli studi di economia comportamentale, infatti, evidenziano l'irrazionalità dei consumatori le cui scelte sono, spesso, frutto di percezioni inesatte o di errori cognitivi ricorrenti. Così N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi giur. econ.*, 2012, 1, 7 ss. In argomento cfr., altresì, F. DI PORTO, *Protezione ed empowerment del consumatore: profili cognitivi della regolazione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 4.

⁸¹ Evidenzia A. ZOPPINI (*Contratto ed economia comportamentale*, cit., 321) come «il paradigma economico standard prevede che gli individui nei rispettivi processi decisionali si comportino come se tutte le informazioni fossero elaborate se-



filiazione dei suoi dati personali per cui, la tutela si sostanzia in una più rigorosa protezione degli stessi. In questa prospettiva, un ruolo fondamentale è assunto dal GDPR che prevede una serie di strumenti come l'anonimizzazione e la portabilità dei dati, ma anche il diritto alla rettifica ed all'oblio, diretti a rafforzare il controllo del singolo sui propri dati al fine di evitare una 'appropriazione' degli stessi da parte delle piattaforme. L'*empowerment* privatistico viene, poi, incrementato con i provvedimenti che aumentano il livello di trasparenza richiesto dalle transazioni concluse sui mercati online⁸² e tutelano il consumatore rispetto ai contratti di fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali che hanno come controprestazione patrimoniale non un corrispettivo in denaro ma la cessione dei dati personali degli utenti. Si tratta di strumenti che mirano ad accrescere la consapevolezza dei consumatori circa i rischi sottesi all'impiego della nuova tecnologia, ma che non tengono conto della limitata capacità di scelta del consumatore dovuta all'estensione dell'uso di 'consumatori algoritmici' (come gli assistenti digitali) che predeterminano ed influenzano la scelta di beni o servizi da parte degli utenti, senza esplicitare i criteri in base ai quali effettuano le loro scelte⁸³. Una terza osservazione attiene all'uso del "quadro *data protection*" per limitare l'abuso di posizione dominante dei gestori di piattaforme di social network, considerando che la creazione di un valore economico dai trattamenti di dati personali e, in particolare, dalla combinazione di dati tra diverse sorgenti, interne ed esterne alla piattaforma, può «creare un disequilibrio nelle dinamiche competitive del mercato»⁸⁴. Abbiamo visto come, tanto nella decisione del BKartA tedesco del 2019 che nelle successive pronunce della Corte di giustizia UE, l'utilizzo della disciplina del GDPR e, quindi, la necessità di ottenere un consenso libero e consapevole dell'interessato per poter trattare i suoi dati personali, impedisce alle piattaforme social, in assenza del consenso medesimo, di potersi giovare del vantaggio economico rappresentato dalla combinazione dei dati ivi presenti con quelli provenienti da sorgenti esterne, con conseguente possibilità che il valore economico così generato venga redistribuito tra i competitors che potrebbero aspirare a quote di mercato prima inaccessibili. L'obiettivo è quello di garantire una maggiore equità nell'accesso al mercato

condo la teoria delle probabilità (razionalità delle percezioni), le preferenze fossero stabili e precise (razionalità delle preferenze) e il processo cognitivo consistesse nella massimizzazione delle preferenze stesse (razionalità del processo). In realtà, dinanzi ai dati informativi, gli individui sono spesso soggetti ad errori cognitivi. L'ipotesi della razionalità delle percezioni si scontra con la tendenza dei soggetti a elaborare informazioni ricorrendo a procedimenti euristici capaci di generare errori sistematici rilevanti». Ma anche la razionalità delle preferenze e la razionalità del processo sono condizionate dall'informazione pubblicitaria e dalla profilazione dell'utente che orienterà le sue preferenze nella direzione dei messaggi ricevuti (e fondati sui dati che l'utente stesso aveva inserito nella piattaforma online e che hanno consentito ai gestori di essa di individuare i suoi interessi) e si convincerà della bontà delle sue scelte di acquisto senza andare alla ricerca di alternative.

⁸² Si pensi alla nuova direttiva n. 2161/2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/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. Questa normativa estende le regole di protezione del consumatore ai mercati digitali con particolare riguardo alle relazioni tra piattaforme e utenti finali: dal diritto ad un'informativa precontrattuale in caso di servizi *for free* alla necessaria trasparenza sulla identità della parte con cui il consumatore stipula il contratto come sui parametri che determinano il posizionamento delle offerte a seguito di una ricerca.

⁸³ Vedi L. AMMANNATI, *La circolazione dei dati: dal consumo alla produzione*, cit., 685

⁸⁴ Così G. D'ACQUISTO-F. PIZZETTI, *Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali*, cit., 97. Gli Autori evidenziano l'esistenza di un *trade off* tra l'*empowerment* della persona ed il potere di mercato dei gestori di piattaforme social. Difatti, si dice, «meno il titolare sa a proposito della persona, minore sarà il suo potere di mercato». Nel caso deciso dal BKartA tedesco «l'abuso di posizione dominante di Facebook è infatti contrastato riducendo la possibilità che questa ha di combinare fonti diverse e dunque conoscere più approfonditamente i propri utenti, e rimettendo la combinazione di dati alla libera scelta di questi ultimi». Che i dati costituiscano non solo una risorsa economica ma anche «di potere» e che sul loro dominio «si costruiscono oligopoli alterando la leale competizione per il mercato», lo rileva anche P. STANZIONE, *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, a cura di A. Morace Pinelli, Pisa, 2023, 159 ss.



da parte di tutti gli operatori economici, scardinando situazioni di abuso di posizione dominante che possono derivare non soltanto dalla quantità dei dati raccolti ed utilizzati dalle piattaforme ma anche dalla qualità di essi. Difatti, la varietà dell’osservazione può consentire la previsione di un contesto digitale nuovo in cui gli utenti potranno trovarsi e il gestore della piattaforma che riuscirà a fare tale previsione per primo potrà anticiparne le necessità (grazie all’attività di profilazione) ed acquisire vantaggi competitivi ai danni degli altri concorrenti⁸⁵. Non sono mancate critiche – anche da parte di avveduta dottrina – circa l’improprio impiego del diritto della concorrenza per risolvere “problemi” di privacy⁸⁶. Tuttavia, se appare “forzato” ritenere che un illecito privacy, compiuto al di fuori della sfera della concorrenza, inneschi una violazione del diritto antitrust qualora sia praticato da un’impresa dominante (in mancanza, ad es. di monopolisti che riducono la qualità dei servizi digitali o di concorrenti esclusi a causa dell’effetto di blocco innescato da pervasive esternalità di rete) è anche vero che, dopo gli ultimi interventi normativi europei, non può più negarsi il collegamento tra *consumer* e *data protection*⁸⁷, né tra quest’ultima ed il diritto Antitrust. Ciò anche per effetto della previsione, nel *Digital Market Act* (DMA)⁸⁸, di alcune disposizioni che avallano un approccio sinergico tra GDPR e disciplina antitrust⁸⁹ al fine di sopperire alla diffusa difficoltà di applicare le disposizioni antitrust ai mercati

⁸⁵ Oltre alla previsione di un nuovo contesto G. D’ACQUISTO-F. PIZZETTI, *Regolamentazione dell’economia dei dati e protezione dei dati personali*, cit., 103 s. evidenziano altri potenziali abusi ai danni degli utenti delle piattaforme social. Ad esempio è possibile che la previsione sia sbagliata e che la decisione che ne consegue sia penalizzante e discriminatoria e ciò non soltanto per colpa dell’autore dell’algoritmo impiegato per fare le previsioni ma anche per il semplice fatto di appartenere ad una minoranza che non si comporta come la maggioranza. Ma anche laddove la previsione sul comportamento futuro di una persona di cui non si conoscono abitudini e preferenze fosse azzeccata si corre il rischio che chi effettua il trattamento predittivo potrebbe sfruttare la previsione per avvantaggiarsene «ad esempio con forme di *value pricing* capaci di estrarre per intera la nostra disponibilità di spesa».

⁸⁶ Si vedano, in particolare, R. PARDOLESI-R. VAN DER BERGH-F. WEBER, *Facebook e i peccati da “Konditionenmissbrauch”*, in *MCR*, 3/2020, 512 ss.; P. MANZINI, *Antitrust e privacy: la strana coppia*, in *Quaderni AISDUE*, in www.aisdue.eu, sezione articoli, n. 10, 15 settembre 2023, 196 ss., nonché G. OLIVIERI, *Sulle “relazioni pericolose” fra antitrust e privacy nei mercati digitali*, in *Rivista Osserv. dir. comm.*, fascicolo speciale, 2021, 359 ss.

⁸⁷ Scrive, infatti, S. PAGLIANTINI, *L’interferenza ascosa tra GDPR e diritto dei consumatori: appunti per una tassonomia*, cit., 2219 che «l’interazione tra *consumer* e *data protection* conosce adesso pure l’epifania di un GDPR trasformato in asset della tutela consumeristica: come accade, risaputamente, con la Dir. 2020/1828, se è vero che le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori sono esercitabili anche in caso di infrazione alle discipline sulla protezione dei dati personali. Siamo dalle parti, pur se l’art. 3 della 2020/1828 è tutt’altro che perspicuo sul piano definitorio, di una traiettoria rimediaria che vede la *consumer law* azionarsi a valle di una violazione a monte del GDPR (art. 2, par. 1 ed allegato I, n. 56), il cui articolato è così trasformato in elemento di una strategia – “onnicomprendensiva” – di contrasto integrata (art. 140 ter, 2° comma, c. cons.)».

⁸⁸ Ovvero il regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali), in GUUE del 12 ottobre 2022 L265.

⁸⁹ Vedi, in particolare, il par. 2 dell’art. 5 DMA che vieta ai *gatekeeper* (cioè ai fornitori di almeno un servizio di piattaforma base come, ad es., quello di social network) di trattare in modo combinato i dati personali dei suoi utenti, a meno che sia stata loro presentata una scelta specifica ed essi abbiano dato un valido consenso ai sensi del GDPR. La previsione di specifici obblighi e divieti per i *gatekeeper*, come quelli contenuti negli artt. 5, 6 e 7 DMA derivano dalla constatazione (del legislatore europeo) che alcuni fattori dimensionali delle imprese operanti nei mercati digitali possono generare barriere all’entrata così significative da minacciare in modo irreparabile la competitività del sistema (cfr. M. SCIALDONE, *Il procedimento di designazione dei gatekeeper*, in L. BOLOGNANI-E. PELINO-M. SCIALDONE (a cura di), *Digital Service Act e Digital Market Act. Definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*, Milano, 2023, 301). Gli obblighi elencati nel suddetto art. 5 DMA sono specificati nei considerando 36 e 37 e da una lettura complessiva di queste disposizioni è possibile desumere che l’interesse tutelato dal DMA non è tanto l’autodeterminazione informativa degli utenti/interessati (a presidio del quale sono poste le norme del GDPR) quanto quello della contendibilità dei servizi digitali, interesse che può essere pre-



digitali. Il DMA, in particolare, mirerebbe a prevenire gli illeciti concorrenziali in questi mercati dove l'applicazione delle norme antitrust tradizionali (come la nullità delle intese o le sanzioni dell'abuso di posizione dominante) oltre ad essere eventuale è successiva al verificarsi dell'illecito e, pertanto, inidonea a scongiurare il persistere di condotte nocive agli interessi di consumatori e concorrenti⁹⁰. Una quarta ed ultima osservazione concerne il ruolo del consenso dell'interessato e la perdita della sua centralità⁹¹ nell'ipotesi di trattamenti massivi di Big Data. In questo caso, infatti, si assiste ad una perdita di controllo sul dato da parte dell'interessato dovuta ad una molteplicità di fattori. «Dinanzi al fenomeno dei big data l'utente ... non ha a che fare con dati dotati di immediata attitudine comunicativa e pertanto egli comprende meno di quanto quei dati possano dire di sé ai professionisti del settore. Una disattenta prestazione del consenso è, allora, frequentemente incoraggiata dalla scarsa dimestichezza con i servizi della società dell'informazione o dalla naturale inaccessibilità del navigatore medio alla

giudicato dal comportamento scorretto del gatekeeper. La violazione delle norme del GDPR, in altri termini, diventa un importante indizio di una condotta sleale del gatekeeper e, quindi, potenzialmente lesiva anche della concorrenza. Tuttavia, per quanto detto in precedenza, la connessione privacy – antitrust non può essere letta anche al contrario nel senso che una maggiore *policy privacy* non assicura automaticamente il rispetto del diritto antitrust, anzi spesso può essere lo strumento con cui si realizzano strategie anticoncorrenziali come nell'esaminato caso *Apple ATT*.

⁹⁰ Sul punto, cfr. P. MANZINI, *Il Digital Market specifica che «l'alternativa Act decodificato*, in AA.VV., *Unione Europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, 324.

⁹¹ Sulla perdita centralità del consenso dell'interessato si è discusso molto in dottrina per la presenza di non poche ipotesi in cui la liceità del trattamento viene fondata su basi giuridiche diverse dal consenso (vedi art. 6, par. 1, lett. da *b*) ad *f*) del GDPR) o viene riconosciuta anche al trattamento che persegue finalità diverse, sebbene compatibili con quelle che hanno determinato la raccolta dei dati (vedi art. 6, par. 4, lett. da *a* ad *e*, GDPR). Tuttavia, sono prevalenti le disposizioni che assegnano un ruolo centrale al consenso dell'interessato nella valutazione della liceità del trattamento (vedi art. 9, par. 2, lett. *a* e art. 7 GDPR). Così A. PURPURA, *Il consenso nel mercato dei dati personali. Considerazioni al tempo dei Big Data*, in questa *Rivista*, 4/2022, 901 ss. L'A. si interroga anche sulla natura giuridica del consenso richiesto quale base giuridica del trattamento e tra le due letture (consenso come mero atto autorizzatorio alla stregua del consenso previsto dall'art. 50 c.p. e consenso dal valore negoziale), propende per la lettura negoziale di esso con la precisazione che, data la particolare natura del bene-dato personale, il consenso al trattamento non potrà essere né traslativo, né definitivo. Più in generale, la dottrina concorda nel ritenere che, nel mercato unico digitale europeo i dati personali non costituiscono né diritti della persona *tout court*, né beni appropriabili in senso tradizionale ed è per questo che la loro tutela non può perfettamente coincidere né con il diritto di proprietà, né con i diritti della personalità, ma si tratta di una tutela flessibile che assume elementi sia del primo che dei secondi. In dottrina (G. PIGNATARO, *Circolazione dei dati tra modelli proprietari e contrattuali*, in *www.medialaws.it*, 2/2024, 25) si afferma che «il diritto di accesso ai dati personali può prescindere dal consenso e comunque non conferisce mai un pieno potere di gestione. Può prescindere dal consenso, se rappresenta una delle possibili condizioni di liceità del trattamento dei dati; ne limita la gestione perché, anche in presenza di un consenso, il titolare o il responsabile del trattamento dei dati non è mai libero di gestirli a piacimento, se le finalità dichiarate rappresentano un limite intrinseco funzionale. Il regime delle responsabilità, modulato secondo il principio della *data protection by design e by default*, fa gravare su costoro l'obbligo di adottare già in fase di progettazione le tecnologie idonee a garantire la privacy e la sicurezza degli utenti (*data protection by design*) nonché l'utilizzo di tecniche per un approccio selettivo dei dati, limitato ai soli necessari per migliorare il servizio e la sicurezza del prodotto (*data protection by default*), mentre il soggetto cui i dati si riferiscono non ne perde mai la titolarità, che legittima il potere di controllo sul loro corretto trattamento». L'esclusione di un modello proprietario e di un modello esclusivamente personalista dei dati personali si giustifica anche in considerazione della circostanza, sempre più frequente, che i Big Data prodotti dalle attività di profilazione possono essere costituiti da dati personali e da dati non personali (non sempre facilmente distinguibili dai primi) la cui disciplina, oggi contenuta nel *Data Act* (regolamento UE 2023/2854), ne consente la circolazione, mediante contratto. Si dice, infatti, che «se il dato personale è oggetto di un trattamento correlato ad un'operazione economica, è elemento di un'operazione di scambio patrimoniale, ... sarà inevitabilmente coinvolto nella vicenda della condivisione dei dati come disciplinata dal *Data Act*», ferma restando l'impossibilità per questo Regolamento – e sarebbe questa l'unica limitazione individuabile nella sua disciplina rispetto alla circolazione contrattuale dei dati personali – di «costituire una base giuridica per la raccolta e la generazione di dati personali da parte del titolare dei dati». (Così V. RICCIUTO, *Economia e mercato dei dati. Note a margine del c.d. Data Act*, in *Accademia*, 6/2024, 488).



comprensione di meccanismi dall'elevato livello di complessità o sofisticazione o, ancora, dalla sensazione che la circolazione in forma aggregata di una vasta mole di dati riesca a maggiore i vantaggi dei servizi offerti rispetto ai rischi di nocumento alla propria persona»⁹². A ciò si aggiungono la difficoltà di revocare il consenso (prima prestato) e la depersonalizzazione del dato attraverso le tecniche di anonimizzazione⁹³ e pseudonomizzazione⁹⁴ che costituiscono strumenti di alterazione della capacità identificativa del dato con la conseguenza che il controllo su di esso trasla dalle mani dell'interessato a quelle dei *data players*. Da qui l'esigenza di una tutela che affianchi alla valorizzazione del consenso ed alla prospettiva di tutela esclusivamente individuale (che emerge dal GDPR) anche strumenti di public enforcement, come quelli previsti dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e dalla disciplina della concorrenza, che mettono in gioco una tutela di tipo amministrativo, affidata all'AGCM (ai sensi dell'art. 66 codice del consumo), sicuramente più efficace laddove dispone non soltanto sanzioni pecuniarie ma anche la pubblicazione, a spese del gestore della piattaforma online che ha trattato illecitamente i dati personali degli utenti, di una dichiarazione rettificativa, ai sensi dell'art. 27, comma 8, cod. cons., in cui si dà atto della scorrettezza compiuta, dichiarazione che viene pubblicata sull'home page del sito internet aziendale e sulle app aziendali, in posizione tale da consentire un'immediata visibilità agli utenti del trattamento illecito commesso⁹⁵. Una dichiarazione di tal fatta, visibile da un pubblico illimitato di utenti, è idonea a danneggiare fortemente l'immagine della piattaforma scorretta e, probabilmente, rappresenta un deterrente maggiore anche rispetto ad ingenti sanzioni economiche. In ipotesi di danni cagionati da trattamenti massivi o per usi secondari, oltre a strumenti giuridici di tipo aquiliano o contrattuale potrebbero giovare anche regole che amplino l'*accountability*⁹⁶ del titolare del trattamento il quale dovrebbe essere spinto a minimizzare i rischi di

⁹² Così A. PURPURA, *op. cit.*, 896, cui si riferiscono i virgolettati.

⁹³ Si priva definitivamente il dato personale della sua capacità identificativa, ad esempio generando distorsioni o alterazioni tali da renderlo non riconducibile all'utente e, quindi, inqualificabile per il GDPR come dato personale da tutelare.

⁹⁴ Tale tecnica permette di mantenere la corrispondenza del dato pseudonomizzato con quello originario, grazie all'utilizzo di informazioni aggiuntive che, pur modificando il dato, non escludono la sua riconducibilità all'interessato né la sua qualifica di dato personale ai sensi del GDPR, con conseguente possibilità di applicare la disciplina sulla *data protection*.

⁹⁵ Ad esempio, nel Provvedimento n. 27432 dell'AGCM (PS 11112 – *Facebook – Condivisione dati con terzi*), l'Autorità garante ha disposto la pubblicazione da parte di Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd. della seguente dichiarazione rettificativa: «Le società Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd. Non hanno informato adeguatamente e immediatamente i consumatori, in fase di attivazione dell'account, dell'attività di raccolta, con intento commerciale, dei dati da loro forniti. In tal modo hanno indotto i consumatori a registrarsi sulla Piattaforma Facebook, enfatizzando anche la gratuità del servizio. Inoltre, hanno esercitato un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali subiscono, senza espresso e preventivo consenso, la trasmissione e l'uso da parte di Facebook e di terzi, per finalità commerciali, dei dati che li riguardano. L'indebito condizionamento deriva dalla preselezione da parte di Facebook delle opzioni sul consenso alla trasmissione dei propri dati da/a terzi, attraverso in particolare l'automatica attivazione della funzione "Piattaforma attiva", unitamente alla prospettazione, a seguito della disattivazione di tale Piattaforma, di rilevanti limitazioni di fruibilità del social network e dei siti web/app di terzi, più ampie e pervasive rispetto a quelle effettivamente applicate. Tali pratiche sono state valutate scorrette, ai sensi degli artt. 21, 22, 24 e 25 del Decreto Legislativo, n. 206/2005 (Codice del Consumo). L'Autorità ha disposto la pubblicazione della presente dichiarazione rettificativa ai sensi dell'art. 27, comma 8, del Codice del Consumo. (Provvedimento adottato nell'adunanza del 29 novembre 2018 e disponibile sul sito www.agcm.it)».

⁹⁶ Principio che assume grandissimo rilievo già nel GDPR, obbligando tutti i responsabili del trattamento ad attuare misure e procedure per la protezione del dato, nonché per la dimostrazione della liceità del trattamento (vedi artt. 24 e 32). In dottrina ciò è stato messo bene in evidenza, tra gli altri, da G. FINOCCHIARO, *Il principio di accountability*, in *GDPR tra novità e discontinuità*, a cura di R. Caterina, in *Giur. it.*, 12/2019, 2778; R. CATERINA, *Novità e discontinuità nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, sempre in *GDPR tra novità e discontinuità*, cit., 2777, nonché da M.G. STANZIONE, *La protezione dei dati personali tra «consumerizzazione» della privacy e principio di accountability*, in *Comparazione dir. civ.*, 1/2022, 1 ss.

JUS CIVILE



perdita di controllo dei dati da parte dell'utente. Si tratta di un approccio basato su strumenti preventivi di responsabilizzazione che si allinea alle scelte operate dal legislatore europeo in tutta una serie di provvedimenti (*Digital Market Act*, *Digital Services Act*⁹⁷, *AI ACT*⁹⁸) volti a regolare il fenomeno dell'economia digitale. Senza contare che le disposizioni anche sanzionatorie previste nei Regolamenti sui mercati e sui servizi digitali possono essere suscettibili di applicazione diretta qualora il gestore della piattaforma online (qualificabile come gatekeeper) ponga in essere una pratica commerciale scorretta a danno sia degli utenti (dei cui dati traggono vantaggi economici) che delle imprese concorrenti.

⁹⁷ Si tratta del regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), consultabile su GUUE del 27 ottobre 2022 L277.

⁹⁸ Noto anche come Legge sull'IA (regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).



FEDERICO PISTELLI

Ricercatore di Diritto privato – Università degli Studi di Trento

IL VALORE DELLE CLAUSOLE MONETARIE. APPUNTI ASCARELLIANI ALLA CASSAZIONE*

SOMMARIO: 1. Un percorso di rilettura de *La moneta* (1929) a partire dal problema delle clausole monetarie. – 2. Tutti i debiti illiquidi sono debiti di valore? – 2.1. Il caso delle obbligazioni indicizzate (Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657). – 3. Le clausole monetarie e i “pericoli” della fuga dalla valuta statale – 3.1. I principi giuridici della moneta e il trionfo del Nominalwert. – 3.2. La «forza di resistenza» del nominalismo di pagamento. – 4. I debiti indicizzazioni sono debiti illiquidi di valuta. – 5. Nuove monete o nuove misure del valore?

1. – Diverse sono le ragioni che inducono a rileggere un classico come *La moneta* di Tullio Ascarelli, a quasi un centenario dalla data di sua pubblicazione (1928). L’opera sviluppa una delle primissime teorie che mirano a sottrarre la moneta da connotazioni materiali e contingenti, per collocarla in una dimensione astratta e astorica¹. *La moneta* rappresenta, invero, solo il primo momento di una lunga riflessione che Ascarelli conduce con coerenza², ma senza mai il timore di ritornare sul suo pensiero ogniqualvolta abbia ritenuto opportuno correggerlo o adattarlo al mutare dei tempi; dapprima, nella raccolta di saggi confluiti in *Studi giuridici sulla moneta* (1952)³, in seguito con la pubblicazione, nel pieno della maturità, del trattato sulle norme dedicate all’obbligazione pecuniaria nel Commentario curato da Antonio Scialoja e Giuseppe Branca (1959)⁴.

Già, tuttavia, la sua prima opera monografica restituisce una vastissima compagine di spunti e di

* Il saggio riproduce, con i dovuti ampliamenti e riferimenti bibliografici, l’oggetto della relazione tenuta il 17 maggio 2024 presso l’Università di Pavia in occasione del seminario dottorale «Un percorso di rilettura dei classici di diritto civile e commerciale» dedicato a T. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928. Un sentito ringraziamento va a tutti i membri del comitato scientifico e ai professori Carlo Granelli, Nicola Rizzo, Mario Stella Richter Jr., Mari-saria Maugeri e Fabrizio Di Marzio per gli spunti e l’inestimabile valore di quest’occasione di dibattito.

¹ Sull’assimilazione del denaro a una merce, come mezzo per l’organizzazione e la disciplina degli scambi sui mercati della moneta, K. POLANYI, *The Great Transformation*, New York, 1944, edito in Italia da Einaudi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. a cura di R. Vigeveno, 2010. Sulla moneta come «symbol», K. MARX, *Das Kapital*, I, Hamburg, 1867, 105 ss.

² Così il giudizio di N. BOBBIO, *Ritratti critici di contemporanei. Tullio Ascarelli. 1° Parte*, in *Belfagor*, XIX, 1964, 414 «Vi sono pochi autori che più di Ascarelli abbiano sin dall’inizio formulato un nucleo di idee fondamentali cui rimasero fedeli sino alla fine».

³ T. ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952.

⁴ ID., *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1277-1284*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1959.



problematiche di grande attualità⁵. Fra di esse, qualora si volesse stabilire un ideale primato fra le ragioni che collocano quest'opera fra i classici del diritto civile e commerciale⁶, si avrebbe probabilmente buon gioco nel richiamare la costruzione dogmatica della distinzione fra debiti per i quali una somma di denaro costituisce l'oggetto dell'obbligazione (i cc.dd. debiti di valuta), da quelli in cui essa rappresenta invece il succedaneo nella corresponsione di un generico potere di acquisto perduto nel patrimonio del creditore e il mezzo di soluzione di un'obbligazione che ha un diverso oggetto (debiti di valore)⁷. Tullio Ascarelli è fra i primi autori ad analizzare le diverse sfaccettature con le quali la moneta interagisce con l'obbligazione, potendone ora costituire l'oggetto (*mensuratum*), ora la misura del suo valore (*mensura*). Pur non trovando alcuna diretta corrispondenza all'interno del dettato codicistico, quella fra debiti di valuta e debiti di valore è una distinzione che ricorre con insistenza, da taluno sottoposta a critica⁸, ma della quale mai si è realmente voluto o si è riusciti a fare a meno. La giurisprudenza, *in primis*, si è rivelata fin da subito persuasa da tale costruzione teorica, non sempre cogliendone fino in fondo l'impostazione dogmatica, ma facendone comunque salvo il risultato pratico⁹.

Studi di autorevolissimo prestigio sono stati dedicati al pensiero e alla figura dell'Autore e il presente saggio non ha dunque l'ambizione di condurre un'analisi di tale ampio respiro. Il contributo segue invece uno dei possibili itinerari di lettura dell'opera, soffermandosi su un aspetto risultato forse più trascurato, ma ciò non di meno di primaria importanza. Ci si riferisce, in particolare, al profilo dell'esatta delimitazione della categoria dei debiti di valore, soprattutto per differenziarla da figure ad

⁵ La migliore sintesi dell'opera di Ascarelli è quella fornita dalla Commissione esaminatrice presieduta da Cesare Vivante e composta da Angelo Sraffa e Ageo Arcangeli per la chiamata di Tullio Ascarelli a professore stabile di diritto commerciale presso l'Università di Catania: «Il volume sulla *Moneta* (Padova, Cedam, 1928) completa e conclude altri studi sull'argomento, pubblicati prima della nomina a professore di ruolo [...] L'autore ha inteso di esporre una teoria generale della moneta, liberandola dalle circostanze e dagli argomenti di specie, relativi a determinati luoghi e momenti, dai quali altri scrittori si erano lasciati dominare: ha pertanto cercato di mettere in evidenza i caratteri dei debiti di valore, la diversa disciplina della moneta estera e di quella nazionale, l'origine, il valore giuridico e la portata pratica del principio del valore nominale della moneta, i limiti di applicazione dell'art. 1231 del Codice civile». Il testo integrale del verbale è riportato da M. STELLA RICHTER JR., *Racconti Ascarelliani*, II ed., Napoli, 2021, 55, nota 2.

⁶ Primato che riconosce anche T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1277-1284*, cit., 172-173.

⁷ Senza alcuna pretesa di esaustività, trattano di questa distinzione, T. DALLA MASSARA, *Trasformazioni della moneta e nuove configurazioni del rapporto obbligatorio*, in *Contr. impr.*, 2024, 28 ss.; E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, 84 ss.; ID., *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012; V. PICCININI, *I debiti di valore*, Milano, 2012; N. RIZZO, *Il problema dei debiti di valore*, Padova, 2010; D. ACHILLE, *Ritardo nell'adempimento di obbligazioni pecuniarie e danno (ovvero il danno da svalutazione monetaria secondo le Sezioni Unite della Cassazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 217 ss.; B. INZITARI, *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006, 602 ss.; ID., *La moneta*, in B. INZITARI-G. VISENTINI-A. DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, VI, *Moneta e valuta*, Padova, 1983, 119 ss.; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, IV, Milano, 1993, 149 ss.; M. EROLI, *I cd. debiti di valore*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 85 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, 287 ss.; N. IRTI-G. GIACOBBE (eds.), *Diritto monetario*, Milano, 1987; A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 222 ss.; C. GRASSETTI, *Debito di valore, di valuta e portata del principio nominalistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, II, 387.

⁸ N. RIZZO, *Il problema dei debiti di valore*, cit., in part. 75 ss.; A. PERRONE, *Tra adempimento dell'obbligazione pecuniaria e disciplina del debito risarcitorio: appunti critici intorno all'espressione «debito di valore»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, 599 ss.; F. D'AQUINO, *Verso il tramonto dei crediti di valore?*, in *Foro it.*, 1999, I, 2628 ss.

⁹ Fra le molte, v., Cass. 6 dicembre 1928, in *Foro it.*, 1929, I, 249, con nota di T. ASCARELLI, *Risarcimento del danno e moneta estera*, 753 ss.; Cass. 30 novembre 1929, in *Foro it.*, 1930, I, 18 ss. In entrambe le pronunce la valuta è presa in considerazione esclusivamente per determinare la misura dell'obbligazione. La distinzione è stata anche ripresa da Corte cost. 26 maggio 1981, in *Giur. cost.*, 1981, I, 713.



essa limitrofe, come quella dei debiti aggiustati in funzione di una clausola monetaria¹⁰.

La prassi sovente pone gli interpreti di fronte al problema della rilevanza delle oscillazioni monetarie nell'ambito dei rapporti obbligatori. Il tema manifesta anzi un moto che potremmo definire quasi "ciclico"; sembra assopirsi in pendenza di fasi di generale stabilità, fintanto cioè che l'inflazione incrementa a un tasso contenuto, graduale e costante, per poi tornare al centro dei dibattiti in periodi caratterizzati da intensa contingenza economica¹¹. Ne danno prova le vicissitudini che sul piano geopolitico hanno sconvolto il quadro macroeconomico degli ultimi anni, riproponendo l'attualità del problema dell'inflazione e degli effetti che essa produce sul riparto dei rischi nel rapporto obbligatorio e segnando un ritorno del sindacato giudiziale sulle clausole monetarie¹².

Quale rapporto lega, allora, la categoria edificata negli studi di Tullio Ascarelli con le reazioni dei privati al problema dell'oscillazione monetaria?

2. – Tornando a riflettere sulla distinzione che più aveva caratterizzato il successo de *La moneta*, è lo stesso Autore a notare come, tanto in letteratura quanto nella giurisprudenza, la categoria dei debiti di valore spesso finisce per dar spazio a «due orientamenti diversi [...] l'uno dei quali solamente può propriamente riportarsi all'identificazione di una categoria di debiti di valore, mentre l'altro a volte si riporta proprio alla negazione della problematica dei debiti di valore, a volte accomuna questa con altre limitandosi, senza distinzioni, a far capo all'inapplicabilità del principio del valore nominale della moneta nazionale»¹³. L'Autore riconduce l'equivoco alla mancanza di «una chiara consapevolezza del problema dei criteri di misurazione per la determinazione quantitativa della prestazione nell'obbligazione generica»¹⁴, che sta alla base dell'erronea sovrapposizione tra la problematica che attiene ai predetti criteri con quella che investe la determinazione dell'oggetto della prestazione.

L'esito di questo ragionamento è l'indiscriminata riconduzione sotto la categoria dell'«obbligazione di valore» di un'ampia congerie di figure eterogenee, che hanno come unico comune ed apparente denominatore il fatto di essere sottratte all'applicazione del principio del nominalismo di pagamento¹⁵. La

¹⁰ La nozione di clausola monetaria è esaminata per la prima volta da T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1277-1284 c.c.*, cit., 294, nota 4, il quale fa riferimento all'accezione datagli da P. GRECO, *Le clausole monetarie*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, II, 531 ss. La categoria è poi ripresa e sviluppata in trattazione successive, v., G. ROMANO-PAVONI, *Osservazioni sulle clausole monetarie*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, 387 ss.; E. QUADRI, *Le clausole monetarie. Autonomia e controllo nella disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1981, riflessioni poi proseguite in ID., *Le obbligazioni pecuniarie*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e Contratti. I, IX*, Torino, 1986, 485 ss. In Francia, A. VASSEUR, *Les clauses monétaires*, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1952, 431 ss. In Germania si ricorre tanto al concetto di «Geldwertklauseln», quanto di «Wertsicherungsklauseln» o, più recentemente di «Anpassungsklauseln» e «Preisklauseln», v., A. NUSSBAUM, *Vertraglicher Schutz gegen Schwankungen des Geldwerts*, 1928; H. ZIEHM, *Die Wertsicherungsklausel im Deutschen Recht*, Hamburg, 1966; L. NIES, *Geldwertsicherungsklauseln*, Stuttgart, 1973; F. ZEHETNER, *Geldwertklauseln im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr*, Tübingen, 1976; W. GERKE, *Gleitklauseln im Geld- und Kapitalverkehr*, Wiesbaden, 1980; K. BILDA, *Anpassungsklauseln in Verträgen. Gleitklauseln, Preisvorbehalte und ähnliche Sicherungsmittel*, Berlin, 1982.

¹¹ Il fenomeno è definito di «creeping inflation» per distinguerlo dalla «galloping inflation», che si contraddistingue per un improvviso e violento deprezzamento, che può financo comportare il default di un sistema monetario, v., C. PROCTOR (eds.), *Mann on the Legal Aspect of Money*, VII ed., Oxford, 2012, § 9.23. Sul punto anche N. IRTI, *Inflazione e rapporti tra privati*, in *Giust. civ.*, 1981, II, 308 ss.

¹² V., *infra*, § 2.1.

¹³ T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1277-1284*, cit., 4.

¹⁴ *Ibid.*, 68.

¹⁵ Per Ascarelli, «questa [la dottrina] non ha elaborato una dottrina dei debiti di valore, identificando solo un problema di liquidazione del debito (di denaro) illiquido», *ibid.*, 451.



commistione opera con particolare riguardo al rapporto fra debiti illiquidi¹⁶, debiti di valore e debiti determinati *per relationem* a un parametro esterno – come nel caso delle clausole monetarie o quelle di arbitraggio¹⁷.

Avendo ad oggetto una prestazione la cui entità va commisurata a un potere d'acquisto attuale, il debito di valore comporta giocoforza che, al momento del suo sorgere, l'esatta entità dell'obbligazione non possa essere identificata nel suo preciso ammontare: la prestazione dovrà prima essere oggetto di valutazione (*aestimatio*), per poi venir successivamente liquidata a un valore che corrisponda a quello del potere d'acquisto della valuta al momento del pagamento (*taxatio*)¹⁸. Allo stesso modo, la parametrizzazione a elementi esterni al rapporto non permette l'esatta identificazione dell'ammontare del debito al momento della sua nascita (t^0), ma solo al ricorrere delle condizioni e nei frangenti temporali in cui il congegno determinativo trovi attuazione, in conformità alla disposizione di legge o alla volontà delle parti (t^1, t^2, t^3, t^x)¹⁹.

Tanto, quindi, il debito di valore, quanto quello determinato in funzione di un parametro esterno assumono caratteristiche tali da poterle generalmente ricondurre nell'alveo delle obbligazioni illiquide²⁰. Da ciò, l'orientamento qui sottoposto a esame critico fa discendere l'ulteriore conseguenza per cui il rapporto fra obbligazione illiquida, debito di valore e debito con clausola monetaria debba necessariamente seguire le regole della proprietà transitiva: se A (debito di valore) è uguale a B (obbligazione illiquida) e C (debito con clausola monetaria) è uguale a B, allora C è anche uguale ad A. Insomma, i debiti con clausola monetaria rappresenterebbero una figura del più ampio insieme dei debiti di valore.

Ad alimentare l'equivoco concorre soprattutto l'obiettivo che sembra accostare i debiti di valore a quelli con clausole monetarie. Entrambi perseguirebbero la funzione di sottrarre il creditore dalle conseguenze derivanti dalle variazioni del potere di acquisto del denaro, identificando un diverso criterio di riparto del rischio di oscillazioni monetarie rispetto a quello fissato *ex lege* dal principio del nominalismo di pagamento (art. 1277 cod. civ.)²¹. Questa associazione finisce per sovra-dimensionare i contorni della categoria del «debito di valore» attribuendole così una connotazione in negativo, come «debiti sottratti al principio del valore nominale della moneta nazionale, senza altra discriminazio-

¹⁶ Sullo scivoloso concetto di «illiquidità» dell'obbligazione torneremo nel prosieguo. Se ne sono occupati, fra i molti, M. FACCIOLI, *Liquidità e certezza del diritto nelle forme di compensazione non convenzionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 45 ss.; T. DALLA MASSARA, *Liquidità e illiquidità, valuta e valore: per una ridefinizione dei confini concettuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 536 ss.; ID., *Liquidità e illiquidità, valuta e valore: per una ridefinizione dei confini concettuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 536 ss.; A. LUMINOSO, *Obbligazioni di valuta e di valore*, in *Riv. giud. Sarda*, 2009, 830 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni e contratti. L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1993; ID., *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 222 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano, 1991; T. ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, cit.

¹⁷ Nel prosieguo della trattazione saranno prese in esame esclusivamente le clausole monetarie, trattandosi delle fattispecie mediante le quali più di frequente viene assicurato il mantenimento di un determinato potere d'acquisto di un debito espresso in una somma di denaro. Con la precisazione per cui il medesimo ragionamento si ripropone, con i dovuti aggiustamenti, anche alle ulteriori forme di determinazione della prestazione in funzione di parametri esterni.

¹⁸ T. ASCARELLI, *La moneta*, cit., 197 ss.; ID., *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 468-469.

¹⁹ In tema di negozio per *relationem* si veda fin d'ora, R. CECCHETTI, *Negozio per relationem*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 5; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in A. Cicu, F. Messineo (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1972, 516 ss.; N. IRTI, *Disposizioni testamentarie rimesse all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, 199 ss.; A. GIORDANO MONDELLO, *Il testamento per relazione*, Milano, 1966; P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940.

²⁰ Pur se illiquida, l'obbligazione con clausola monetaria deve comunque presentare il requisito della determinabilità, v., F. PISTELLI, *L'indicizzazione del regolamento contrattuale*, cit., 205 ss.; T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 197 ss.

²¹ Nella manualistica si v., fra i molti, A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXVI ed., a cura di F. Anelli, C. Granelli, Milano, 2023, 414 ss.



ne»²². Per ridurre la proposta sviluppata in questo scritto a una formula di sintesi: se tutti i debiti di valore sono debiti illiquidi, così come lo sono i debiti con clausola monetaria, «non tutti i debiti illiquidi sono però debiti di valore»²³.

2.1. – La tendenza – segnalata da Tullio Ascarelli – a un indebito avvicinamento di problematiche distinte trova riscontro in una serie di autorevoli pronunce, segno che il travisamento del pensiero dell’Autore sembra ormai aver fatto breccia nel comune sentire della giurisprudenza²⁴.

Nel febbraio del 2023, le Sezioni Unite si sono pronunciate in merito alla validità di una clausola di parametrizzazione al cambio fra due valute – fra una valuta (l’euro) e una moneta (il franco svizzero), direbbe Ascarelli – contenuta all’interno di un contratto di *leasing* su un’unità immobiliare²⁵; la sentenza è particolarmente nota, ma lo è per profili diversi rispetto a quello esaminato in questa sede²⁶.

Senza addentrarsi nei particolari del caso, il regolamento contrattuale impugnato prevede un meccanismo di “doppia indicizzazione” del canone dovuto dall’utente, la cui concreta determinazione dipende dall’andamento nel tempo di due variabili (indici) fra loro indipendenti²⁷. La prima sfrutta l’indice di mercato LIBOR (London Interbank Offered Rate) CHF a 3 mesi, principale indice di riferimento per misurare la media del tasso interbancario a termine negoziato da un panel di istituti di credito sulla borsa londinese, relativamente a prestiti in franchi svizzeri. La seconda variabile non è legata a un benchmark di mercato, ma è costruita sotto forma di equazione di apporzionamento del rischio che ciascun contraente assume negli scenari di aumento o diminuzione del rapporto di cambio fra la valuta nazionale e quella straniera. Nella sostanza, questo meccanismo di calcolo consente al cliente di sfruttare le opportunità offerte da tassi su mercati valutari più favorevoli di quelli in euro, addossando però su quest’ultimo i rischi che l’operazione possa poi rivelarsi più onerosa di una interamente espressa in valuta “domestica”: ciò avviene in ipotesi di ribaltamento delle posizioni di forza fra le due monete nel corso di esecuzione del contratto²⁸. In sintesi, l’utente sopporta per l’intero il rischio relativo all’apprezzamento della valuta elvetica sull’euro.

²² T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1277-1284*, cit., 454.

²³ T. ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, 147.

²⁴ V., in particolare, *Ibid.*, 454, «nella terminologia della giurisprudenza, l’espressione “debito di valore” viene usata [...] per le ipotesi di debiti di denaro con clausole monetarie, data la comune esclusione in tutti questi casi del principio del valore nominale della moneta nazionale». Nel fraintendimento non pare tuttavia incorrere la sola giurisprudenza, ma anche taluna autorevole voce della letteratura, fra cui G.L. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil: essai d’une théorie*, Paris, 1975; P. GRECO, *Debito pecuniario, debito di valore e svalutazione monetaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, II, 103; A. NUSSBAUM, *Money in the Law National and International. A Comparative Study in the Borderline of Law and Economics*, Chicago, 1950, 180 ss. In senso dubitativo G. BOZZI, *Clausola di indicizzazione legale*, in N. IRTI-G. GIACOBBE (a cura di), *Diritto monetario*, cit., 57.

²⁵ Cass. civ., sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657 (Est. Rossetti) in *Foro it.*, 2023, I, 1087 ss., con note di F. PIRAINO-F. ANNUNZIATA-A. TUCCI-D. MAFFEIS-F. PISTELLI-M. NATALE-M.F. CAMPAGNA-A.M. GAROFALO; in *Giur. it.*, 2023, 1790 ss.; con note di E. MINERVIN-F. PIRAINO-G. TRAVAN-F. PISTELLI.

²⁶ La pronuncia, la n. 5657 del 23 febbraio 2023, ha giustamente attirato l’attenzione per le pagine dedicate al giudizio di meritevolezza, v., in particolare, E. MINERVINI, *Profili della meritevolezza del contratto*, in *Giur. it.*, 2023, 1795 ss.; F. PIRAINO, *La magica porta di Ishtar e la via accidentata delle sezioni unite per la meritevolezza*, in *Foro it.*, 2023, 1087 ss.

²⁷ Sul funzionamento della doppia indicizzazione e dei diversi meccanismi per l’esposizione ai mercati in valuta estera, sia consentito il richiamo a F. PISTELLI, *Finanziamenti in valuta estera e rimedi: oltre la conversione*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2022, 241 ss.

²⁸ Per un primo inquadramento della obbligazione pecuniaria di valuta estera si veda, M.F. CAMPAGNA, *Clausole di parametrizzazione monetaria (Indice-merci, c.d. valuta estera, oro)*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole Negoziali*, II, Torino,



L'impianto argomentativo della sentenza è talmente ricco di spunti da lasciare in secondo piano un passaggio che torna qui utile richiamare per esteso, poiché ripropone quella stessa connotazione "in negativo" della categoria dei debiti di valore, già censurata da Tullio Ascarelli.

Nell'escludere l'immeritevolezza della clausola di doppia indicizzazione, la sentenza fa leva sull'analisi delle funzioni del patto. Si sostiene: «un finanziamento in valuta estera ha lo scopo di evitare i rischi connessi alla svalutazione della moneta nazionale (e cioè il rischio della svalutazione per il creditore, e il rischio della rivalutazione per il debitore)»²⁹. L'inquadramento merita già un appunto critico, poiché lascia intendere che il ricorso alla valuta straniera – tanto nella modalità che prevede l'erogazione materiale di danaro straniero, quando in quella replicata solo finanziariamente³⁰ – tuteli entrambe le parti dal rischio che ciascuno di esse sopporterebbe in esito di oscillazioni di valore della valuta nazionale. Più che "evitarli", la clausola valuta straniera "trasla" questi rischi, esponendo di fatto il debitore ai movimenti di svalutazione della moneta nazionale rispetto a quella estera³¹.

Il passaggio prosegue poi affermando che «la clausola di cui si discorre dunque non è che una normale clausola-valore, attraverso la quale le parti individuano il criterio al quale commisurare la prestazione del debitore»³². L'enfasi sul concetto di «clausola-valore» appare come un primo chiaro riferimento alle categorie cui facevano uso Tullio Ascarelli e altri autorevoli autori della dottrina del tempo³³. Condivisibilmente, le Sezioni Unite partono dalla premessa per cui il rapporto di cambio con la moneta estera costituisce il criterio di commisurazione scelto dalle parti per determinare l'importo del debito, che non prevede alcuno scambio effettivo di divisa elvetica. Meno condivisibile è però la direzione assunta dal ragionamento in ordine all'impatto che l'inserimento della clausola produce sulla natura dell'obbligazione: «un finanziamento (non importa se in forma di mutuo o di leasing) il cui importo è parametrato ad un rapporto di cambio è un debito di valore e non di valuta»³⁴.

La decisione fornisce dunque l'ennesima controprova dell'approccio che, oramai da più di mezzo secolo, induce la giurisprudenza a sovrapporre sistematicamente il problema dei debiti di valore con quello degli strumenti convenzionali di adeguamento della prestazione attraverso clausole monetarie.

2019, 533 ss.; S. NAPOLITANO, *La clausola di pagamento effettivo in monete non aventi corso legale*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole Negoziali*, I, Torino, 2017, 569 ss.; R. CALVO, *Le obbligazioni*, in R. CALVO (a cura di), *Diritto Civile*, I, Bologna, 2015, 32 ss.; B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, 2011, 180 ss.; A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, 113 ss.; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 163 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 305 ss.; T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1277-1284 c.c.*, cit., 366 ss.

²⁹ Cass. civ., sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657, § 5.7.

³⁰ F. CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione nei finanziamenti e nei leasing*, in *Giur. comm.*, I, 2016, 352 ss.

³¹ Sui rischi derivanti al prenditore di denaro dalle fluttuazioni del mercato della valuta estera, v., in particolare Considerando 1, Raccomandazione ESRB/2011/1 sui prestiti in valuta straniera, OJ C 342.

³² C. ass. civ., sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657, § 5.7.

³³ All'apice della diffusione delle clausole monetarie, era in voga in dottrina la tendenza a distinguere fra «clausole-corso» e «clausole valore», a seconda che l'oro, la merce, o la valuta estera fossero direttamente dedotti in oggetto all'obbligazione (corso), ovvero venissero impiegati come unità di misura del valore di un'obbligazione con diverso oggetto (valore), v., L. MOSCO, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1948; A. DALMARTELLO, *Appunti in materia di clausola oro. A proposito del recente ordinamento della giurisprudenza*, Milano, 1942; A. CAPUTO, *Le clausole di garanzia monetaria*, Milano, 1935; C. GRASSETTI, *Sulla stipulazione di talune clausole d'aggio nel vigente ordinamento monetario*, in *Foro della Lombardia*, 1934, 664; T. ASCARELLI, *La Moneta*, cit., 160 ss.; L. MOSSA, *La clausola oro*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1923, 589 ss. La distinzione era condivisa anche dalla dottrina straniera, in particolare, A. NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des Deutschen und Ausländischen Rechts*, Tübingen, 1925.

³⁴ La medesima considerazione è riprodotta nella recentissima, Cass., sez. III, 26 settembre 2024, n. 25798, inedita.



L'opportunità di ribadire una separazione tra queste problematiche non nasce allora solo da un proposito di natura concettuale, ma dalle concrete conseguenze in termini di disciplina che derivano dall'attribuzione della natura valoriale del debito con clausola monetaria. Fra le diverse ricadute, l'assoggettamento alla disciplina della obbligazione di valore – e al conseguente principio di rivalutazione – ha l'effetto di ampliare i poteri di intervento sull'autonomia privata attraverso l'individuazione di parametri differenti rispetto a quelli stabiliti dalle parti, nella misura in cui risultino più adatti a rispecchiare il mantenimento di un generico potere d'acquisto nel patrimonio del creditore³⁵.

3. – Lo studio del fenomeno delle clausole monetarie rappresenta invero lo spunto alla base della riflessione di Ascarelli sulla distinzione fra debiti di valuta e di valore.

Non è un caso che non solo i suoi primi lavori³⁶, ma anche molti di quelli successivi a *La Moneta* siano stati dedicati all'analisi di queste figure³⁷. Nonostante la consapevolezza di aver di fronte a sé un fenomeno che presenta una chiara matrice comune, l'espressione «clausola monetaria» compare solo di rado nei lavori dell'Autore, che anche nelle sue ultime opere dimostra una netta preferenza nel separare l'esame delle problematiche cui le singole figure possono dar corso: d'altronde, l'esistenza di una serie di legislazioni valutarie speciali giustificava l'adozione di un approccio orientato al sindacato sulla validità o efficacia di specifiche tipologie di convenzioni, piuttosto che alla conduzione di un discorso di più ampio respiro³⁸.

La reazione dei privati all'instabilità della moneta statale assume i connotati di un fenomeno endemico già a partire dalla prima parte dello scorso secolo. Agli albori del Novecento, le clausole di parametrizzazione all'oro hanno vissuto il periodo di massima diffusione nelle prassi del commercio internazionale, per via dell'utilizzo di questo metallo come riferimento standard nella misurazione del valore reale della moneta e per il sistema dei cambi (*gold parity standard rule*)³⁹. Anche sul piano interno, la vigenza di ordinamenti valutari a base aurea con carta moneta a corso legale convertibile rendeva l'oro l'unità più stabile del valore, in un periodo storico caratterizzato da picchi di iperinflazione nell'intermezzo fra i due conflitti mondiali⁴⁰. Tuttavia, anche prima dell'abbandono degli Accordi di Bretton-Woods e la conseguente perdita di centralità dell'oro nel sistema del commercio internazionale⁴¹, era già invalso l'uso di ulteriori tipologie di clausole, volte alla ricerca di un progressivo disancoraggio del valore della moneta dal prezzo di singole *commodities*, a favore di parametri che riflettessero-

³⁵ Il punto è approfondito *infra* § 4.

³⁶ T. ASCARELLI, *I debiti di moneta estera e l'art. 39 cod. di comm.*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, 444 ss.

³⁷ ID., *Sulla efficacia delle clausole oro*, in *Foro it.*, IV, 1951, 9 ss.; ID., *In tema di clausola oro, debiti di valore e restituzione del prezzo in seguito a nullità di un trasferimento*, in *Foro it.*, I, 1950, 873 ss.; ID., *Pagamento dei debiti con clausola oro*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, II, 190 ss.

³⁸ Il caso più emblematico è dato dalla legislazione speciale in materia di liceità ed efficacia delle clausole oro nei rapporti interni, sul punto, v. la ricostruzione di T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1277-1284*, cit., 286 ss. La libertà del commercio interno in oro è stata ripristinata solo con il d.lgs. 20 agosto 1947, n. 996 e 21 aprile 1948, n. 587.

³⁹ Per una ricostruzione dettagliata del mercato delle valute nell'era Bretton Woods, v. L. NEAL, *Storia della finanza internazionale. Dalle origini ad oggi*, Bologna, 2015, 307 ss.; M.D. BORDO-B. EICHEN-GREEN, *A Retrospective on the Bretton Woods Systems: Lessons for International Monetary Reform*, Chicago, 1993; J.K. GALBRAITH, *Economies in perspective*, Princeton, 2017, trad. it. a cura di F. Ghiaia, *Storia dell'economia*, Milano, 2019.

⁴⁰ R. BOLAFFI, *Legislazione valutaria e diritto privato*, Milano, 1950; G. CARLI, *Evoluzione della legislazione italiana del controllo degli scambi e dei cambi*, Roma, 1951.

⁴¹ Sulle ragioni del fallimento del sistema di Bretton Woods, v. R. TRIFFIN, *Gold and the dollar crisis*, New Haven, 1960, nonché M. OBSTFELD-A.M. TAYLOR, *Global Capital Markets: Integration, Crisis, and Growth*, Cambridge, 2004.



ro l'andamento del potere d'acquisto del denaro in maniera sempre più astratta: dapprima mediante il riferimento a un paniere di beni o merci (*basket*), in seguito attraverso la sintesi di più grandezze economiche – ad esempio il prezzo dei beni al consumo rapportato alla media dei salari – all'interno di «numeri-indice»⁴². D'altronde l'utilizzo di criteri di ponderazione fra prezzi di beni o servizi differenti era in grado di offrire maggiori garanzie di stabilità rispetto a quelli che tenevano esclusivamente conto del valore di singoli asset, più suscettibili alle oscillazioni di valore.

Questo movimento di progressiva astrazione nella ricerca del valore della moneta ha indirizzato, ben più di quanto si potesse inizialmente supporre, il dibattito attorno al problema dei debiti di valore e della rilevanza sui rapporti obbligatori delle variazioni del valore del denaro. La diffusione di parametri alternativi alla moneta quale misura del valore rischiava di rappresentare un significativo *vulnus* all'autorità della Stato, sottraendo al potere pubblico una delle più genuine prerogative della “sovranità”: la potestà di battere moneta e l'attribuzione a questa del *corso legale*, quale strumento di affermazione dell'autorità pubblica nel campo dei rapporti economici fra privati⁴³. Non è un caso, dunque, che il fenomeno delle clausole monetarie sia stato fin da subito osteggiato dalla vigenza di legislazioni valutarie restrittive e da interpretazioni particolarmente rigorose da parte della giurisprudenza.

3.1. – Il fermento suscitato da un periodo storico di forte instabilità spiega altresì il rinnovato interesse, durante la ricostituzione dei poteri sovrani assoluti in Europa a seguito della Rivoluzione, attorno agli aspetti filosofici, economici e giuridici del denaro⁴⁴, in un dialogo fra sistemi

⁴² L'espressione è già presente in T. ASCARELLI, *La moneta*, cit., 63 ss., trattandosi di una figura contrattuale già ampiamente diffusa al tempo della pubblicazione dell'opera. L'invenzione del numero-indice per la misurazione del potere d'acquisto della moneta è solitamente attribuita a Irving Fisher, v. I. FISHER, *The Purchasing Power of Money, its Determination and Relation to Credit, Interest and Crises*, New York, 1922, in particolare Chapter X. Sulla sua diffusione in Italia, v., J.H. DRÈZE, *Moneta e incertezza: inflazione, interesse, indicizzazione*, in *Banca d'Italia. Lezioni Paolo Baffi di Moneta e Finanza*, Roma, 1992, 167 ss.; P. BAFFI, *Indicizzazione*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, 1961-1978, IV appendice, Roma, 1979, 170 ss. Le clausole monetarie e quelle di indicizzazione occupano territori che sono solo parzialmente sovrapponibili. Sforzandosi di individuare una matrice comune, questa potrebbe essere ravvisata nella categoria delle clausole di parametrizzazione, v., M.F. CAMPAGNA, *Clausole di parametrizzazione monetaria (Indice-merci, c.d. valuta estera, oro)*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, II, Torino, 2019, 533 ss. Come anticipato, le clausole monetarie individuano un insieme di convenzioni dirette a regolare fra le parti il solo rischio di oscillazione del valore di una valuta o più valute (rischio monetario). Fra le varie tecniche di governo dei fenomeni inflattivi e deflattivi vi è, per l'appunto, la parametrizzazione a un indice rappresentativo di un mercato monetario. Sebbene, nella prassi odierna, sia invalso un uso dell'indicizzazione come tecnica prevalentemente volta all'adeguamento monetario – ad esempio, mediante il riferimento agli indici dei prezzi al consumo – non è l'utilizzo di questa tecnica “in sé” a rendere “monetaria” la clausola, ma solo il riferimento a un indice che sia effettivamente in grado di replicare l'andamento del valore o del potere di acquisto di una determinata valuta. Non avranno di conseguenza natura di clausola monetaria tutte le figure di indicizzazione a parametri estranei a quello anzidetto – ad esempio, l'indicizzazione a obiettivi di sviluppo sostenibile. Sull'aspetto terminologico, v., E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., 486-487. Per un'ipotesi di tassonomia, sia consentito il rinvio a F. PISTELLI, *L'indicizzazione del regolamento contrattuale*, cit., 154 ss.

⁴³ E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., 438-439. Sono tornati di recente sul punto, F. GAMBINO, *Euro digitale e corso legale della moneta*, in *Nuove leg. civ. com.*, 2024, 745 ss.; M.F. CAMPAGNA, *L'uropeizzazione “delle obbligazioni pecuniarie”. Una ipotesi*, in *Pers. merc.*, 2022, 401 ss.

⁴⁴ Come rammenta egli stesso in *Premessa* al suo lavoro, l'influenza esercitata da autori nazionali e stranieri ha un ruolo centrale nello sviluppo dell'analisi condotta da Tullio Ascarelli ne *La moneta*. Limitandosi a richiamare quelli che hanno inciso più significativamente sulla formazione del suo pensiero, nella letteratura tedesca, F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1851, 406 sulla «quasi misteriosa qualità della moneta»; G. HARTMANN, *Über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden*, Braunschweig, 1868; G. SIMMEL, *Philosophie des Geldes*, Leipzig, 1900, trad. it. a cura di A. Cavalli, L. Perucchi, *Filosofia del denaro*, Milano, 2019; G.F.



favorito dal ricorrere di problematiche in larga misura affini ⁴⁵.

L'originalità dell'intuizione di Tullio Ascarelli, allineata con l'impostazione del dibattito dell'epoca, è quella di sviluppare l'analisi del nominalismo di pagamento nella disciplina dell'obbligazione pecuniaria a partire dai principi generali sulla moneta. L'impronta storicistica della sua indagine, caratteristica costante del metodo di Ascarelli ⁴⁶, permette all'Autore di fare emergere come l'evoluzione del concetto di moneta sia contrassegnata da un progressivo distacco dal suo substrato fisico e dall'affermarsi delle due tradizionali funzioni di strumento di scambio e misura del valore ⁴⁷. Tale sdoppiamento permette di separare un concetto "economico" di moneta – ciò che risponde a una determinata funzione – da quello "giuridico" – ciò che necessita di un'apposita qualificazione da parte di una norma ⁴⁸. La separazione fra questi due piani non va rigidamente intesa, poiché l'esperienza dimostra che nella gran parte delle *Zahlungsgemeinschaften* vi sia una precisa corrispondenza fra i due: assai di rado la norma qualifica come denaro un qualcosa che non sia considerato come tale anche dalla comunità di riferimento. Il concetto di denaro acquisito dal diritto positivo è dunque quello di un

KNAPP, *Staatliche Theorie des Geldes*, München-Leipzig, 1905; A. NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des Deutschen und Ausländischen Rechts*, cit., dell'Autore, Ascarelli riconosce l'influenza tanto delle prime opere, focalizzate sul diritto tedesco, quanto di quelle successive, in lingua inglese, pubblicate a seguito dell'allontanamento di Nussbaum da Berlino durante il regime nazista e il suo approdo alla Columbia University, ID., *Money in the Law*, cit.; J. GOLDSCHMIDT, *Die Aufwertungskrise. Ein Ergebnis der Lehre vom Nominalismus des Geldes und des Rechts*, Berlin, 1926. In quella francese, E. BABELON, *Les origines de la monnaie considérées au point de vue économique et historique*, Paris, 1897; A. MATER, *Traité juridique de la monnaie et du change*, Paris, 1925. In quella italiana, G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924.

⁴⁵ Così A. NUSSBAUM nella *Preface* a ID., *Money in the Law*, cit., iv, «Monetary law offers an unusual and probably unique opportunity for comparative treatment because the fundamental problems which it raises for lawgivers and courts are largely identical everywhere in modern civilization».

⁴⁶ N. BOBBIO, *Ritratti critici di contemporanei. Tullio Ascarelli. 1° Parte*, cit., 414.

⁴⁷ T. ASCARELLI, *La moneta*, cit., 3 ss., ripresa poi e approfondita in ID., *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 44 ss.

⁴⁸ T. ASCARELLI, *La moneta*, cit., 43-58. Il concetto giuridico di moneta necessita del riferimento a un'organizzazione sociale, la *Zahlungsgemeinschaft* di cui discorre G.F. KNAPP, *Staatliche Theorie des Geldes*, 405, «Der Staat empfindet sich als Zahlungsgemeinschaft und achtet auf die fremden Leute nicht. Er schafft für sein Rechtsleben den Begriff der Wertehheit, den er historisch definiert; die Zahlungsmittel erhalten durch den Staat proklamatorische Geltung; manche, aber nicht alle Zahlungsmittel haben daneben auch Metallgehalt, was gerade deshalb zulässig ist, weil die Geltung nicht am Gehalte hängt, also auch diesen oder jenen Gehalt duldet [...] Da wir dies alles vom Standpunkte des Staates aus und nicht nach privaten Wünschen oder Ratschlägen dargestellt haben, so ist es wohl gerechtfertigt, die vorgetragene Theorie, obgleich sie eigentlich alle Zahlungsmittel umfaßt, nach dem wichtigsten Beispiel als die staatliche Theorie des Geldes zu bezeichnen» [Lo Stato si percepisce come una comunità di pagamento e non presta attenzione ad altre Genti. Crea per la sua vita giuridica il concetto di unità di valore, che definisce storicamente; i mezzi di pagamento ricevono validità proclamatoria attraverso lo Stato; alcuni mezzi di pagamento, ma non tutti, hanno anche un contenuto metallico, che è ammissibile proprio perché la validità non dipende dal contenuto, cioè tollera anche questo o quel contenuto. Poiché abbiamo presentato tutto questo dal punto di vista dello Stato, e non secondo desideri o consigli privati, è giustificato chiamare la teoria presentata, anche se in realtà include tutti i mezzi di pagamento, teoria statale del denaro secondo l'esempio più importante]. Le tesi di Knapp sulla nozione statalista della moneta vedevano, in tempi più recenti, il suo più autorevole esponente in F.A. MANN, *The Legal Aspect of Money*, IV ed., Oxford, 1982, 13, secondo cui assume la caratteristica di moneta ogni cosa ("chattel") «which, issued by the authority of the law and denominated with reference to a unit of account, are meant to serve as universal means of exchange in the state of issue». La principale critica a questa teoria – già espressa, al tempo, da Tullio Ascarelli – è quella dell'artificiosa esclusione dal concetto di comunità di pagamento di ogni soggettività diversa dallo Stato, che pure ha facoltà di identificare una *res* con le qualità di una moneta (come, ad esempio, la moneta bancaria), salva la previsione dell'obbligo legale di accettazione. Per ovviare alle critiche, Charles Proctor, il curatore della più recente edizione del volume di Mann, ha formulato una definizione più ampia di quella contenuta nelle precedenti edizioni C. PROCTOR (eds.), *Mann on the Legal Aspect of Money*, VII ed., Oxford, 2012, § 1.168.



bene destinato essenzialmente e generalmente allo scambio in seno a una comunità giuridica, considerato nella sua utilità circolatoria⁴⁹.

La misura del valore al quale va computato uno scambio avente a oggetto una prestazione pecuniaria ha rappresentato così il terreno fertile di un confronto fra diverse teorie classiche: quella che la parametrava al valore di un metallo prezioso (teoria dell'intrinseco), di altra moneta, all'effettivo potere d'acquisto⁵⁰, o al valore nominale. La storia moderna dimostra come, a partire dal XIX sec., pressoché ovunque il nominalismo – o «Numeralism», come suggerisce di chiamarlo Arthur Nussbaum⁵¹ – abbia finito per prevalere, esplicitamente o implicitamente⁵², sugli altri sistemi di determinazione del valore di estinzione dell'obbligazione pecuniaria, specialmente su quello valoristico. Il suo trionfo rappresenta il prodotto primo della separazione dal principio dell'intrinseco e dell'affermazione di un'autorità statale nel conio⁵³. L'accoglimento del principio nominalistico ha come conseguenza che l'utilità circolatoria del denaro debba venir considerata sulla base del solo valore nominale. La logica conclusione che se ne trae è che costituisca debito di denaro quell'obbligazione che ha per oggetto una somma di denaro determinata in un numero di pezzi monetari di qualunque specie, che rappresenta un determinato multiplo o sottomultiplo di una unità ideale⁵⁴.

È su questo profilo che si intersecano, allora, la teoria dei debiti di valore e il fenomeno delle clausole monetarie: fino a che punto la regola di allocazione del rischio definita dall'art. 1277 cod. civ. s'impone su ogni tentativo di deroga privata e quale è il suo effettivo campo di applicazione?

3.2. – L'affermarsi del principio nominalistico lascia irrisolto il dubbio sorto in ordine al rilievo delle oscillazioni monetarie sui rapporti obbligatori ma, ancor prima, alla possibilità per i privati di far riferimento a misure del valore diverse da quelle fissate nell'importo nominale del debito.

⁴⁹ Queste caratteristiche consentono di distinguere il concetto di denaro da altri strumenti, come i titoli di credito, che pure adempiono di fatto a una funzione di scambio, «in quanto essi vengono pur sempre dati e accettati in sostituzione del pagamento in moneta cui ha diritto il creditore», ID., *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 61. La *querelle* attorno alla qualificazione del pagamento mediante titoli di credito alla stregua di una *datio in solutum* – orientamento che trova in Ascarelli uno dei più autorevoli esponenti – è stata oggetto di un noto intervento delle Sezioni Unite, secondo cui il pagamento mediante assegno circolare ha diretto effetto liberatorio, potendo il creditore rifiutarlo solo per giustificato motivo, da valutare secondo le regole della buona fede e correttezza, v., Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Corriere giur.*, 2008, 500, con nota di A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante nella cashless society*; in *Contratti*, 2008, 490; in *Nuova giur. civ. com.*, 2008, 1, 751, con nota di F. MORCAVALLO, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante consegna di assegni circolari: inquadramento sistematico e valenza teorico-applicativa di un orientamento evolutivo*.

⁵⁰ F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, cit., 432, 454, definito da T. ASCARELLI, *La moneta*, cit., 72, «il maggior Maestro dell'antinominalismo».

⁵¹ A. NUSSBAUM, *Money in the law*, cit., 17.

⁵² Per un'analisi comparata sull'accoglimento del principio nominalismo nei sistemi continentali, v. C. PROCTOR (eds.), *Mann on the Legal Aspect of Money*, cit., § 9.24 ss. Il riferimento esplicito nel *Code civil* francese (art. 1895) è ricondotto da Ascarelli all'avvenuto superamento in Francia della *moneta immaginaria* e l'avvento dell'ordinamento monetario sancito dalla legislazione rivoluzionaria, v., T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 118. La Corte EDU facendo applicazione dell'art. 1 Protocollo 1 della Convenzione Europea dei Diritti Umani, pur non facendone esplicita menzione, segue il principio del nominalismo, v., *Rudzinska v Poland* (1999) ECHR-VI 45223/97.

⁵³ Il nominalismo riporta, secondo T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 113 «a una più viva coscienza dell'unità statale».

⁵⁴ In Ascarelli, l'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro viene qualificata come obbligazione di cosa generica. La sua tesi è contrapposta alla teoria del Savigny come obbligazione di prestare una astratta potenza patrimoniale (*allgemeine Vermögensgemacht*), F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, cit., *passim*. Nota è altresì la critica di A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., 50 ss.



Il rigore manifestato dalle prime interpretazioni del nominalismo di pagamento si spiega dietro una pluralità di ragioni. Di là dalla già menzionata volontà di proteggere la sovranità sul proprio ordinamento monetario, il tradizionale sfavore manifestato dai legislatori nazionali e dalle autorità giurisdizionali di *common*⁵⁵ e *civil law*⁵⁶ verso la fuga dalla valuta statale si alimenta nel timore che il diffondersi di una moneta privata potesse dar luogo a incontrollabili spirali pro-inflattive⁵⁷. A ciò fa inoltre eco un approccio culturalmente orientato al rifiuto di un qualsivoglia principio che avesse l'effetto di allocare sul creditore i rischi delle variazioni di valore del denaro, in quanto profondamente contrario alla matrice liberale dello Stato fra Otto e Novecento⁵⁸.

A lungo, dunque, al nominalismo di pagamento è stata riconosciuta una funzione essenzialmente dirigistica⁵⁹, per via della sua appartenenza a quell'intelaiatura di principi che definiscono l'ordine pubblico dello Stato. L'ordinamento francese ha rappresentato, sotto questo aspetto, l'esempio più nitido di un'applicazione del principio nominalistico ritenuta incompatibile con ogni possibilità di deroga da parte dei privati. La codificazione napoleonica ha profondamente risentito del pensiero di Pothier⁶⁰, il padre dei principi in materia di obbligazione pecuniaria confluiti all'interno del *Code civil*. Secondo Pothier, la moneta non possiede un valore intrinseco, poiché il suo unico valore è quello nominale che reca impresso nel conio e che esprime la volontà del principe. La conclusione che ne trae è che nel caso in cui si verificano variazioni monetarie si dovrà tenere esclusivamente conto del valore nominale della moneta al tempo del sorgere del rapporto obbligatorio⁶¹.

⁵⁵ La più nota presa di posizione avverso l'impiego di clausole monetarie è quella assunta da Lord Denning nella causa *Treseder Griffin v. Cooperative Insurance Society* [1956] 2 QB 127 (CA), secondo cui «if we are now to hold gold clauses valid in England for internal payments, we may opening a door through which lessors and mortgagees, debenture holders and preference shareholders, and many others, may all pass [...] What, then, is to become of sterling? It would become a discredited currency unable to look its enemy inflation in the face. That should not be allowed to happen».

⁵⁶ A questo proposito, si comprendono le ragioni di quella dottrina dell'epoca che, per sostenere l'efficacia e la validità dei meccanismi di indicizzazione, si preoccupava di puntualizzare in esordio alla propria analisi che «Lo scopo delle clausole di garanzia monetaria non è pertanto quello di sostituire una nuova unità di misura alla moneta» A. CAPUTO, *Le clausole di garanzia monetaria*, cit., 16.

⁵⁷ Con grande lungimiranza, Tullio Ascarelli coglie fin da subito le potenzialità inespresse di questo fenomeno, anticipando una linea di sviluppo che trova oggi pieno compimento, v., T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 323-324, nota 2, «sono proprio le clausole numero-indice del costo della vita quelle che tendono ormai a ritrovarsi nei rapporti di massa, ed è appunto questa loro diffusione che ne rende attuale la pericolosità». Al tempo, Ascarelli apparteneva a quelle voci che criticavano la diffusione generalizzata dei meccanismi di indicizzazione, soprattutto in ambito salariale (la c.d. scala mobile), per il timore che un loro diffuso impiego incentivasse l'incremento generalizzato dell'inflazione. L'indicizzazione incontrava già al tempo il supporto di autorevoli economisti italiani (P. BAFFI, *Indicizzazione*, in *Enc. It.*, IV Appendice, Roma, 1979, 170 ss.) e stranieri (M. FRIEDMAN, *Monetary Correction: A Proposal for Escalator Clauses to Reduce the Costs of Ending Inflation*, in *IEA Occasional Paper*, no. 41, 1974).

⁵⁸ Sul nominalismo di pagamento come strumento di politica economica statale, J. CARBONNIER, *Le Principe du Nominalisme monétaire et ses limites en Droit français*, in *Travaux et Conférences*, VIII, Université Libre de Bruxelles (Faculté de Droit), Bruxelles, 1960, 114.

⁵⁹ E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., 455.

⁶⁰ R.J. POTHIER, *Traité du contrat de prêt de consommation*, n. 37, in *Oeuvres de Pothier*, V, Paris, 1821, 405.

⁶¹ Pur rimanendo Pothier il maggior esponente della dottrina che osteggia l'utilizzo delle clausole monetarie per ragioni di tutela dell'ordine pubblico, vi è tuttavia chi sottolinea che le tesi del civilista francese fossero giustificate soprattutto nel rifiuto della teoria del valore intrinseco e che egli fosse comunque sensibile alle istanze equitative dovute al pregiudizio del creditore per effetto della rigida applicazione del nominalismo, v. P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, 1960. L'opinione di Pothier ha comunque persuaso anche buona parte della dottrina successiva, fra cui G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, 152, «le principe dirigiste du nominalisme est limité dans son influence aux seules clauses qui le contredisent directement».



Il passaggio da un tasso di inflazione graduale – del tutto fisiologico nelle economie di stampo capitalistico – alle impennate iperinflazionistiche dovute ai costi dell'uscita dal primo conflitto mondiale ha suscitato taluni primi tentativi di scardinamento della «forza di resistenza» del principio nominalistico⁶². L'eccessiva rigidità della sua vigenza durante fasi di contingenza economica pone difatti a rischio quegli stessi obiettivi di politica economica perseguiti, per mezzo del principio nominalistico, nei periodi di maggior stabilità. Istanze di temperamento equitativo hanno così trovato spazio all'interno degli ordinamenti maggiormente coinvolti dalla spirale inflazionistica, grazie all'intervento di una giurisprudenza che ha fortemente valorizzato il ricorso alle norme generali sul contratto e sull'obbligazione. In Germania, è noto come la clausola di buona fede (*Treu und Glauben*, § 242 BGB) e la norma sull'interpretazione integrativa (*ergänzende Vertragsauslegung*, § 157 BGB) abbiano permesso interventi di redistribuzione del rischio monetario (*Risikoverteilung*) sul presupposto della rivalutazione (*Aufwertung*) di pagamenti in denaro nominale drasticamente ridotti rispetto al valore reale della prestazione⁶³. Approccio che, tuttavia, ha solo interessato la prima parte del secolo scorso, per poi mutare radicalmente con il volgere al termine del secondo conflitto globale e con la riorganizzazione della politica monetaria da parte della nascente Repubblica Federale Tedesca⁶⁴, i cui riflessi si sono manifestati anche nella maggior ritrosia della giurisprudenza ad ammettere ipotesi di rivalutazione implicita dei debiti pecuniari⁶⁵.

La medesima apertura a principi valoristici attraverso il ricorso a clausole generali ha trovato invece ben minor favore in Italia, tanto per il tramite delle norme sulla buona fede⁶⁶, quanto per l'applicabilità dell'art. 1467 cod. civ.⁶⁷. Il problema della rivalutazione è stato perlopiù trattato mediante inter-

⁶² L'espressione è di A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale del principio nominalistico. Profili comparatistici*, in C. MAZZONI-A. NIGRO (a cura di), *Credito e moneta*, Milano, 1982, 768.

⁶³ La giurisprudenza della BGH ha di regola ammesso la rivalutazione del debito in presenza di una catastrofica riduzione del valore reale (*katastrophalen Wertverfall*), v., RG, 27 gennaio 1928 – II 331/27, in *RGZ* 120, 193, 197 (relativa ad un debito espresso in Corone Austriache). Sul problema anche F. FICK, *Die Frage der Antwortung und der Einfluss wirtschaftlicher Katastrophen auf bestehende Verträge nach schweizerischem Recht*, Basel, 1925. Più cauto è invece stato l'approccio nei casi di deprezzamento di entità più contenuta, in quanto la rivalutazione è stata concessa nei soli casi in cui l'ipotesi del deprezzamento non fosse già stata tenuta in conto dalle parti, v., RG, 9 luglio 1935, 4 D 618/35, in *RGZ*, 148, 33, 41, 42. Si tratta di quelle ipotesi nelle quali la svalutazione costituisce «un presupposto di fatto che rende necessaria l'applicazione di determinate norme che consentono la modificazione o addirittura l'eliminazione di un rapporto preesistente» R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Foro it.*, 1944-1946, IV, 42. In senso critico sulle conseguenze della giurisprudenza in Germania in materia di rivalutazione dei debiti di denaro dopo il primo conflitto mondiale e sull'utilizzo del § 242 BGB si è espresso A. NUSSBAUM, *Bilanz der Aufwertungstheorie*, Tübingen, 1929.

⁶⁴ La riforma monetaria tedesca (*Währungsgesetz*) fu adottata in esito ai lavori del concilio valutario del 1948 (*Währungskonklave*) a Bad Homburg (*Homburger Plan*). Una ricostruzione dei lavori del concilio è fornita da W. ECKHARD, *Die Entstehung der Bank deutscher Länder und die deutsche Währungsreform 1948*, Frankfurt am Main, 1980. Sulle implicazioni civilistiche, B. VON MAYDELL, *Geldschuld und Geldwert*, München, 1974, 100 ss. La via intrapresa attraverso il nuovo assetto monetario fu quella di non imporre un divieto tout court all'utilizzo di clausole di rivalutazione nelle obbligazioni pecuniarie, bensì un controllo di tipo selettivo, consistente cioè nella richiesta di un'apposita autorizzazione all'autorità preposta al controllo valutario (la Bundesbank). La *Währungsgesetz* è rimasta in vigore nell'ordinamento tedesco fino all'introduzione della moneta unica e al passaggio a un ordine monetario sotto l'egida della BCE, v., G. KIRKCHHOFF, *Der Umfang des Verbots von Wertsicherungsklauseln*, in *DNotZ*, 2007, 11 ss.

⁶⁵ V., in particolare BGH, 1-10-1975, IV ZR 161/73, in *DB*, 1975, 2220; BGH, 14-10-1959, V ZR 9/58, in *NJW*, 1959, 2203.

⁶⁶ All'esame dell'applicabilità ai debiti pecuniari dei principi di buona fede e della presupposizione è dedicato lo studio di G. SCADUTO, *I debiti pecuniari e il deprezzamento monetario*, cit., in part. 138 ss.

⁶⁷ La giurisprudenza ha sempre ammesso il carattere innovativo dell'art. 1467 cod. civ., che ne sanciva l'inapplicabilità a rapporti sorti antecedentemente all'entrata in vigore del codice del 1942, v., *ex multis*, Cass. 29 luglio 1948, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, III, 169; App. Milano, 16 marzo 1948, in *Foro pad.*, 1948, II, 62. Esisteva, per il vero, un antecedente storico



venti legislativi puntuali, volti a fissare meccanismi di adeguamento di crediti di somme di denaro in funzione di moltiplicatori diversi per ciascun ambito di intervento⁶⁸, che mai sono sembrati intaccare la primazia del principio sancito, prima, nell'art. 1821 cod. prev. e, a seguito, nell'art. 1277 cod. civ.

Secondo Ascarelli, la posizione di eccezionalità che il criterio della rivalutazione ricopre nella disciplina dei debiti pecuniari non deve però necessariamente equivalere all'irrilevanza giuridica delle oscillazioni di potere d'acquisto della moneta. Ad analoghi esiti di temperamento equitativo è possibile pervenire anche solo per il tramite di «principii generali in tema di moneta e alla natura delle singole obbligazioni»⁶⁹. D'altronde, l'interpretazione del nominalismo di pagamento non può che riflettere la diversità di funzioni che la moneta assolve all'interno di un rapporto obbligatorio. È a tal proposito che l'Autore fonda la sua nota distinzione fra moneta come misura legale del valore (*mensura*) e come strumento di scambio (*mensuratum*)⁷⁰. Ogni prestazione generica che viene dedotta come oggetto di obbligazione ab-bisogna di un'unità di misura per essere determinata. La «valuta» assume così, per un verso, la funzione di «ultimo eventuale e forzoso mezzo di soluzione delle obbligazioni» (*letztes Zahlungsmittel*), per l'altro, «ultimo e definitivo misuratore di valori»⁷¹. L'impiego degli aggettivi «ultimo» ed «eventuale» chiarisce come sia concesso alle parti di specificare una diversa unità di misura, la quale sarà allora assunta come riferimento per la determinazione del valore del proprio rapporto obbligatorio. Viceversa, laddove le parti non abbiano provveduto a dare diversa specificazione, è la valuta statale a costituire l'unità ideale cui occorre riferire la determinazione del contenuto del rapporto obbligatorio e nella quale, in conformità del principio del corso forzoso, è sempre ammesso al debitore liberarsi.

4. – Solo in questo più ristretto ambito il principio nominalistico si pone, per Ascarelli, come fondamentale e inderogabile: quello cioè dei debiti pecuniari di valuta⁷². L'applicazione del criterio di riparto del rischio sancita dal principio nominalistico presuppone, di conseguenza che *i*) l'obbligazione abbia ad oggetto una prestazione generica – come Ascarelli ritiene essere quella di una somma di denaro – e che *ii*) essa sia riferita a una unità di misura legale del valore⁷³. Insegna Ascarelli, che quando

nell'art. 11 del r.d. 27 novembre 1919 n. 2227 il quale però, sancendo il diritto alla risoluzione del contratto ad esecuzione continuativa qualora la conversione in valuta italiana del debito in valuta austro-ungarica comportasse una grave alterazione dell'equilibrio economico, confermava di fatto l'eccezionalità della previsione. L'applicabilità dell'art. 1467 cod. civ. alle alterazioni imputabili al deprezzamento della moneta è stata oggetto di una profonda riscoperta nella giurisprudenza degli anni '50, che ne ha fatto più ampia applicazione, fra cui Cass. 14 aprile 1956, in *Mass. Foro it.*, 1956, n. 1107. Su questo filone giurisprudenziale è critica la visione di T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 337 ss. Sul punto anche T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie*, 226 ss.

⁶⁸ V., nota 38.

⁶⁹ T. ASCARELLI, *La moneta*, cit., 234.

⁷⁰ Sull'inattualità di questa distinzione si appunta la critica di N. RIZZO, *Il problema dei debiti di valore*, cit., 75 ss., in particolare 81, secondo cui la contrapposizione tra moneta come strumenti di scambio e moneta come unità di conto, con l'abbandono del sistema della moneta immaginaria, è diventata una *fictio*.

⁷¹ T. ASCARELLI, *La moneta*, cit., 123.

⁷² L'analisi dello sviluppo del pensiero di Ascarelli rivela un parziale revisione di questo concetto, a cavallo fra la sua prima opera e quelle della maturità. Ne *La moneta* Ascarelli afferma che, nell'ambito dei debiti pecuniari di valuta, il principio nominalistico è un «principio fondamentale e inderogabile», ID., *La moneta*, cit., 141. L'ambiguità del richiamo al carattere di inderogabilità del nominalismo induce Ascarelli a chiarire il contenuto del suo pensiero in ID., *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 248, «il principio del valore nominale non è a rigore derogabile, così come non è inderogabile [...] in quanto risultato che si trae implicitamente dalla struttura della fattispecie dell'obbligazione in valuta, ne è quindi una sorta di conseguenza naturale».

⁷³ Torna utile, in proposito, la distinzione fra tre criteri di determinazione quantitativa della prestazione generica suggerita



la valuta è unicamente considerata non come oggetto dell'obbligazione, ma come misuratore di valori, il principio nominalistico – per riprendere il gioco di parole – “perde di valore”. L'applicazione del principio nominalistico tradirebbe, in tal caso, la funzione per la quale è utilizzata la valuta, finendo così per trasformarla da misura a oggetto dell'obbligazione.

Tale distinzione conduce allora al cuore del problema e alla proposta di sciogliere il fraintendimento in cui sembra incorrere l'indirizzo qui sottoposto a revisione critica.

L'inapplicabilità del principio nominalistico avvicina il debito con clausola monetaria a quello di valore; i presupposti e le conseguenze di questa inapplicabilità, all'opposto, li allontanano. Entrambi si discostano difatti dall'elemento *sub ii*), poiché tanto nel debito con clausola monetaria, quanto in quello di valore l'unità di misura per la determinazione del contenuto dell'obbligazione è diversa da quella legale. L'una, tuttavia, poiché il parametro alternativo viene identificato in via convenzionale dalle parti; l'accordo fra debitore e creditore affida la determinazione del contenuto dell'obbligazione a un elemento esterno al rapporto, ritenuto il più idoneo a rappresentare le variazioni di valore di un determinato mercato e, così facendo, a distribuire il rischio di sue oscillazioni in modo ottimale. L'altra, invece, poiché la prestazione dovuta dal creditore consiste nell'integrare il suo patrimonio di un potere d'acquisto non ancora ottenuto o reintegrarlo di uno perduto, attraverso la corresponsione di una somma di denaro o di altra cosa. Da ciò si può inoltre intuire che, tendenzialmente, le obbligazioni di valore avranno fonte legale, mentre quelle di valuta negoziale, salva la ricorrenza di diverse eccezioni, come nel caso del legato alimentare, che pur avendo fonte in un negozio, segue il criterio valoristico per la sua liquidazione.

Tale diversità di presupposti, oltre a giustificare la separazione fra la problematica del debito con clausola monetaria da quello di valore, reca con sé almeno tre implicazioni dal punto di vista della disciplina applicabile.

In primo luogo, per i debiti di valore, la traduzione del generico potere d'acquisto in una somma determinata presuppone un'inevitabile scissione fra il momento della valutazione (*aestimatio*) e quello della liquidazione (*taxatio*), poiché è fra gli stessi che si registra quella perdita da reintegrare nel patrimonio del creditore⁷⁴. Diversamente, nei debiti con clausola monetaria la distinzione fra questi due momenti viene meno, poiché è direttamente l'accordo fra le parti a fissare i presupposti ai quali debba avvenire la liquidazione del debito⁷⁵.

in *Ibid.*, 180, «a) misure che hanno per oggetto le cose del mondo fisico: quali le misure di volume, superficie, lunghezza e peso; b) misure di valori (rispettivamente materiali o legali); c) potere d'acquisto o valore».

⁷⁴ Il punto più controverso riguarda l'identificazione del momento della valutazione del danno e quello della sua liquidazione, poiché è dopo quest'ultima che si produce l'effetto di trasformare il debito di valore in debito di valuta, v., *ex multis*, Cass. 25 settembre 1984, n. 4820, in *Foro it.*, 1985, I, 816. In particolare, le opinioni in dottrina si dividono sul problema della rilevanza delle oscillazioni monetarie anche a seguito della valutazione del danno. Per confutare la tesi dominante in dottrina (Scaduto), che sosteneva l'irrelevanza delle variazioni successive al momento della violazione della legge, Ascarelli ricorre ad una lettura di tipo funzionale dell'istituto del risarcimento del danno. Questo gli serve a dire che il momento della liquidazione si ha con l'emanazione della sentenza, mentre quello della valutazione va effettuato con riguardo al tempo in cui si verifica il fatto illecito o il comportamento che ha determinato l'inadempimento del contratto. I danni che si producono a seguito della *aestimatio* appartengono così al diverso problema della risarcibilità del danno ulteriore, risarcibile in quanto ne sia conseguenza immediata e diretta, v., T. ASCARELLI, *La moneta*, cit., 193 ss. e ID., *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 451 ss.

⁷⁵ La medesima considerazione vale tanto nel caso in cui la *relatio* abbia il suo presupposto in un elemento come un indice, quanto in quello in cui la determinazione del contenuto sia fatta per il tramite di un terzo, v., F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, IV Agg., Milano, 2000, 62 ss.



In secondo luogo, e come diretta conseguenza di quanto appena detto, muta altresì l'effetto di protezione avverso le oscillazioni del potere d'acquisto. L'impiego di una clausola monetaria aggancia il valore dell'obbligazione a una precisa unità di misura, indipendentemente dal criterio di ponderazione scelto. La misura convenzionale della prestazione non ha dunque l'effetto di assicurare al creditore la corresponsione di un generico potere d'acquisto, ma del solo potere d'acquisto rappresentato dall'indice o dal diverso parametro cui le parti hanno ritenuto opportuno affidarsi⁷⁶. Ogni altra variazione non coperta – tanto per la sua imprevedibilità, quanto per l'inidoneità tecnica del parametro a tenerne in conto⁷⁷ – continuerà insomma a gravare sul creditore. Di converso, nell'ambito dei debiti di valore, la tutela del creditore è estesa a ogni perdita del potere d'acquisto, avendo egli diritto alla corresponsione di un valore astratto⁷⁸.

Ciò si traduce, come terza e ultima conseguenza, in precisi riflessi sul margine di intervento del giudice in sede di liquidazione del debito. Non deve, invero, trarre in inganno la considerazione per cui gli stessi parametri cui fanno tipicamente richiamo le clausole monetarie – come indici legati al costo della vita, o dei prezzi al consumo – sono di frequente impiegati dalle Corti per provvedere alla liquidazione della somma che corrisponde al concreto potere di acquisto nell'ambito delle obbligazioni di valore⁷⁹. Ben diverso è infatti il ruolo assunto dal parametro nell'uno e nell'altro caso. Nelle obbligazioni di valuta, l'indice di riferimento per la liquidazione del debito resta esclusivamente quello scelto dalle parti al momento di conclusione del contratto, ovvero quello rivisto sulla base di criteri comunque predeterminati al sorgere del rapporto (c.d. clausola *fall-back*). Ogni eventuale controversia relativa alla liquidazione del debito sarà dunque decisa attribuendo preminente valore all'autonomia privata, potendosi il giudice discostare solo in casi eccezionali⁸⁰. Viceversa, nelle obbligazioni di valore, la scelta della tecnica di determinazione della somma concreta è svincolata da ogni legame con

⁷⁶Nitidamente, T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 325, «con la clausola numero indice il creditore corre il rischio delle oscillazioni di valore delle merci prescelte e pertanto, anche in questa ipotesi, non arriva affatto a garantirsi un potere d'acquisto costante, ma solo un potere d'acquisto costante nei confronti delle merci prescelte nel numero indice e secondo i rapporti ivi indicati», solo quindi con riferimento all'unità di misura prescelta.

⁷⁷Non di rado accade, infatti, che il parametro scelto dalle parti risulti inidoneo a proteggere l'una o l'altra delle parti dai rischi di oscillazione del mercato. I casi più noti sono *Aluminum Co of America v. Essex Group Inc.*, 499 F. Supp. 53 (ALCOA) (W.D. Pa 1980) in *Foro it.*, 1981, IV, 363 ss. e, per quanto riguarda il nostro ordinamento, *Rumianca Sud c. Esso italiana e Saras*, Cass. 29 giugno 1981, n. 4929, in *Foro it.*, 1981, V, 2131, con nota di R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*. La principale differenza fra queste pronunce è che la prima ammette la manutenzione del rapporto, la seconda riconosce solo l'esperibilità del rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Nonostante la notorietà, in Italia, del caso *Rumianca Sud*, la giurisprudenza successiva non ha mostrato di volersi sempre uniformare a questa decisione. In particolare, Cass. 21 giugno 1985, n. 3730 in *Foro it.*, *Rep.* 1985, voce *Somministrazione (contratto)*, n. 1, secondo cui «deve escludersi l'invocabilità dell'art. 1467 c.c. [...] anche nel caso in cui i suddetti criteri risultino in concreto inidonei ad assicurare il riequilibrio delle contrapposte prestazioni, poiché nell'indicata previsione negoziale è implicita la volontà di assumere l'alea di quegli eventi sopravvenuti, per la parte non compensata dai meccanismi di adeguamento».

⁷⁸T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 446, secondo il quale nel debito di valore il creditore «non corre più le sorti dell'apprezzamento o del deprezzamento di qualsivoglia moneta».

⁷⁹Di questa pratica dà conto A. NUSSBAUM, *Money in the law*, cit., 30 ss., fin dalla giurisprudenza degli anni Venti del Novecento in Germania, con R.G.Bl. 1924, I, 552.

⁸⁰La questione si pone principalmente rispetto alla configurazione di un potere-dovere del giudice di correzione del contratto nei casi di discontinuità di rilevazione nell'indice scelto dalle parti o di fluttuazioni imprevedute dal mercato. In un recente studio si è ritenuto possibile estendere in via analogica il potere correttivo previsto dall'art. 1349 cod. civ. al fine di garantire il mantenimento del rapporto contrattuale mediante sostituzione dell'indice con il *nearest equivalent factor*, cui sia consentito il rinvio, F. PISTELLI, *L'indicizzazione del regolamento contrattuale*, cit., 299 ss.



la volontà privata e non può che ricadere nel parametro che al momento della liquidazione del debito meglio consenta di corrispondere al creditore proprio quell'utilità perduta nel suo patrimonio ⁸¹.

In sostanza, laddove nei riguardi dell'obbligazione di valore l'applicazione del principio di rivalutazione può definirsi conseguenza diretta della natura e dell'oggetto del rapporto obbligatorio, nel caso delle clausole monetarie essa dipende unicamente dalla scelta del parametro cui convenzionalmente le parti decidono di affidarsi, oltre che alla permanenza, per tutta la durata del rapporto, delle caratteristiche che fanno dell'indice una misura effettiva di un determinato potere d'acquisto. Il punto si comprende forse più agevolmente con un esempio. Far dipendere la natura valoriale di un debito dalle caratteristiche del parametro scelto dalle parti equivale a dire che, ad esempio, l'obbligo di restituzione delle rate di un mutuo sarà configurabile, rispettivamente, *i*) come obbligazione di valore laddove il tasso di interesse sia misurato sulla base di indici – come l'EURIBOR o il LIBOR – che riflettono l'andamento di mercati monetari, ovvero *ii*) come obbligazione di valuta, quando i parametri di quantificazione della rata niente abbiano a che vedere col mantenimento del potere d'acquisto del denaro – come è il caso degli indici ESG o altri relativi alle performance societarie del prestatore. A tacer del fatto che entrambi i casi – *sub i*) e *ii*) – potrebbero persino coesistere, creando ulteriore incertezza qualificatoria. Ma, per assurdo, facendo dipendere la qualificazione del debito da un elemento esterno al rapporto, l'obbligazione finirebbe per poter mutare la sua natura nel corso del tempo, nell'ipotesi in cui il parametro perda la sua attitudine a rappresentare un determinato mercato monetario – pensiamo, ad esempio, alle sorti delle clausole oro al momento dell'abbandono dal regime di convertibilità fissa con una valuta.

Quanto detto, induce a pensare che il debito con clausola monetaria, indipendentemente dalla scelta del parametro cui l'obbligazione riferisce la sua unità di misura, si classifichi come un debito illiquido di valuta.

5. – La riflessione contenuta nelle opere di Tullio Ascarelli attorno ai problemi della misura del valore disvela la sua piena attualità in un contesto nel quale lo stesso concetto di «moneta» sembra ormai assumere contorni sempre più sfumati.

Il denaro ha storicamente rappresentato uno dei principali crocevia nell'interazione tra il diritto pubblico e quello privato ⁸², poiché è attraverso la moneta che si reifica la sovranità dello Stato negli scambi fra privati ⁸³. Per via autoritativa, lo Stato riconosce il corso legale a una moneta, attribuendole così la qualità di liberare il debitore dal vincolo obbligatorio mediante il pagamento. Tale caratteristica, come suggerisce Paolo Grossi, impone di trattare la moneta come una situazione collocata sì nella disponibilità delle parti contraenti, ma relativa comunque a un oggetto di rilevanza pubblica ⁸⁴. Mediante la scelta dell'unità di misura, le parti di un rapporto obbligatorio sono così in grado di sostituirsi al potere del sovrano sulla moneta, ovvero di sostituirlo con quello esercitato dall'elaboratore del parametro ⁸⁵. Tale rilevanza pubblicista nella determinazione dell'unità di misura del valore del rapporto

⁸¹ T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 484 sulla libertà del giudice nell'individuazione dell'indice che sia meglio in grado di misurare le oscillazioni del potere di acquisto della moneta.

⁸² V., in particolare, i contributi di A. ZOPPINI-B. SORDI, in F. PISTELLI (a cura di), *Diritto Pubblico e Diritto Privato. La grande «dicotomia» ieri e oggi*, Firenze, 2023.

⁸³ A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 35 ss.

⁸⁴ P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, cit., 3 ss., «Nell'obbligazione pecuniaria l'oggetto è sì una cosa fungibile – la moneta – ma una cosa affatto peculiare».

⁸⁵ Così anche T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Art. 1227-1284 c.c.*, cit., 327. La necessità di esercitare un control-



obbligatorio è alla base, d'altronde, di tutti quei tentativi dell'autorità statale di limitare l'autonomia privata in ambito monetario, su cui ci siamo diffusamente intrattenuti.

Eppure, la tendenza al moltiplicarsi di monete e di unità di misura del valore, di denaro “governabile” e di denaro “privato”, sembra, sotto certi aspetti, avvicinare l'attuale sistema monetario più a quello conosciuto dal giurista medioevale che al sistema del monopolio statale sull'ordinamento valutario, che ha caratterizzato per larghi tratti il XX e il XXI sec. Il potere di governare la valuta è oggi distribuito su di un'architettura multilivello, è condiviso nell'ordinamento euro-unitario per garantire la stabilità dei valori e l'allocatione della ricchezza. Alla Banca Centrale Europea è demandato il compito di garantire la stabilità dei prezzi e il controllo sull'inflazione⁸⁶, che han carattere prioritario rispetto agli altri obiettivi fissati all'interno dei Trattati⁸⁷. Questo potere, al contempo, si trova a concorrere con il diffondersi di nuovi sistemi monetari privati – dalle criptovalute, sino alle nuove valute digitali – e misure alternative di valore. Oltre a ciò, al pari di altri fattori produttivi, il denaro è oggi trasformato in dati, dunque dematerializzato e delocalizzato⁸⁸. Se, allora, è proprio nel processo di astrazione del valore compiuto nella storia della moneta il tratto più caratteristico che ha segnato l'avvento e il consolidamento del sistema capitalistico – per dirla con Ascarelli, «senza moneta il capitalismo diviene inconcepibile»⁸⁹ – è da lì che forse è opportuno ripartire per ridiscutere oggi i nuovi fondamenti di un sistema che sembra manifestare sintomi evidenti di una crisi.

lo sui “poteri privati” nella formazione di nuove unità di misura del valore del mercato monetario europeo ha preso corpo con l'approvazione del regolamento (UE) 2016/1011 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sugli indici usati come indici di riferimento negli strumenti finanziari e nei contratti finanziari o per misurare la performance di fondi di investimento e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2014/17/UE e del regolamento (UE) n. 596/2014, OJ L 171 (Benchmark). La prassi ha difatti evidenziato i rischi insiti nell'abuso dei margini di discrezionalità di cui godono gli amministratori degli indici e gli altri soggetti che intervengono nel processo di loro formazione, v., considerando 8 Reg. Benchmark. Sui processi di manipolazione, A.K. PASCALL, *Tail wagging the dog: the manipulation of benchmark rates. A competitive bone of contention*, in *World Competition*, 2016, 161 ss.; P. STEINHAUSER, *Die Manipulation von Referenzzinsen wie LIBOR und EURIBOR. Eine Analyse kartellrechtlicher Implikationen von koordinierten Referenzwertverfälscherungen an der Schnittstelle zum Kapitalmarktrecht*, Berlin, 2019, 25 ss.

⁸⁶ Artt. 127 e 282, par. 2, Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e art. 2 del protocollo 4 al TFUE (Statuto del Sistema Europeo delle Banche Centrali e della Banca Centrale Europea).

⁸⁷ M. IOANNIDIS-S.J. HLÁSKOVÁ MURPHY-C. ZILIOLI, *The mandate of the ECB: Legal considerations in the ECB's monetary policy strategy review*, in *ECB Occasional Papers*, settembre 2021.

⁸⁸ Il cambiamento era già stato colto e anticipato da A. GORZ, *L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale* (trad. it.), Torino, 2003.

⁸⁹ T. ASCARELLI, *La moneta*, cit., 54.



ENZO MARIA INCUTTI

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università degli Studi Roma Tre

PER UNA PRIMA CLASSIFICAZIONE DELLE CLAUSOLE DI SOSTENIBILITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il diritto privato nel mercato sostenibile. – 2. Autonomia contrattuale e principio di sviluppo sostenibile. – 3. Contratti “verdi” e clausole di sostenibilità. Aspetti generali. – 4. Un catalogo delle clausole di sostenibilità. – 5. Esigenze di bilanciamento e bisogni di specificazione contrattuale: i problemi delle clausole di sostenibilità. – 6. L’applicazione degli standard «ESG» – 7. Osservazioni conclusive tra verità e bugie.

1. – “Chi non conosce la verità è soltanto uno sciocco; ma chi, conoscendola, la chiama bugia è un malfattore”. Sono parole che Bertold Brecht fa riecheggiare tra le pagine della sua opera “*Vita di Galileo*”, attribuendone la paternità alla mente brillante del filosofo e matematico.

La verità di oggi è che si sta vivendo una crisi diversa rispetto a tutte le precedenti. In un unico momento storico si sommano gli effetti disastrosi della crisi climatica con le fratture e le discriminazioni sociali unitamente alla povertà diffusa su scala globale. Verità non nuova ma scomoda e carica di interrogativi.

Il diritto non può esimersi dalla responsabilità di agevolare la transizione verso orizzonti più equi, inclusivi e sostenibili. D’altronde, l’evolversi dei fenomeni sociali ed economici non è mai stato senza riflessi sulle dinamiche del diritto. Le categorie giuridiche, pur nella loro integrità concettuale, richiedono un riadattamento che sappia rispondere agli interrogativi dell’oggi¹.

Cambiamento climatico, scarsità della biodiversità e delle risorse naturali, discriminazioni sociali, povertà, mancato accesso alla giustizia ed all’istruzione, sfruttamento delle minoranze culturali sono tra le principali sfide della contemporaneità e richiedono una adeguata risposta giuridica. La formula identificativa utilizzata per ricomprendere queste impellenti istanze è il concetto polisemico di sostenibilità².

¹ Sulla c.d. crisi delle tradizionali categorie civilistiche, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013. Contrario, invece, ad una crisi delle categorie ed a favore di un ripensamento evolutivo di esse, A. GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2021, 633 ss.

² Riguardo all’evoluzione del concetto di sostenibilità, F. EKARDT, *Sustainability. Transformation, Governance, Ethics, Law*, Springer, Cham, 2020; U. GROBER, *Deep roots: A conceptual history of “sustainable development” (Nachhaltigkeit)*, in *WZB Discussion Paper*, 2007; M.G. LUCIA-S. DUGLIO-P. LAZZARINI (a cura di), *Verso un’economia della sostenibilità. Lo scenario e le sfide*, Franco Angeli, Milano, 2018, spec. 9 ss.; V. BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *Eur. Jour. Intern. Law*, 2012, 381 ss. La sostenibilità, in linee generali, può intendersi come «*a durable and equitable condition of humanity within the ultimate limits set by the functioning of essential natural systems that sustain life on Earth: the biosphere – whole and home of human life – and its protective shield, the atmosphere*», così C. VOIGT, *Sustainable development as a Principle of International Law. Resolving Conflicts between Cli-*



Il percorso di riconoscimento del principio di sviluppo sostenibile è stato lento e tortuoso ma, dopo una prima fase di interventi – principalmente – di *soft-law* e di regole non vincolanti³, ha visto la diffusa affermazione del paradigma della sostenibilità⁴ anche sul piano del diritto positivo. Difatti, oggi il principio di sviluppo sostenibile è stato inserito all'interno di numerose norme nazionali ed internazionali, che gli attribuiscono effettiva vincolatività e gli conferiscono concretizzazione⁵.

L'affermazione, su scala internazionale, europea e nazionale, del principio è, dunque, dato di fatto inequivocabile. Esso incide anzitutto sull'azione pubblica. Ma anche, profondamente, sul mercato, come conformato dall'autonomia dei privati⁶. Nell'ambito della teoria generale del contratto e dei suoi istituti irrompe, così, il principio di sviluppo sostenibile⁷.

mate Measures and WTO Law, M. Nijhoff, 2009. Sui significati polivalenti del concetto di sostenibilità, L. VALERA, *La sostenibilità: un concetto da chiarire*, in *Econ. dir. agroalim.*, 2012, spec. 40 ss.

³ In via di sintesi, può dirsi che esso deve le sue origini, a livello internazionale, ai lavori condotti nel quadro della *United Nations Conference on the Human Environment* tenutasi a Stoccolma nel giugno del 1972 e che si concluse con la c.d. «*Stockholm Declaration*». Il documento era costruito intorno, da un lato, alla tutela delle generazioni future e, dall'altro, al bilanciamento tra esigenze economiche di sviluppo e bisogni di protezione ambientale. La prima definizione di sviluppo sostenibile a livello internazionale è contenuta all'interno del celebre report «*Our Common Future*» della *World Commission on Environment and Development* (WCED) del 1987. Lo sviluppo sostenibile viene definito come «[...] *development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*» (WCED, *Our Common Future*, 37). Altro momento determinante nell'ambito di questo complesso itinerario è rappresentato dalla «*Rio Declaration on Environment and Development*» del 1992. La dichiarazione elaborava una serie di principi indirizzati ad un piano di azione antropocentrico e trasversale. A settant'anni dalla nascita delle Nazioni Unite, è stata adottata la c.d. *Agenda 2030*. Essa si compone di 17 obiettivi prioritari di sostenibilità (i cc.dd. OSS) e 169 obiettivi correlati volti a costituire un nuovo quadro globale per lo sviluppo sostenibile e da realizzarsi, congiuntamente da tutti gli stati, entro il 2030. Per una analisi "privatistica" degli obiettivi contenuti nell'*Agenda 2030* R. MICHAELS-V. RUIZ ABOU-NIGM-H. VAN LOON (a cura di), *The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, Intersentia, Cambridge, 2021.

⁴ Il dibattito dottrinario sul significato da attribuire alla formula sfumata e polisemica della sostenibilità è animato ed in evoluzione. Favorevole ad una ricostruzione della formula come paradigma (normativo), ovvero espressiva di un insieme di «conoscenze culturali di orientamento» della società contemporanea, V. CARRIELLO, *Per un diritto costituzionale della sostenibilità (oltre la "sostenibilità ambientale")*, in *Riv. ODC*, 2, 2022, 413 ss.; spec. 421.

⁵ Nel nostro ordinamento è il caso della riforma costituzionale che ha interessato gli artt. 9 e 41 Cost. Il progetto di legge costituzionale C. 3156, approvato dall'Assemblea del Senato in un testo unificato (S. 83 e abbinati) il 9 giugno 2021, ha modificato sia l'art. 9 sia l'art. 41 Cost. con l'obiettivo di introdurre la tutela dell'ambiente nelle loro previsioni, in aggiunta a quanto già previsto (a seguito della riforma del 2001) dall'art. 117 Cost. che riserva alla competenza statale gli interventi legislativi in materia ambientale e di protezione dell'ecosistema. La legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1 recante «*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*» è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022. Per una analisi della riforma costituzionale, C. CAMARDI, *Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme*, in questa *Rivista*, 2023, 557 ss.; R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *federalismi.it*, 13, 2022, 187 ss.; M. DEL FRATE, *La tutela dell'ambiente nel riformato art. 41, secondo comma, Cost.: qualcosa di nuovo nell'aria?*, in *Dir. rel. ind.*, 3, 2022, 907 ss.; G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 cost.*, in *Quad. Cost.*, 2021, 467 ss., 473 ss.; P. MARCHETTI, *Il bicchiere mezzo pieno*, in *Riv. soc.*, 2021, 336 ss.; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Quad. cost.*, 2021, 285 ss.

Si deve osservare che oggi 156 testi costituzionali su 193 paesi appartenenti all'ONU prevedono disposizioni a tutela dell'ambiente. Per una panoramica complessiva sul quadro costituzionale globale, si rimanda a D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Il Mulino, Bologna, 2022.

⁶ In merito alle interazioni tra categorie civilistiche tradizionali e questioni di sostenibilità intergenerazionale, E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile*, ESI, Napoli, 2018; G. PERLINGIERI, «*Sostenibilità*», *ordinamento giuridico e «retorica dei diritti»*. *A margine di un recente libro*, in *Foro nap.*, 2020, 101 ss.; C. MIGNONE, *Diritti e sostenibilità. Una ricostruzione per immagini*, in *Actual. jur. iberoam.*, 14, 2021, 208 ss.; G. VETTORI, *Verso una società sostenibile*, in *Pers. merc.*, 3, 2021, 463 ss.

⁷ In senso critico ad un utilizzo della locuzione "sviluppo sostenibile", S. LATOUCHE, *Il paradosso dell'Economia eco-*



La sua positivizzazione segna un mutamento netto nel modello socio-economico. In effetti, il prisma della sostenibilità si tiene su tre pilastri: tutela dell'ambiente, esigenze economiche ed istanze sociali (in chiave transgenerazionale).

Emerge una concezione dello sviluppo sostenibile che mira ad affrontare trasversalmente le molteplici sfide del quadro economico-giuridico mondiale: tutela dell'ambiente e crescita economica vanno oggi intesi come linee d'azione interconnesse e affini. Centrale, dunque, è il bisogno di un equo temperamento tra le esigenze di sviluppo del mercato e la necessità di garantire accesso concreto e diffuso alle risorse naturali, in una prospettiva di lungo termine.

In questo percorso, il ruolo dell'Unione Europea è stato (e lo è tuttora) determinante e ha trainato l'evoluzione normativa anche nei singoli Stati membri. A conferma di ciò, la produzione legislativa europea in materia di mercato sostenibile è sempre più ampia e capillare⁸.

In linea più generale, l'Unione pone la sostenibilità (specialmente nell'accezione di sviluppo eco-sostenibile) al centro delle sue politiche di azione⁹. Ciò si evince dalla lettura dei pilastri normativi del diritto europeo. Lo esplicita, infatti, l'art. 3 TUE¹⁰ ed anche il TFUE, all'art. 11, contiene un riferimento al c.d. sviluppo sostenibile. L'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea prevede che «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

La sostenibilità è promossa su più piani di intervento, ovvero quello economico, quello sociale e

gica e lo sviluppo sostenibile come ossimoro, Intervento del 30 settembre 1998 al Seminario internazionale di studio dell'Università di Padova, (disponibile online al seguente link: www.edscuola.it).

⁸ Basta pensare, limitatamente alla prospettiva del presente studio, al Regolamento (UE) 2020/852 (c.d. Regolamento tassonomia verde), in cui vengono definiti i criteri (art. 3) per stabilire se una specifica attività economica possa considerarsi ecosostenibile. Sulla base delle indicazioni fornite nel Regolamento, difatti, è ora possibile valutare il grado di eco-compatibilità di ogni investimento (art. 1). Viene anche introdotto, all'art. 17, il principio di non arrecare danno all'ambiente, rafforzato dal nuovo art. 2-bis del regolamento (UE) 2019/2088 con cui si definisce lo speculare principio di non causare danni significativi all'ambiente (il c.d. «do not significant harm principle»).

⁹ Come si legge già nel preambolo del TUE, l'Unione si prefigge l'obiettivo di «promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente [...]». In merito agli sviluppi del mercato sostenibile e per ulteriori approfondimenti, D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Pers. merc.*, 3, 2021, spec. 501 ss.

Più in generale, sul concetto di economia sociale di mercato e sulla parabola evolutiva avvenuta in Europa, v., *ex multis*, M. LIBERTINI, *A "Highly Competitive Social Market Economy" as a Founding Element of the European Economic Constitution*, in *Concor. merc.*, 2011, 491 ss.; ID., *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale e responsabilità sociale di impresa*, in *Oriz. dir. comm.*, 2013, 1 ss.; A. SOMMA, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 39 ss.; P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pub. comparato ed europeo*, 2009, 1, 81 ss.; L. CRUCIANI, *L'Europa dopo Lisbona: il modello liberista e il modello sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 1, 143 ss.; C. JOERGES-F. RODL, *"Social Market Economy" as Europe's Social Model?*, in *Eui WP*, 8, 2004, 1 ss.; M. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000.

Per quanto attiene l'interazione con il nostro ordinamento, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998; G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, II ed., Jovene, Napoli, 1997, spec. 146 ss. Sulla dimensione regolatoria del diritto privato europeo, si rimanda a A. GENTILI, *Il diritto regolatorio*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 23 ss.; A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 517 ss.; L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012., 172; ID., *Diritto privato e capitalismo*, ESI, Napoli, 2010.

¹⁰ A livello europeo, «la nozione descrittiva di sostenibilità trova la sua traduzione prescrittiva nel principio dello sviluppo sostenibile (artt. 3 e 21 TUE, 11 TFUE, 37 Carta UE)», così M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la sostenibilità*, in *Pers. merc.*, 1, 2021, spec. 714.



quello ambientale (triplice dimensione della sostenibilità)¹¹. Il tutto si traduce nel contesto europeo nella costituzione di un nuovo modello di mercato¹², quello del mercato unico sostenibile. Non più soltanto un livello “istituzionale” di politiche di azione, ma ora anche un evidente livello “privatistico” delle regole che si esplicano nei rapporti tra imprese e tra persone.

Affiora così una *ratio* generale di *market shaping* a favore di un sistema socio-economico sostenibile¹³. In questo quadro, sul piano negoziale, si registra la diffusione progressiva di clausole di sostenibilità, dotate di una evidente funzione di indirizzamento delle attività dei privati verso obiettivi di interesse collettivo espressi a livello regolatorio¹⁴. Su questo si tornerà dopo.

L’opzione di sistema adottata rimarca l’esigenza, oggi più attuale che mai, di un superamento dei dettami del principio del massimo profitto¹⁵ e del dogma del “breve termine”¹⁶, a favore di un modello caratterizzato da prioritari obiettivi di lungo termine¹⁷ (quali, su tutti, la tutela ambientale, la lotta alla povertà e alle discriminazioni sociali e il rispetto delle generazioni future).

¹¹ In merito alla c.d. «triple bottom line», si rimanda in particolare agli studi di John Elkington (cfr. J. ELKINGTON, *Towards the Sustainable Corporation Win-Win-Win Business Strategies for Sustainable Development*, in *California Management Review*, 1, 1994, 90 ss.; ID, *Cannibals With Forks: The Triple Bottom Line of 21st Century Business*, Capstone, Oxford, 1997; ID, *The Zeronauts: Breaking the Sustainability Barrier*, London, Routledge, 2012).

¹² Tradizionalmente il mercato è concepito in quattro differenti significati: mercato come luogo, come ideologia, come istituzione e come paradigma di azione sociale. Sul punto, si rimanda a M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1992, spec. 20 ss. Per una valutazione di una prospettiva favorevole al mercato in ottica liberale e liberista si rimanda a, *ex multis*, M. FRIEDMAN, *Efficienza economica e libertà*, Vallecchi, Firenze, 1967; A.O. HIRSCHMANN, *Le passioni e gli interessi. Argomenti politici in favore del capitalismo prima del suo trionfo*, Feltrinelli, Milano, 1979. Per una versione critica di questa impostazione, invece, R. DAHL, *La democrazia economica*, Il Mulino, Bologna, 1989; W. RÖPKE, *Democrazia ed economia. L’umanesimo liberale nella civitas humana*, Il Mulino, Bologna, 2004; J.P. FITOUSSI, *La democrazia e il mercato*, Feltrinelli, Milano, 2004; L. BERTI, *Il mercato oltre le ideologie*, Università Bocconi ed., Milano, 2006. Sul mercato come istituzione, su tutti, A. SEN, *Etica ed economia*, Laterza, Bari, 1988. Infine, in merito al mercato come paradigma d’azione, L. VON MISES, *L’azione umana. Trattato di economia*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2016.

¹³ Cfr. N. LIPARI, *Spunti per un diritto civile dell’ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2024, spec. 220 ss.

¹⁴ Il richiamo è agli studi della economia comportamentale. Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario*, Università Bocconi ed., Milano, 2015; R. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, trad. it. a cura di A. Oliveri, Feltrinelli, Milano, ult. ed., 2014. In argomento sul versante negoziale, A. ZOPPINI, *Contratto ed economia comportamentale*, in *Enc. Dir., I Tematici*, Giuffrè, Milano, 2022, 316 ss.; V. ROPPO, “*Behavioural Law and Economics*”, *Regolazione del mercato e sistema dei contratti*, (Relazione al Convegno *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Università Roma Tre, 19 aprile 2013), in *Riv. dir. priv.*, 2013, 167 ss.; A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle inviolabilità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1105 ss. ed *ivi* per ulteriore bibliografia.

¹⁵ Cfr. M. FRIEDMANN, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, in *An Introduction to Business Ethics*, a cura di G.D. Chrissides e J.H. Keler, International Thomson Business Press, London, 1993. Alla visione di una massimizzazione del profitto, paradigma economico in cui il ruolo del diritto è limitato alla regolazione dello scambio, si sono contrapposte posizioni marcatamente divergenti. Infatti, «la Scuola storica di economia ha disatteso il postulato del profitto come fine esclusivo, la Scuola neoclassica ha riconosciuto che spesso solo lo Stato può assicurare le condizioni per un sistema di concorrenza perfetta, la Scuola marxiana ha negato la tendenza del capitalismo all’equilibrio raccomandando la pianificazione, la scuola keynesiana ha sostenuto la necessità, per un livello ottimale, che lo Stato intervenga a sostegno della domanda, anche attraverso la diretta gestione dell’impresa», così A. GENTILI, *Il diritto regolatorio*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 26-27.

¹⁶ Sulle implicazioni tra diritto privato e modello capitalistico, L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., spec. 22 ss.

¹⁷ In merito alle criticità della prospettiva di una sostenibilità economica di impresa fondata sul lungo termine ma non equilibrata con le altre confliggenti istanze (di sostenibilità sociale ed ambientale), si rimanda a M. STELLA RICHTER JR., *Long-termism*, in *Riv. soc.*, 1, 2021, 19 ss. L’A. osserva criticamente che «[l]a sostenibilità socio-ambientale non va necessariamente insieme con quella economico-finanziaria, né per riconciliare le due cose è sufficiente invocare la formula del lungo termine» (31), poiché «[.] non c’è necessaria correlazione (e tantomeno equivalenza) tra *long-termism* e cura degli interessi dei (diversi possibili) *stakeholders*» (47).



È innegabile, dunque, che questo processo di positivizzazione della sostenibilità produca effetti considerevoli sul versante dell'autonomia privata e dell'attività di impresa. Ed è in merito a ciò che si proverà a riflettere nei prossimi paragrafi.

2. – La sostenibilità, nella sua accezione di *driver* delle politiche pubbliche e delle scelte private, manifesta il dichiarato intento di trasformare il tradizionale sistema economico – fondato sulla massimizzazione del profitto nel breve termine – in un modello a lungo termine basato su una prospettiva ecologica, inclusiva e transgenerazionale¹⁸. Prospettiva che trova conferma nella tendenza del mercato (sia nelle scelte degli operatori¹⁹ sia nelle preferenze dei consumatori²⁰) e negli interventi del legislatore nazionale ed europeo. La sostenibilità non è più formula programmatica ma sta trovando diffusamente positivizzazione ed applicazione concreta. Nel nostro ordinamento, al fianco della recente riforma costituzionale, l'art. 3-*quater* cod. amb. già offre una importante positivizzazione del principio di sviluppo sostenibile, sancendo al comma 1 che ogni attività umana giuridicamente rilevante «deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future».

Nonostante ciò, il tessuto normativo europeo non è ancora organico e capillare. Per tale ragione, l'autonomia privata conserva appieno la sua capacità di indirizzare l'andamento del mercato²¹, di assumere iniziative (economiche e non solo), di compiere decisioni in merito ai mezzi più opportuni per il raggiungimento degli scopi perseguiti dalle parti, in quanto continua a preservare la sua posizione di «fattore interno dell'ordine giuridico»²².

I mutamenti dinanzi ai quali essa è posta, però, sono radicali. Invero, il principio di sviluppo sostenibile e la tutela degli interessi delle generazioni future “minacciano” il tradizionale paradigma contrattuale sia sul terreno degli effetti sia sul campo dei limiti.

Sul terreno degli effetti, la presenza di nuovi titolari di situazioni giuridiche soggettive estranee al regolamento contrattuale ma in qualche modo condizionanti (si pensi alle generazioni future²³) riguarda

¹⁸ «Si tratta di sciogliere il nodo gordiano che si radica nell'esigenza di garantire una tutela immediata a interessi proiettati nel futuro», così N. LIPARI, *Spunti per un diritto civile dell'ambiente*, cit., spec. 218.

¹⁹ Per provare a superare i complessi problemi del c.d. *greenwashing*, è stata approvata la Direttiva (UE) 2024/825 del 28 febbraio 2024, che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione. In materia e per ulteriori approfondimenti, A. TROISI, *La comunicazione ambientale: il greenwashing dietro la sostenibilità*, in *Analisi giur. econ.*, 2022, 353 ss.; F. BERTELLI, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contr. e impr.*, 1, 2021, 286 ss. Più in generale, C. GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele*, in *Enc. Dir., I tematici – Il contratto*, 2021, 825 ss.

²⁰ Cfr. L. FAIT-E.D. GROH-H. WETZEL, “I take the green one”: *The choice of regional green electricity contracts in the light of regional and environmental identity*, in *Energy policy*, 2022, 163 ss.

²¹ È pacifico che il contratto è lo strumento attraverso cui l'operazione economica trova concretizzazione e formalizzazione giuridica (cfr. V. ROPPO, *Contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, II ed., Cedam, Padova, 2011).

²² Così, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., spec. 36.

²³ «Intergenerational justice is a specific variation of social justice and closely linked with environmental sustainability in both the theoretical discourse and practical application»; così C. PONCIBÒ, *The Contractualisation of Environmental Sustainability*, in *ERCL*, 12, 4, 2016, spec. 339. Il tema della giustizia intergenerazionale è stato da primo affrontato da Rawls, anche nella prospettiva intra-generazionale e di giustizia sociale. (cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1971).



chiaramente il dettato dell'art. 1372 cod. civ.²⁴ e la necessità di una analisi evolutiva degli effetti del contratto in simili casi. Analisi che supererebbe il senso di questo studio e che, perciò, viene solo accennata.

Il presente punto di osservazione è un altro, invece, e guarda al piano dei limiti dell'autonomia. È dato di fatto e di diritto che l'autonomia privata sia subordinata a dei limiti (negativi) di liceità. Ma non è di ciò che si vuole discutere. Il punto critico attiene all'esistenza anche di limiti (positivi) di conformazione²⁵. Ragionando in termini generali, l'esistenza del limite implica logicamente l'effetto conformativo al divieto prescritto.

Le regole della sostenibilità sembrano strutturate proprio su questa concezione del limite²⁶. Un limite che funge non solo da confine di liceità, ma anche da incentivo verso specifiche condotte²⁷.

In effetti, la programmazione economica e le scelte di politica legislativa hanno da sempre introdotto limiti positivi all'esercizio della autonomia privata. Tradizionalmente, simili limiti assumono sia natura economica, quali condizionamenti finalizzati a specifici fini generali del mercato, sia natura giuridica, volti a regolare la libertà di iniziativa economica privata²⁸. Dei limiti giuridici se ne occupa il legislatore, mentre è affidata all'autonomia privata la determinazione di quelli economici.

Oggi tutela ambientale e sostenibilità intergenerazionale sono interessi prioritari e costituzionalmente protetti²⁹. Bisogna, allora, domandarsi in che modo la sostenibilità interagisca con il piano dell'autonomia contrattuale.

²⁴ Sul punto, autorevole dottrina ha avuto modo di affermare che l'ambiente è «il necessario contesto entro il quale è possibile leggere il modo d'essere del soggetto anche nella sua dinamica negoziale, nessun rapporto contrattuale è pensabile entro l'ottica riduttiva di una pattuizione anelastica, perché questa va necessariamente letta (e, in ipotesi, ridimensionata) in funzione delle sue ricadute non solo sui soggetti contraenti, ma anche su tutti coloro che dai riflessi di quel contratto vengono incisi o anche soltanto sfiorati». Si continua, dicendo che quando il contratto afferisca a profili ambientali, sul piano degli effetti, «deve escludersi che gli effetti di quell'atto possano essere limitati alle parti contraenti e che solo ad esse possa essere riservata la tutela riferita ai suoi effetti» (cfr. N. LIPARI, *Introduzione*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, cit., 471 ss.). Si veda anche ID., *Spunti per un diritto civile dell'ambiente*, cit., spec. 215 ss.

²⁵ A favore di limiti positivi nel campo della autonomia privata in relazione alle esigenze di sostenibilità e di protezione dell'ecosistema A. STEVIGNON, *Le climat et le droit des obligations*, LGDJ, Paris, 2022, spec. 295 ss.; 340 ss.

²⁶ «La domanda essenziale è così enunciabile: se la nostra civiltà tecnica (o forse, più schiettamente, lo sviluppo delle imprese) incontri, o possa incontrare, un limite di 'sostenibilità'» [cfr. N. IRTI, *Lettera aperta sul potere planetario dell'insostenibile*, 1 (contributo consegnato in occasione del convegno "Dottrine generali della sostenibilità", tenutosi presso l'Università di Viterbo il 24-26 ottobre 2024)].

²⁷ Non si può, d'altronde, dimenticare il paradigma dell'art. 41 Cost. e dei limiti da esso indicati che rispondono ad una esigenza conformativa del mercato ad interessi generali. In argomento, si è affermato che «la feconda indeterminazione delle due clausole generali, l'utilità sociale e la funzione sociale, contenute negli artt. 41, comma 2, e 42, comma 2, cost., consente al legislatore una strategia conformativa dell'agire d'impresa e della proprietà orientata alla sostenibilità ambientale» (cfr. R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in ID. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, spec. XXVI).

Inoltre, autorevole dottrina, in merito alla rilevanza degli interessi generali e della clausola di utilità sociale dell'art. 41 Cost., parlava di "contenuto" e "limite": l'interesse di grado superiore nelle attività dei privati, non delimita soltanto «il contenuto della situazione in cui si inserisce», ma anche «il limite alla garanzia costituzionale dell'iniziativa economica privata, che è assoluta fin quando non sorga in contrasto con quegli interessi fondamentali» (cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, rist., ESI, Napoli, 2011, spec. 83).

²⁸ Sul punto, si è detto che «i limiti positivi che possono essere posti all'iniziativa privata [...] appaiono essenzialmente di due tipi: a) di *natura economica* e sono quei condizionamenti di fatto dell'iniziativa economica [...] che tendono a caratterizzare in un certo modo il mercato[.]; b) di *natura giuridica* [...] che tendono a regolare e non limitare la libertà di iniziativa economica privata» (cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, cit., spec. 244).

²⁹ Sugli effetti nel versante civilistico della riforma costituzionale degli artt. 9 e 41, si rinvia a C. CAMARDI, *Diritto civile e nuovi valori costituzionali. qualche suggestione da recenti riforme*, cit.; M. MELI, *In tema di ricadute privatistiche della ri-*



Dinanzi alle impellenze della sostenibilità e in attesa di un quadro regolatorio armonioso, dottrina autorevole si è spinta ad affermare che «l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto, enfatizzando il profilo della doverosità dell'uso razionale delle risorse naturali a vantaggio anche delle generazioni future»³⁰. Il contratto che diviene così “contratto ecologico”³¹, nel quale l'elemento causale è arricchito da profili di doverosità, solidarietà sociale e utilizzo razionale delle risorse³². Indubbiamente apprezzabile è l'intento di questa impostazione, meno condivisibili e più scivolosi, invece, appaiono gli esiti.

Difatti, non è priva di rilievi critici l'ipotesi di un cambio di paradigma dell'intera disciplina contrattuale nella prospettiva ecologica³³, che andrebbe ad imporre anche una funzionalizzazione del contratto alla disciplina a tutela dell'ambiente³⁴, nonché una ridefinizione dei criteri di interpretazione³⁵. Un azzardo eccessivo che trasformerebbe il contratto in un regolamento ontologicamente aperto alla gestione collettiva dei beni ed alla realizzazione di interessi generali³⁶.

Nella prospettiva di questo studio, si ritiene più opportuno, invece, ragionare in quali termini la categoria contrattuale si trasforma, nella convinzione che, con gli strumenti predisposti dall'autonomia privata ed entro i confini del sistema normativo, essa non necessiti di una totale riedificazione ma possa essere orientata in favore delle istanze di sostenibilità qui prese in considerazione³⁷.

forma degli artt. 9 e 41 Cost., in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 549 ss.; E. PELLECCIA, *Ambiente, generazioni future, imprese sostenibili: riflessioni a margine della modifica degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Riv. dir. agrario*, 2022, 71 ss. Sulla distinzione tra interesse ambientale incompressibile e comprimibile, si rimanda alle osservazioni contenute in M. PENNASILICO, *Ambiente ed iniziativa economica: quale “bilanciamento”*, in *NLCC*, 1, 2024, spec. 70 ss.

³⁰M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, in *Pers. merc.*, 1, 2015, spec. 46.

³¹Si rimanda alle proposte argomentative fornite in M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2016, 1291 ss.; ID., *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2014, 767 ss.; ID., *L'uso responsabile delle risorse naturali e il “contratto ecologico”*, in ID., *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, ESI, Napoli, 2014, 166 ss.

³²Per una potenziale categorizzazione, in questi termini, del contratto sostenibile, M. GIORGIANNI, *Il contratto «sostenibile»*. *Riflessioni attorno a una categoria controversa*, in *Comp. dir. civ.*, 2, 2021, 755 ss.

³³Si condividono, pertanto, le osservazioni critiche secondo cui «il fatto che il diritto dell'ambiente sia una legislazione in *magna pars* per principi e che questi vestano poi i panni di vere e proprie norme di condotta non scompagna di per sé il contratto come autoregolamento di privati interessi: almeno ogni qual volta il valore «ambiente» [...] sia riprodotto in una norma imperativa pre-costruttiva della regola contrattuale sub artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ. 10, costituisca la (discussa) ratio di nullità testuali ex art. 1418, comma 3o, sul genere per intendersi degli artt. 46, comma 1o, d.p.r. 6.6.2001, n. 380 e 10 l. 21.11.2000, n. 353, sia per finire trasfuso nel limite dell'ordine pubblico»; così S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *NGCC*, 2, 2016, spec. 338).

³⁴«Il rilievo centrale che l'ordinamento italo-europeo riconosce alla tutela dell'ambiente e allo sviluppo sostenibile tende a “funzionalizzare” il rapporto tra contratto e diritto dell'ambiente: il primo diventa funzionale alla realizzazione degli obiettivi del secondo, con conseguenze rilevanti anche sul piano dell'interpretazione e dell'integrazione del regolamento contrattuale»; così M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, cit., spec. 1304.

³⁵Lo stesso Autore, in altro scritto, ha proposto, in aggiunta, di sollecitare criteri di interpretazione ecologicamente orientati ai bisogni di sostenibilità (cfr. M. PENNASILICO, *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, cit., spec. 259 ss.).

³⁶Con il corollario che il contratto è oggi «è fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali sostenibili» (cfr. M. PENNASILICO, *Ambiente e mercato*, in *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, cit., spec. 166). In questa direzione si è detto che il «contratto «sostenibile» si inserisce in una diversa visione, in linea con la funzione sociale del diritto privato, che poggia non tanto sui diritti, quanto piuttosto sui «doveri sociali e ambientali» delle parti fra loro e verso l'intera comunità e intende assegnare una «finalità redistributiva» ai rapporti contrattuali», così M. GIORGIANNI, *Il contratto «sostenibile» nel contesto del Green Deal europeo*, in *Corso interdisciplinare “Scienze delle sostenibilità”*, a cura di L. de Santoli, F. Manes, G. Senatore, Sapienza Università, Roma, 2022, spec. 68.

³⁷L'orientamento del presente studio tende ad opporsi a considerazioni come quella secondo cui «la nozione stessa di contratto (art. 1321 c.c.) è insufficiente, se non integrata dai principi di solidarietà e di sostenibilità nell'uso responsabile del-



Può osservarsi che, in virtù del riconoscimento transnazionale del principio di sviluppo sostenibile, esso si proietta ad entrare anche nella disciplina del contratto, da un lato, come limite di liceità dei contratti attraverso la clausola di ordine pubblico (economico)³⁸, dall'altro, come obiettivo positivo di conformazione negoziale e del mercato attraverso diverse modalità di contrattualizzazione. Ed è appunto sulle clausole di sostenibilità che qui ci si vuole soffermare³⁹.

3. – La sostenibilità, nella sua connotazione positiva di principio ordinatore del mercato⁴⁰, si candida ad entrare nel campo dell'autonomia privata attraverso particolari clausole⁴¹, la cui natura risulta ancora notevolmente eterogenea. Queste clausole vengono oggi raggruppate entro la definizione di *clausole di sostenibilità*.

le risorse naturali, sì che il contratto oggi è fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali sostenibili» (cfr. M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, cit., spec. 1306). Come l'Autore spiega «il "contratto ecologico" è, dunque, strumento elettivo nella costruzione di un'altra economia, un'economia "circolare" e "della condivisione", solidale e sostenibile, nella quale il consumatore o l'utente non chiede semplicemente un bene o un servizio, ma attraverso quel bene o quel servizio, dal quale dipende la qualità della vita non soltanto attuale ma anche futura, chiede di vivere attivamente un'esperienza, di sperimentare una relazione negoziale equa, di instaurare un'interazione sociale e ambientale autentica» (1322). Puntualizzazioni corrette ma che non necessariamente impongono una nuova categoria del contratto. L'impianto codicistico, infatti, ha saputo affrontare già in passato sfide e cambiamenti rilevanti e si mostra, anche in questo caso, capace di poter accogliere anche le influenze e trasformazioni connesse al cambiamento climatico ed alla sostenibilità.

³⁸ Favorevoli ad una simile ricostruzione, N. LIPARI, *Spunti per un diritto civile dell'ambiente*, cit., spec. 221 ss.; M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contr. impr.*, 1, 2023, 72 ss., 78 ss. Quest'ultimo ritiene, difatti, che «la tutela dell'ambiente è indicata come avente un immediato valore di principio giuridico vincolante, e come tale dovrà essere presa in considerazione anche nell'applicazione delle clausole generali contenute nella legislazione. Potrà dunque essere richiamata [...] nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico economico [...]» (spec. 72). Sulla nascita del concetto di ordine pubblico economico, si rimanda, anche per ulteriori sviluppi e riferimenti, a G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1963. Una prima analisi sul concetto dell'*ordre public économique* nell'ambito del contratto illecito del codice civile francese, in relazione alle prime tendenze del modello economico capitalistico, è presente G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1946, spec. 238 ss.; ID., *Le Régime démocratique et le droit civil moderne*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Paris, 1948, 257 ss.). Per una panoramica dell'esperienza della prima dottrina francese, A. ANGELINI, *Ordine pubblico economico e costituzione economica: l'esperienza francese*, in *Studi parlam.*, 1999, 101 ss. Una prima posizione critica nella nostra dottrina sulla declinazione economica della clausola di ordine pubblico nella duplice prospettiva di protezione e direzione si rinviene in G. B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1963, 494 ss. Già favorevoli, invece, ad una simile ricostruzione della categoria, seppur in contesti applicativi differenti, M. BESSONE, *Economia del diritto ed ordine pubblico economico a tutela dei consumatori*, in *Giur. it.*, 4, 1984, 92 ss.; P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, Cedam, Padova, 1966, 197 ss. Per una analisi dell'attuale conformazione dell'ordine pubblico economico, A. FEDERICO, *Illiceità contrattuale e ordine pubblico economico*, II ed., Giappichelli, Torino, 2018.

Non si può, d'altronde, dimenticare il paradigma dell'art. 41 Cost. e dei limiti da esso indicati che rispondono ad una esigenza conformativa del mercato ad interessi generali. Per un approfondimento sul rapporto tra limite espresso dall'ordine pubblico c.d. ecologico e regole positive che incidono sulla formulazione del regolamento contrattuale, A. STEVIGNON, *Le climat et le droit des obligations*, LGDJ, Paris, 2022, spec. 290 ss.

³⁹ Sulla tutela ambientale non come limite all'attività privata ma come «fondamento positivo di un intero sistema di rapporti», N. LIPARI, *Ancora su persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 430 ss. Sui limiti (positivi e negativi) all'attività d'impresa, M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, cit., 54 ss.

⁴⁰ Si richiama il concetto di diritto come "struttura conformatrice", ovvero «insieme di norme che conferisce ad un mercato (e non al mercato, in senso naturale e universale) la sua propria e storica fisionomia» (N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., spec. 38).

⁴¹ Per uno studio dettagliato dei profili tecnico-applicativi delle diverse (e più recenti) ipotesi di clausole contrattuali, si rimanda a M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole negoziali tipiche e atipiche*, vol. III, ult. ed., Utet, Milano, 2024.



Sono tali tutte quelle previsioni che comprendono profili etici, di tutela ambientale e di inclusione sociale. Diverse sono le tipologie e la loro funzione varia a seconda dell'inserimento della clausola all'interno di un regolamento negoziale (*clausole contrattuali di sostenibilità*) o all'interno di un atto costitutivo societario (*clausole statutarie di sostenibilità*)⁴².

Per quel che riguarda le clausole contrattuali, esse non sempre sono ricollegabili all'oggetto in senso stretto del rapporto negoziale ma regolano aspetti ad esso talvolta contermini⁴³ però direttamente incidenti sull'equilibrio del contratto⁴⁴.

Il panorama è ampio ed in evoluzione. Da un lato contratti che prevedono specificatamente prestazioni di protezione ambientale o di inclusione sociale⁴⁵, dall'altro, contratti che prevedono clausole contrattuali di sviluppo sostenibile o indicatori e standard di sostenibilità a cui si parametrano aspetti del regolamento contrattuale⁴⁶.

Senza dubbio, la principale diffusione di contratti aventi prestazioni⁴⁷ o contenenti clausole di sostenibilità si è avuta nell'ambito dell'attività privata di impresa⁴⁸. Gli obiettivi di produzione e consumo sostenibili, "goals" di sostenibilità specificatamente individuati dall'Agenda 2030, si inseriscono sempre più nei vari modelli economico-giuridici, non solo nei settori più tradizionalmente legati ai profili di tutela ambientale ma anche in quei mercati non originariamente sensibili.

La diffusione di contratti "verdi" è trasversale⁴⁹. È chiaro che, ad oggi, si attesta un livello di consapevolezza differente in quei settori tradizionalmente legati alle vicende della sostenibilità, come il mercato energetico. Ciò è confermato dal crescente ricorso da parte delle imprese a contratti di fornitura di energia rinnovabile o alla sempre maggiore diffusione dei contratti di vendita di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili (comunemente definiti come «*power purchase agreement*» o semplicemente PPA⁵⁰).

⁴² Si è messo in rilievo che queste clausole possono essere sia direttamente inglobate all'interno del regolamento contrattuale sia essere previste in altri documenti o testi ad esso riferibili e collegati. Si è detto, sul punto, che esse «*appear in a contractual provision or by reference to another document such as standard terms and conditions, codes of conduct, internal policies, global or domestic initiatives concerning social corporate responsibility*»; così C. PONCIBÒ, *op.cit.*, spec. 346.

⁴³ Simili clausole (le cc.dd. *sustainability contractual clauses*) sono da considerarsi come «*provisions in business contracts that cover social and environmental issues which are not directly connected to the subject matter of the specific contract*» (cfr. K.P. MITKIDIS, *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, 2014, spec. 5).

⁴⁴ Sia, ovviamente, ben chiaro che sempre più spesso gli obiettivi di sostenibilità sono proprio parte dell'oggetto stesso del contratto. Sul ricorso a clausole contrattuali che positivizzano obiettivi di sostenibilità, già *The Institute of Commercial Law and International Association for Contract and Commercial Management, Triple Bottom Line: The Use of Sustainability and Stabilization Clauses in International Contracts*, Pace University, New York, 2011.

⁴⁵ La funzione del contratto, si è sostenuto, «si evolve dalla tradizionale funzione di scambio o circolazione di beni individuali a quella di godimento e gestione condivisa di beni comuni» (cfr. M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico*, cit., spec. 1305). Sul ruolo del contratto nella gestione dei cc.dd. beni comuni, tra cui l'ambiente, A. NERVI, *Beni comuni e ruolo del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 180 ss.

⁴⁶ A riguardo si veda K.P. MITKIDIS, *Using Private Contracts for Climate Change Mitigation*, in *GroJIL*, 2, 2014, spec. 75 ss.; ID., *Enforcement of sustainability clauses in supply chains by third parties*, in *Law and Responsible Supply chain Management*, a cura di V. Ulfbeck, A. Andhov e K. Mitkidis, Routledge, Londra, 2019, 65 ss.

⁴⁷ In merito alle prestazioni cc.dd. sostenibili ed alla loro natura patrimoniale, si veda S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, cit., spec. 343. L'Autore denota che il «contratto il quale, se da un lato è percorso da un valore non patrimoniale che talora ne indirizza la funzione, dall'altro, col fatto di operarne una sussunzione incipiente, nella sostanza lo patrimonializza». In senso diametralmente opposto M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile*, cit., 768 ss.; ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico*, cit., spec. 1306 ss.

⁴⁸ Cfr. S. LANDINI, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, in *Dir. pub.*, 2, 2015, spec. 626.

⁴⁹ C. PILIA, *Contractual autonomy and new green economy*, in *CEDR-JRL*, 1, 2021, spec. 13 ss.

⁵⁰ Per una analisi dettagliata di questa tipologia contrattuale e delle clausole solitamente previste, si rimanda a P. MA-



In generale, però, quasi tutti i settori di mercato si orientano a obiettivi di sostenibilità. Ne sono una prova, ad esempio, i contratti del commercio equo-solidale⁵¹, i contratti di filiera⁵² dotati di clausole che prevedono molteplici tipologie di prestazioni a tutela dell'ambiente e della collettività sociale⁵³ ed i contratti del settore agro-alimentare⁵⁴.

Altro settore fortemente influenzato dal principio di sviluppo sostenibile è quello del tessile. Infatti, i contratti della industria tessile, particolarmente attenzionati dal legislatore europeo, sono sempre più indirizzati verso una produzione sostenibile⁵⁵.

L'elenco variegato delle tipologie contrattuali che presentano clausole di sostenibilità aderisce alle nuove direttive del mercato sostenibile. Sono queste clausole che, di fatto, si fanno «veicolo di istanze sociali e strumento di salvaguardia di interessi generali»⁵⁶. Come già accennato, questi mutamenti potrebbero creare una distorsione nel tradizionale paradigma contrattuale⁵⁷. Infatti, per un verso, l'autonomia privata, in quanto capacità di regolare i propri interessi, non ammette facilmente processi etero-integrativi. Per altro verso, l'attività di impresa tradizionalmente mira alla massimizzazione del profitto⁵⁸.

STROMARINI-G. BERNARDINI, *Il contratto di vendita dell'energia elettrica* (Power Purchase Agreement), in L. DE MATTEIS (a cura di), *I contratti tipici nel settore delle energie rinnovabili*, Cedam, Padova, 2022, 225 ss.

⁵¹ Sul punto, la comunicazione della Commissione, «Contribuire allo sviluppo sostenibile: il ruolo del commercio equo e solidale e dei programmi non governativi in ambito commerciale a garanzia della sostenibilità» già considerava il commercio equo e solidale come strumento di mercato estremamente utile «nel dare risalto a questioni quali la responsabilità e la solidarietà, producendo un impatto su altri operatori e generando altri sistemi di sostenibilità» [cfr. Commissione UE, COM(2009) 215, 5]. Su questo indirizzo le politiche dell'Unione sono sempre state più attente a questo aspetto del mercato sostenibile. In merito ai «gruppi di acquisto solidale», M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico"*, cit., spec. 1314 ss.

⁵² Le Nazioni Unite avevano già sollecitato, a livello internazionale, una maggiore attenzione da parte del settore industriale alle esigenze di sostenibilità sul piano dei contratti di filiera e dei codici di condotta (cfr. UN Global Compact Office and Business for Social Responsibility, *Supply Chain Sustainability: A Practical Guide for Continuous Improvement*, New York, 2010). Da ultimo, la Direttiva europea sulla rendicontazione non finanziaria (nota anche come *Supply Chain Act*) impone nuovi obblighi di valutazione dei rischi ambientali e sociali per l'intera catena di fornitura (Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità).

⁵³ In argomento, F. CAFAGGI, *Regulation through contracts: Supply-chain contracting and sustainability standards*, in *ERCL*, 12(3), 2016, 218 ss.

⁵⁴ Un settore che si è dimostrato ricettivo delle nuove esigenze di sostenibilità anche in ambito contrattuale è quello della filiera agro-alimentare. I contratti del mercato agro-alimentare sono sempre più permeati di valori, indici e clausole di sostenibilità, rendendoli un particolare ed interessante caso di studio ai fini delle prospettive qui assunte. Per una valutazione dell'attuale assetto del mercato agroalimentare (sostenibile), si rimanda a S. MANSERVISI, *Verso un uso sostenibile dell'energia, il miglioramento dell'efficienza energetica e la creazione di modelli di produzione di consumo sostenibili anche nel settore alimentare*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, 297 ss.; M. MAURO, *Contratti della filiera agroalimentare: squilibrio ed effettività dei rimedi*, in *Pers. merc.*, 2016, 17 ss.; M. TAMPONI, *Proprietà e green economy: diritto dominicale, ambiente e risorse naturali*, in *Dir. agroalim.*, 2016, 431 ss.; A. JANNARELLI, *Cibo e diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2015.

⁵⁵ La sostenibilità nel campo del tessile è stata incentivata dalla «Strategia dell'UE per prodotti tessili sostenibili e circolari» del 30 marzo 2022 (cfr. COM(2022) 141 final).

⁵⁶ Cfr. S. LANDINI, *op. cit.*, spec. 612. Sul tema, si richiama anche B. LOMFELD, *Sustainable contracting: How standard terms could govern markets*, in *Reshaping Markets: Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia*, a cura di B. Lomfeld, A. Somma e P. Zumbansen, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, spec. 265). Sulla natura "mista" comprensiva di interessi della collettività e di aspetti personalistici delle parti contrattuali, C. PONCIBÒ, *op. cit.*, 346 ss.

⁵⁷ In merito al superamento del principio di relatività nel segno del c.d. contratto sostenibile, M. GIORGIANNI, *Climate Change e analisi ecologica del diritto. L'apporto del comparatista all'emergenza climatica*, in *BioLaw Jour.*, 2, 2023, 96 ss.

⁵⁸ «La logica dell'impresa è la logica del profitto: essa è stata concepita e costruita in funzione di questo scopo: il quale, appunto, ne determina la struttura e ne governa il funzionamento» (cfr. N. IRTI, *Lettera aperta sul potere planetario*



È, però, vero che l'attuale prassi contrattuale – specialmente quella di impresa – già comprende esempi consistenti di richiami agli obiettivi di sviluppo sostenibile⁵⁹ o di specifiche clausole di sostenibilità⁶⁰.

La virtuosità etica delle clausole di sostenibilità, al pari delle esternalità positive di carattere economico e sociale derivante dall'introduzione di obiettivi di sostenibilità nel contratto, è fuori discussione. Ciò che va indagato è il campo dei profili di criticità (giuridica) di queste particolari clausole.

4. – La menzionata eterogeneità delle clausole di sostenibilità impone all'interprete un tentativo di classificazione.

Innanzitutto, è necessario intendersi sulla rilevanza (giuridica) che si vuole attribuire alle clausole di sostenibilità. Non sono clausole meramente stilistiche né, tantomeno, possono intendersi come modelli di etero-regolazione (per principi) degli interessi privati. Sono da considerarsi piuttosto come clausole contrattuali “innovative” che necessitano di specifici criteri di quantificazione ed indicizzazione, come si proverà a dimostrare nei paragrafi successivi.

Chiarito preliminarmente ciò, occorre distinguere le clausole di sostenibilità c.d. statutarie dalle clausole di sostenibilità c.d. contrattuali.

Le prime sono previsioni inserite all'interno degli statuti o degli atti costitutivi delle società⁶¹ e sono finalizzate ad obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale di impresa⁶². Nel mercato interno, queste clausole sono impiegate sia dalle cc.dd. società benefit⁶³ sia dalle società con scopo di lucro, a cui non si applica la disciplina di cui all'art. 1, comma 376 ss., legge n. 208/2015.

dell'insostenibile, cit., 2). L'A. ritiene che le due logiche (“del profitto e della salvezza ecologica”) non possono coesistere salvo che non si muti lo scopo stesso dell'attività di impresa (7-8). A fianco di ciò, si registra l'espansione di imprese sensibili a obiettivi di sviluppo sostenibile e di inclusione sociale, sia per scelte volontarie sia soprattutto per obblighi di legge. Per un approfondimento sul tema del rapporto tra attività di impresa e obiettivi etici e sostenibili, G. CONTE, *L'impresa responsabile*, Giuffrè, Milano, 2016; M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1 ss.; V. BUONOCUORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. comm.*, I, 2004, 181 ss.; S. JANJUHA-JIVRAJ, *The Sustainability of Social Capital within Ethnic Networks*, in *Journ. Bus. Ethics*, 2003, 31 ss.; H.J. L. VAN LUIJK, *Business Ethics in Western and Northern Europe: A Search for Effective Alliances*, in *Journ. Bus. Ethics*, 1997, 1579 ss.

⁵⁹ Per una analisi più generale sul rapporto tra prassi economica e norme imperative di mercato, L. ROSSI CARLEO, *Il mercato tra scelte volontarie e comportamenti obbligatori*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 157 ss.

⁶⁰ In questa ottica, si è parlato di un diritto contrattuale orientato alla sostenibilità («*sustainability adjusted' contract law*») in cui i paradigmi e obiettivi diventano elementi intrinseci del regolamento contrattuale («*[.] we mean a contract law in which, the pursuance of sustainability goals is regarded as one of the ordinary tasks of contract law*»). Cfr. V. ULFBECK-O. HANSEN, *Sustainability Clauses in an unsustainable Contract Law?*, cit., spec. 192.

⁶¹ Per un più accurato approfondimento si rimanda a M. CIAN, *Clausole statutarie per la sostenibilità dell'impresa: spazi, limiti e implicazioni*, in *Riv. soc.*, 2-3, 2021, 475 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *Long-termism*, cit., spec. 24 ss.; ID., *Il “successo sostenibile” del codice di corporate governance e le possibili modificazioni statutarie conseguenti*, in *Vita not.*, 2, 2021, 739 ss.; S.A. CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, in *An. giur. econ.*, 1, 2022, 67 ss.; U. TOMBARI, *Riflessioni sullo «statuto organizzativo» dell'«impresa sostenibile» tra diritto italiano e diritto europeo*, *ivi*, 135 ss.

⁶² Nell'orientamento del Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, si legge che queste clausole sono «tutte le clausole statutarie che costituiscono espressione di ideali collettivi, valori sociali e principi etici, quali la protezione dell'ambiente, la promozione del lavoro, la cura e il benessere dei dipendenti e della collettività, e in generale di un impegno di salvaguardia dei diversi interessi non economici implicati nell'attività di impresa» (Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti societari, ESG e clausole di sostenibilità*, 2023, A.B. 1, consultabile online al link: www.notaitriveneto.it).

⁶³ Cfr. M. STELLA RICHTER JR.-M.C. SERTOLI, *Tendenze e prospettive delle società benefit*, in *An. giur. econ.*, 1, 2022, 213 ss.



Le clausole statutarie di sostenibilità operano su vari profili dell'attività di impresa: definiscono *policy* di condotta degli amministratori, limitazioni del potere gestorio e linee direttive dell'attività economica⁶⁴. In via generale, esse possono agire sia delimitando l'oggetto sociale sia perimetrando le modalità di conseguimento dello stesso.

L'indirizzo dell'oggetto sociale può avvenire attraverso limitazioni positive dell'attività o tramite limiti negativi. Nel primo caso, ad esempio, è diffuso nel mercato energetico il ricorso a clausole che impongono il solo utilizzo di energia rinnovabile per le attività di impresa. Nel secondo, invece, una ipotesi ricorrente nelle disposizioni statutarie è la previsione del divieto di utilizzare imballaggi di plastica. L'impossibilità di inserire vincoli ideali⁶⁵ e la tendenza ad operare prettamente sul piano dei limiti negativi dell'attività e non della gestione societaria, fanno emergere una certa rigidità di simili clausole⁶⁶.

La perimetrazione delle modalità di conseguimento dell'oggetto sociale è rimessa, invece, a clausole che prevedono «l'enunciazione dei principi etico-sociali che dovranno informare l'operato dell'organo amministrativo ovvero la definizione delle linee di condotta del medesimo organo, sia in forma impositiva che in forma preclusiva rispetto all'adozione di determinate strategie o categorie di operazioni»⁶⁷.

Nella prassi societaria, ad oggi, le clausole statutarie di sostenibilità più diffuse sono le *clausole di destinazione degli utili per fini di sostenibilità*⁶⁸, le *clausole di limitazione del potere gestorio* (operanti entro la cornice delimitata dal disposto dell'art. 2384 cod. civ.), le *clausole di c.d. corporate purpose*⁶⁹, le *clausole di valutazione dell'operato degli amministratori*⁷⁰ e le *clausole di gradimento dei soci*⁷¹. Di particolare interesse sono, inoltre, le clausole che prevedono obblighi "esterni", quali le clausole che impongono l'integrazione degli interessi degli *stakeholder* nelle attività di impresa o le clausole che sanciscono obblighi di consultazione con soggetti terzi e comitati indipendenti per decisioni di notevole rilevanza⁷². Proprio queste ultime clausole, rispecchiando appieno la *ratio* della re-

⁶⁴ Cfr. A. PISANI TEDESCO, *Strumenti privatistici per la sostenibilità ambientale e sociale*, Giappichelli, Torino, 2024, spec. 14 ss.

⁶⁵ Si tratterebbe di vincoli societari inammissibili rispetto al dettato dell'art. 2247 cod. civ. in tema di contratto di società.

⁶⁶ «Quanto ai limiti, sono determinati dalla possibilità di operare, per questa via, solo sul piano del perimetro dell'iniziativa economica e talvolta di operare esclusivamente in termini negativi [...] senza poter invece tenere conto degli interessi degli stakeholders che si manifestano su piani diversi» (M. CIAN, *Clausole statutarie per la sostenibilità dell'impresa: spazi, limiti e implicazioni*, cit., spec. 489).

⁶⁷ Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Orientamenti societari*, cit.

⁶⁸ Si tratta di clausole di etero-destinazione degli utili, la cui legittimità è sottoposta alla condizione che le somme etero-destinate ad obiettivi di sostenibilità siano secondarie ed inferiori rispetto alla quota auto-destinata all'attività di impresa. Sui limiti delle quote di etero-destinazione degli utili, Cass. civ., sez. I, 11 dicembre 2000, n. 15599, in *Foro It.*, 2001, fasc. 1, 1932, con nota di L. NAZZICONE.

⁶⁹ Queste clausole mirano ad indirizzare la *mission* aziendale oltre ai fini tradizionalmente previsti ed a favore di obiettivi sostenibili. Sul punto e sulla possibilità di ricavare profitto perseguendo il paradigma della sostenibilità, C. MAYER, *Prosperity. Better business makes the greater good*, Oxford University Press, Oxford, spec. 109 ss. (trad. it. *Prosperità. Dal profitto al benessere*, Ayros, Milano, 2021). In senso più critico, U. TOMBARI, *Corporate purpose e diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, in *Riv. soc.*, 1, 2021, 6 ss.; G. FERRARINI, *An Alternative View of Corporate Purpose: Colin Mayer on Prosperity*, *ivi*, 1, 2020, 37 ss.

⁷⁰ Introducono forme di valutazione periodica delle performance aziendali da parte di esperti esterni indipendenti con meccanismi premiali in base ai risultati ottenuti in ambito sociale e ambientale.

⁷¹ Esse prevedono l'inserimento di specifici requisiti etici o sostenibili per l'assunzione di nuove partecipazioni sociali.

⁷² Poste Italiane S.p.A. ha avviato il progetto "Insieme 24 SI" che prevede forme di coinvolgimento diretto di *stakeholder* e soggetti interessati per la promozione di idee condivise in campo ESG (cfr. www.posteitaliane.it).



cente Direttiva (UE) 2024/1760⁷³, sono destinate a trovare una sempre maggiore collocazione all'interno della strutturazione dell'attività di impresa (come, peraltro, auspicato dall'art. 18 della direttiva in materia di modelli di clausole contrattuali tipo⁷⁴).

Le clausole cc.dd. contrattuali di sostenibilità, invece, sono previsioni inserite all'interno del regolamento contrattuale e possiedono finalità differenti⁷⁵.

A tal fine, appare utile elaborare un tentativo di catalogazione sulla base della funzione espressa dalla clausola. Nella cornice di una casistica estremamente variegata e difficilmente inquadrabile in insiemi uniformi, è comunque possibile individuare le principali categorie di clausole negoziali, ovvero le clausole di preferenza, le clausole che impongono standard di produzione o di qualità dei servizi offerti, le clausole che richiedono il rispetto di specifici indicatori etici e sostenibili, le clausole di destinazione che vincolano le parti a particolari *target* di sostenibilità, le clausole di recesso o le clausole risolutive per ragioni etiche o sociali⁷⁶, le clausole penali⁷⁷.

Nell'ipotesi di *clausole di preferenza*, molto diffuse nei contratti di filiera⁷⁸, sono previsti diritti di prelazione per le imprese fornitrici che rispettano standard elevati di sostenibilità economica ed ambientale⁷⁹.

Le clausole che introducono standard sostenibili delle performance contrattuali sono clausole che parametrano prestazioni contrattuali ad indicatori di sostenibilità. Sulle modalità di indicizzazione di queste clausole si tornerà successivamente. Esse possono ritrovarsi in una formula contrattuale, più nota alla prassi, che prende il nome di contratto di rendimento energetico (o anche, *Energy Performance Contract*). Con tale contratto, «un soggetto “fornitore” (*Energy Saving Company* o ESCo) s'impegna, con mezzi finanziari propri o di terzi, a compiere una serie di servizi e interventi integrati, diretti a riqualificare e migliorare l'efficienza di un sistema energetico (un impianto o un edificio) di proprietà di altro soggetto (cliente o “beneficiario”), verso un corrispettivo commisurato all'entità dei risparmi energetici attesi»⁸⁰. Questi contratti sono corredati da molteplici clausole negoziali che im-

⁷³ Direttiva (UE) 2024/1760 del 13 giugno 2024, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859). In particolare, infatti, la direttiva, che offre un'ampia definizione di *stakeholder* al par. 1, lett. *n* dell'art. 1, prescrive attività di consultazione e confronto con i soggetti portatori di interessi, a norma di quanto disposto dall'art. 13 (rubricato come “*Dialogo significativo con i portatori di interessi*”). I portatori di interessi divengono, in questo modo, soggetti titolari di specifici diritti aventi rilevanza nell'ambito delle relazioni aziendali. Sul tema, G. BEVIVINO, *Nuovi inputs euro-unitari. La sostenibilità come ponderazione normativa degli interessi di share-holders e stakeholders*, in *An. giur. econ.*, 1, 2022, 115 ss.

⁷⁴ L'approvazione di clausole statutarie sostenibili tipiche dovrà avvenire entro il 26 gennaio 2027 ed è finalizzata ad elaborare schemi contrattuali per la prevenzione, l'arresto e la riparazione degli effettivi negativi dell'attività di impresa.

⁷⁵ Come già messo in rilievo in K. PETERKOVÁ, *Purpose of sustainability contractual clauses*, in *Trends and future of sustainable development*, a cura di H. Lakkala e J. Vehmas, Finland Futures Research Centre, University of Turku, 2013, spec. 371 ss.

⁷⁶ Le clausole convenzionali di recesso e le clausole risolutive espresse possono essere attivate quando una delle parti contrattuali non rispetta i principi etici, gli standard di sostenibilità o le prestazioni ecologiche stabiliti.

⁷⁷ Nella prassi bancario-finanziaria, si ricorre spesso a clausole che prevedono penalità a carico della parte inadempiente laddove non siano rispettati specifici standard di sostenibilità dal contratto. Si pensi alla clausola penale per mancato adempimento di obiettivi di efficientamento energetico che prevede sanzioni pecuniarie o aumento dei tassi di interesse nel caso di contratto di finanziamento.

⁷⁸ Cfr. L. MILLER, *'Ethical Clauses' in Global Value Chain Contracts: Exploring the Limits of Freedom of Contract*, in *Contents of Commercial Contracts: Terms Affecting Freedoms*, a cura di P.S. Davies e M. Raczynska, Hart Publishing, Oxford, 2020., 163 ss.

⁷⁹ Sulla efficacia dei patti di stabilità nella contrattazione di filiera, si rimanda a F. PISTELLI, *Efficacia e opponibilità dei patti di sostenibilità*, in *Nuovo dir. civ.*, 1, 2014, 93 ss. e *ivi* per ulteriori approfondimenti.

⁸⁰ Cfr. M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico*, cit., spec. 1316. In argomento, si rimanda a V. CAP-



pongono standard sulle modalità di produzione e sulla qualità dei servizi offerti. Sono previste anche forme convenzionali di controllo periodico del raggiungimento degli obiettivi prefissati⁸¹.

Invece, per quanto attiene alle *clausole di conformazione a specifici standard ecologici*, queste impongono alle parti contrattuali specifici standard di adempimento. Si rinvencono, ad esempio, nel contratto di *green franchising* secondo cui le «società affilianti (.) mettono a disposizione dei propri affiliati anche il proprio *know-how* in termini di riduzione delle emissioni inquinanti e (.) prevedono nei propri codici di condotta il rispetto da parte degli affiliati di determinati standard ecologici»⁸².

Si vanno progressivamente diffondendo anche le clausole di conformazione contenute nelle locazioni immobiliari “verdi”⁸³ e nei contratti di mobilità sostenibile⁸⁴. Si pensi, inoltre, agli standard internazionali ISO 26000 che mirano ad una maggiore integrazione di criteri ambientali, di sostenibilità economica e di uguaglianza di genere all’interno dei regolamenti contrattuali tra le varie imprese di filiera⁸⁵.

In forte espansione è l’inserimento all’interno dei contratti di mutuo di *clausole di destinazione a obiettivi di sostenibilità (ecologica, economica e sociale)* che impongono al mutuatario l’impiego di una parte del finanziamento per la realizzazione di specifici *target*⁸⁶, il cui mancato adempimento incide sull’assetto complessivo del contratto⁸⁷. Le applicazioni sono svariate: clausole che richiedono al mutuatario di utilizzare una parte del finanziamento per l’acquisto di materiali eco-compatibili, clausole che obbligano il mutuatario a stipulare contratti di fornitura con le comunità locali, clausole che richiedono investimenti sul rendimento energetico del progetto finanziato.

Se si guarda, infine, all’ambito applicativo, è possibile individuare tre principali classi di clausole:

PELLI, *Contratto e principio dello sviluppo sostenibile. Il caso degli “Energy Performance Contracts”*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2019, 18 ss.; M.G. CAPPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2018, 34 ss.; L. PAROLA-T. ARNONI-S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *Contratti*, 2015, 517 ss.; M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, in *NGCC*, II, 2014, 420 ss.

⁸¹ Forme di auto-controllo nell’ambito dei contratti di impresa sono ben note alla prassi e solitamente prevedono «clausole che consentono e addirittura impongono ai contraenti, periodicamente o *una tantum*, la verifica dei risultati conseguiti rispetto ad un predeterminato programma; e altre che prevedono il progressivo ed automatico adeguamento di elementi giuridici o economici dell’*intesa*» (cfr. V. PESCATORE, *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico*, in *Obb. cont.*, 3, 2012, spec. 167). Più in generale, sul tema, N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità «amministrativa» – codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, I, 2003, 693 ss.

⁸² S. LANDINI, *op. cit.*, spec. 62.

⁸³ Si pensi alle novità introdotte dalla Direttiva (UE) 2024/1275 sulla prestazione energetica nell’edilizia. Secondo la direttiva, entro il 2030 tutte le nuove costruzioni edilizie nel territorio dell’Unione dovranno essere a “zero emissioni”, mentre entro il 2050 dovranno adeguarsi tutti gli edifici (pubblici e privati). a

⁸⁴ In merito ai contratti di mobilità urbana sostenibile, D. A. HENSHER, *The case for negotiated contracts under the transition to a green bus fleet*, in *Transportation Research – Part A*, 2012, 255 ss.

⁸⁵ Nel dettaglio, come si legge, si vuole promuovere il ricorso a questi nuovi assetti contrattuali (cfr. «*to promote social responsibility in its value chain, an organization should: integrate ethical, social, and environmental and gender equality criteria, and health and safety, in its purchasing, distribution and contracting*»); ISO 26000, par. 6.6.6.2).

⁸⁶ Una ricostruzione in merito a *target* di sostenibilità nei contratti di finanziamento alle imprese è rinvenibile in A. CHILOIRO, *ESG e sostenibilità nelle operazioni di finanziamento all’impresa*, in *An. giur. econ.*, 1, 2022, 263 ss.

⁸⁷ È da farsi una precisazione: le clausole di destinazione a vincoli di sostenibilità inserite all’interno dei contratti di mutuo sono da distinguersi dai c.d. *green loan*, ovvero operazioni di finanziamento totalmente destinate a progetti ecologici e sostenibili. La fetta di mercato dei mutui verdi sta ampliandosi notevolmente a livello internazionale e sono stati elaborati diversi documenti di *soft-law* che stabiliscono principi generali di questa specifica fattispecie contrattuale. Tra i recenti interventi, APLMA, LMA, LSTA, *Green Loan Principles*, febbraio 2023 (disponibile online www.lsta.org). In generale sui contratti di mutuo verdi, per un’analisi comparativa, si rimanda a P. DE GIOIA CARABELLESE-S. DAVINI, *Contratti di finanziamento internazionale e clausole di sostenibilità ambientale, anche nel common law inglese*, in *Amb. dir.*, 3, 2022, spec. 4 ss.



le *clausole di sostenibilità ambientale* (come quelle che prevedono obblighi di riduzione delle emissioni nocive o di gestione responsabile dei rifiuti), le *clausole di sostenibilità sociale* (ovvero, ad esempio, le clausole che impegnano le parti a pratiche che favoriscono l'inclusione sociale o il rispetto dei diritti fondamentali delle minoranze) e le *clausole di sostenibilità economica* (come le clausole che garantiscono un giusto compenso ai fornitori o favoriscono nella scelta della parte contraente le comunità locali).

5. – La contrattualizzazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile, di inclusione sociale e di tutela degli ecosistemi e della biodiversità suggerisce due primari profili di indagine. A monte, il problema del bilanciamento tra principi ed interessi contrastanti sotteso ad ogni rapporto contrattuale. A valle, il problema della genericità degli obiettivi di sostenibilità e la necessità di trasformarli in regole di comportamento precise.

L'esistenza delle clausole di sostenibilità, in effetti, non può prescindere da un'opera di contemperamento tra i principi in gioco. Questo perché in tutti i contratti *supra* citati, il principio di libertà di iniziativa economica privata⁸⁸ si scontra con le esigenze di tutela ambientale e sociale⁸⁹. Da un lato, quindi, interessi economici e produttivi, dall'altro, esigenze di carattere ecologico e sociale. Principi che, alla luce della recente riforma costituzionale, trovano piena collazione nel sistema interno⁹⁰.

Il concetto tridimensionale della sostenibilità produce, al di fuori delle ipotesi in cui risulta evidente la gerarchia tra i principi in contrasto, un costante bisogno di bilanciamento, condotto secondo criteri di valutazione che seguono una logica di comparazione proporzionale. Né un'arida contrapposizione⁹¹

⁸⁸ Sulla c.d. libertà economica, M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contr. e impr.*, 4, 2019, 1255 ss. Per una analisi generale della questione, si rimanda a P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, spec. 241 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1956, 1213 ss. e L. FERRI, *Autonomia privata, libera iniziativa economica e programmazione*, in *Arch. giur.*, 1968, 233 ss. Per una ricostruzione favorevole all'esistenza nel nostro sistema di un fondamento costituzionale dell'autonomia privata, P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, ESI, Napoli, 1973, spec. 235 ss.; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1976, 197 ss.; G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, II ed., Jovene, Napoli, 1997, spec. 126 ss. Per una posizione, invece, critica sul tema, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1978, 93 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Id.*, *Metodo e teoria giuridica*, vol. I, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Giuffrè, Milano, 2011, 101 ss.

⁸⁹ Cfr. M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 3, 2020, 43 ss.

⁹⁰ Esempio di questa contraddizione è il "caso Ilva", dove le esigenze ambientali e di salute pubblica trovavano nella libertà di impresa un antagonista di pari forza (costituzionale). Gli esiti della celebre sentenza della Corte costituzionale, che ha respinto i dubbi di legittimità sul d.l. 3 dicembre 2012, n. 207 (c.d. decreto "salva Ilva", convertito con modifiche in legge 24 dicembre 2012, n. 231) ed ha messo in evidenza la naturale tensione tra esigenze produttive e bisogni ecologici, non hanno risolto definitivamente i problemi di bilanciamento qui considerati (cfr. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro it.*, 2014, I, 441 ss., con nota di R. ROMOLI). Per approfondimenti, C. ROMEO-A.V. SALAMINO, *Bilanciamento tra tutela della salute e sviluppo economico: il caso Ilva*, in *Giur. it.*, 2019, 2228 ss.; M. ODONI, *Il caso "Ilva" davanti alla Corte europea dei diritti umani: tutela "par ricochet" dell'ambiente o tutela "par double ricochet" della salute pubblica?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 17 ss.; A. CONSIGLIO, *Cambiamento climatico, ambiente e impresa sostenibile: un approfondimento sul caso Ilva*, in *Labour & Law Issues*, 2022, 36 ss. In merito al giudizio di bilanciamento tra interessi relativi all'attività di impresa e istanze di sostenibilità ambientale si rinvia a M. RENNA, *Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata*, in *Contr. impr.*, 2, 2022, 538 ss.

⁹¹ «Il concetto di sviluppo sostenibile porterebbe a pensare non in una logica di gerarchia dei valori e dei principi, ma in una logica di complessità di valori e principi che devono trovare un coordinamento secondo il criterio ordinante della proporzionalità» (cfr. S. LANDINI, *op. cit.*, spec. 618).



né, tantomeno, un bilanciamento “inequale” a sfavore delle esigenze produttive⁹², ma un processo di contemperamento che trova nelle clausole contrattuali di sostenibilità un corretto equilibrio.

Bisogna domandarsi, però, se questo corretto contemperamento tra principi avvenga sempre. A titolo esemplificativo, si pensi ad un contratto tra una impresa che opera nel settore agro-alimentare ed una piccola impresa fornitrice che prevede che il prodotto agricolo fornito debba rispettare dei limiti quantitativi di pesticidi. O si ipotizzi il caso di un grande industria del tessile che su alcuni prodotti richiede alle imprese, per accedere ai contratti di filiera, l'utilizzo di materiali sostenibili e, ad oggi, estremamente costosi. Sono queste opzioni equilibrate?

Negli esempi qui riportati, manca un effettivo equilibrio. Difatti, i pesticidi, seppur limitatamente, continuerebbero ad essere utilizzati; la c.d. *fast-fashion* continuerebbe a produrre danni all'ambiente e l'accesso alle filiere equo-solidali non sarebbe egualmente “sostenibile” – in termini di costi – per tutti gli operatori. Le piccole imprese rischierebbero così di veder ricadere su se stesse gli oneri della sostenibilità.

Il bilanciamento richiesto impone, quindi, anche una riflessione su una corretta allocazione dei rischi imprenditoriali connessi alla transizione verde⁹³. Le clausole di sostenibilità possono essere utili strumenti di gestione dei costi e dei rischi nell'ipotesi in cui le parti giungano ad un corretto bilanciamento degli interessi in gioco.

Altrimenti, esse potrebbero nascondere rapporti di forza, di dipendenza economica e sfavorire, così, la reale costituzione di un ordine giuridico ed economico sostenibile⁹⁴.

Sorge naturale chiedersi quale sia il giusto equilibrio. O se esso non fosse possibile, quale scelta vada compiuta a monte.

La correttezza del bilanciamento presuppone la validità del criterio di valutazione impiegato⁹⁵. Esso andrebbe ricercato all'interno del sistema ordinamentale e dovrebbe esprimere una regola di razionalità capace di contemperare le contrapposte prerogative e realizzare un rapporto armonioso tra ambiente e sviluppo.

⁹²In questo senso, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 13. In particolare, l'Autore ritiene che «il bilanciamento dovrebbe farsi fra entità omogenee. Non si dovrebbe bilanciare, dunque, direttamente fra diritti sociali ed esigenze di bilancio, bensì fra diritti sociali e diritti sociali [...]; qualora questo non fosse tecnicamente possibile e si procedesse a bilanciare direttamente le ragioni finanziarie e quelle dei diritti sociali il bilanciamento in questione dovrebbe essere “inequale”, nel senso che l'efficienza economica deve comunque cedere, ancorché nei limiti del rispetto dei comuni principi di proporzionalità e non-eccessività». Sui profili più strettamente ecologici, M. PENNASILICO, *Ambiente ed iniziativa economica: quale “bilanciamento”*, cit., spec. 70 ss. e 83 ss.

⁹³Come si usa dire la sostenibilità ha un costo (cfr. H. SANDERSON, *Il prezzo della sostenibilità. Vincitori e vinti nella corsa globale all'auto elettrica*, trad. it., Post ed., Padova, 2023). In generale, sui costi transattivi legati alla contrattazione tra imprese, si rimanda per approfondimenti a R. COOTER-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. PARDOLESI-T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I e II, Il Mulino, Bologna, 1999, 151 ss.

⁹⁴Il contratto si mostrerebbe, così, come strumento incapace di guidare la transizione verde a causa dei costi economici e sociali troppo elevati. Sul contratto come strumento “incompleto” di allocazione dei costi transattivi, per una valutazione generale si rinvia a A. SCHWARTZ-R. SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, in *Yale Law Journal*, 2003, spec. 594 ss.; D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004, spec. 305 ss.; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Cedam, Padova, 2000; A. FICI, *Il contratto «incompleto»*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁹⁵A proposito del problema della “misura della sostenibilità” si rinvia alle lucide osservazioni contenute in N. IRTI, *Lettera aperta sul potere planetario dell'insostenibile*, cit. In particolare, L'A. nel domandarsi «[...] chi e come accerta il grado di sostenibilità? chi e come lo impone alle attività economiche?» ritiene indispensabile l'individuazione di una “tecnica del misuratore” («la tecnica serve a misurare la sostenibilità, e dunque a segnare il confine tra il permesso e il vietato[...].») e di un “soggetto impositore” (un c.d. potere planetario).



In questo senso, il sistema stesso offre una interessante chiave di lettura. Infatti, il codice dell'ambiente, al comma secondo dell'art. 3-*quater*, attribuisce priorità gerarchica, nel bilanciamento tra principi, all'interesse ambientale (ampiamente inteso)⁹⁶. Priorità che è frutto, però, di un *iter* discrezionale di valutazione.

Sul versante negoziale, in risposta a quanto si diceva *supra*, si può affermare che l'interesse ambientale, certamente prioritario, non funzionalizza l'intera attività di impresa⁹⁷ ma ne definisce le strutture⁹⁸. Pertanto sul piano dei rapporti e degli interessi sottesi, nella contrapposizione tra principi non esiste tirannica primazia dell'interesse ambientale ma occorre introdurre un equilibrato contemperamento⁹⁹ con la libertà di iniziativa economica¹⁰⁰. Progresso produttivo e esigenze ecologiche possono coesistere anche all'interno di modelli di massimizzazione del profitto¹⁰¹.

L'equilibrio tra principi confliggenti, difatti, andrebbe trovato ponendo al centro la persona – con le sue prerogative personalistiche, economiche e sociali – nel contesto di un mercato rinnovato da obiettivi ecologici e programmi a lungo termine¹⁰². La ricerca del giusto contemperamento è questione rimessa alle scelte del legislatore per quel che riguarda la definizione di criteri generali di bilanciamento; mentre è affidata alla discrezionalità delle parti ed all'autonomia dei privati la determinazione dell'equilibrio sotteso alle clausole di sostenibilità.

L'efficacia di simili clausole all'interno dell'attuale sistema del diritto contrattuale europeo¹⁰³ po-

⁹⁶ In materia ambientale il diritto «si trova di fronte ad interessi contrapposti – generalmente l'interesse individuale allo svolgimento di una determinata attività e l'interesse della collettività a restare indenne dalle conseguenze nocive di quella attività – e deve determinare le linee di risoluzione del conflitto assegnando un ordine di rilevanza ai diversi interessi» (cfr. S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Cedam, Padova, 1979, spec. 4).

⁹⁷ Sui rischi di una funzionalizzazione “sostenibile” dell'attività di impresa, S.A. CERRATO, *Appunti per una via italiana all'ESG. L'impresa costituzionalmente solidale (anche alla luce dei nuovi artt. 9 e 41, comma 3, Cost.)*, cit., 67 ss.; P.M. SANFILIPPO, *Tutela dell'ambiente e “assetti adeguati” dell'impresa: compliance, autonomia ed enforcement*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 993 ss.

⁹⁸ Cfr. N. IRTI, *Lettera aperta sul potere planetario dell'insostenibile*, cit., 8 ss.

⁹⁹ In riferimento ai profili connessi ad un bilanciamento “equiponderale” di interessi tradizionalmente antagonisti si rimanda a M. PENNASILICO, *Ambiente ed iniziativa economica: quale “bilanciamento”*, cit., 49 ss.

¹⁰⁰ A queste conclusioni, giunge la Corte costituzionale nella citata sentenza sul “caso Ilva”. La Corte ritiene, infatti, che vada raggiunto «ragionevole bilanciamento» tra i vari diritti fondamentali (nel caso di specie, diritto alla salute e diritto di iniziativa economica privata), i quali devono rapportarsi in un dialogo di integrazione reciproca, per evitare che uno di essi possa espandersi a tal punto da divenire «“tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (cfr. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, cit., § 9). Conclusioni lievemente sconfessate nella sentenza successiva della Corte costituzionale (cfr. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, n. 58, con nota a commento, CAVANNA, *Vicenda Ilva e bilanciamento dei diritti fondamentali: nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 58/2018*, in *Ambiente & sviluppo*, 2018, 385 ss.) nella quale il diritto alla vita ed alla salute non possono essere posti sullo stesso piano di interessi meramente economici.

¹⁰¹ Il punto di compromesso va ricercato in un approccio antropocentrico. Antropocentrismo da intendersi non solo nella sua dimensione sociale ed intergenerazionale, ma anche nella prospettiva individualista e mercantile tipica dello sviluppo umano. Impostazione accolta, seppur attraverso un criterio di primazia ecologica, da ultimo, in M. PENNASILICO, *Ambiente ed iniziativa economica: quale “bilanciamento”*, cit., 86 ss.; ID., *La transizione verso il diritto dello sviluppo umano ed ecologico*, in A. BUONFRATE-A. URICCHIO (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, Wolters Kluwer, Milano, 2023, 37 ss.

¹⁰² Il riferimento, in particolare, è al c.d. “eco-antropocentrismo” sollecitato da Latouche, secondo il quale l'ordine giuridico, economico e sociale andrebbe orientato all'esigenza primaria di preservare la biodiversità e di limitare i danni derivanti dal cambiamento climatico, senza compromettere le altrettanto centrali necessità produttive e di mercato (cfr. S. LATOUCHE, *Breve trattato sulla decrescita serena*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008, 120 ss.).

¹⁰³ Sulla “corrosione” del tradizionale paradigma del contratto a causa dell'introduzione di previsioni contrattuali legate al principio di sviluppo sostenibile, V. ULFBECK-O. HANSEN, *Sustainability Clauses in an unsustainable Contract Law?*, in *ERCL*, 16(1), 2020, spec. 190 ss.



ne, tra l'altro, problemi di individuazione di standard ermeneutici condivisi. In effetti, la tipica (e voluta) genericità di molti degli obiettivi inseriti nelle clausole di sostenibilità richiede l'introduzione di strumenti interpretativi uniformi¹⁰⁴.

Sul punto, si prova ora a chiarire. La disciplina del mercato sostenibile è stata caratterizzata, soprattutto nel periodo iniziale, da schemi programmatici e da normative per principi¹⁰⁵ a cui si affiancano, oggi, regole sempre più dettagliate e settoriali. La voluta ampiezza degli obiettivi di sviluppo sostenibile, in assenza di norme ancillari ben determinate, esige una accurata attività interpretativa¹⁰⁶, rispettosa dei nuovi confini dell'autonomia privata espressi dalla riforma costituzionale. L'interprete è così posto dinanzi all'esigenza di disporre di criteri obiettivi di valutazione (quantitativa e qualitativa) dell'agire dei privati¹⁰⁷.

È indispensabile, allora, che la contrattualizzazione del prisma della sostenibilità passi da una sua quantificazione in standard specifici, idonei a determinare i confini delle clausole di sostenibilità ed a verificare le eventuali ipotesi di inadempimento contrattuale¹⁰⁸. In linea di principio, la vaghezza definitoria andrebbe esclusa. In questo caso, ancor più, essa rappresenterebbe un ostacolo alla realizzazione stessa degli obiettivi di sostenibilità¹⁰⁹.

¹⁰⁴ In merito ai limiti legati alla genericità delle clausole di sostenibilità, V. ULFBECK-O. HANSEN-A. ANDHOV, *Contractual enforcement of CSR clauses and the protection of weak parties in the chain*, in *Law and Responsible Supply chain Management*, cit., spec. 49 ss.

¹⁰⁵ La regolamentazione per principi, tipica del mercato sostenibile, non va confusa con una regolazione del mercato mediata da interventi di *soft-law* e provvedimenti delle Autorità indipendenti. Difatti, grazie ad un costante ed incentivante sviluppo della normativa europea in materia, la disciplina nazionale si sta gradualmente adeguando. Non solo il codice dell'ambiente ma, in generale, sempre maggiori testi legislativi richiamano esplicitamente criteri quantitativi o indicatori di sostenibilità. In merito, si è correttamente distinto che la «regolamentazione fissa, *una tantum*, almeno fino a riforma, le regole astratte basilari. E quindi i principi che reggono l'insieme e le singole materie. Norme, come si usa dire, di *hard Law*. La regolazione fissa con continuità di intervento le regole concrete di dettaglio. [...] Regole di *soft Law*» (cfr. A. GENTILI, *Il diritto regolatorio*, cit., spec. 32 ss.). Per una posizione nettamente contraria all'impiego di una legislazione per principi e clausole generali, i quali minano la tradizionale prevedibilità del diritto, si rinvia a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, spec. 18 ss.

¹⁰⁶ Sul ruolo dell'interpretazione giudiziale in ambiti regolati da principi e sulla distinzione con discipline marcatamente positivizzate, si rimanda a R. DWORKIN, *The Model of Rules*, in *Taking the Rights Seriously*, cit., 14 ss.; A. PINTORE, *Norme e principi, una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1982, spec. 19 ss.; U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in *Riv. filos.*, 1987, 3 ss.; R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, Giappichelli, Torino, 1997, 129 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e G. Messineo e continuato da L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 1998, spec. 272 ss.; G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Dir. e quest. pub.*, 2011, spec. 75 ss.; A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Giuffrè, Milano, 1999, 337 ss. Per una panoramica più ampia, si veda A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2015.

¹⁰⁷ È necessario «riempire di contenuti quantitativi il termine sostenibilità al fine di governare anche problemi giuridici come quello della misura dell'adempimento in caso di 'clausole di sostenibilità' contenute nei contratti tra privati e quello della correttezza nell'uso degli *'environmental claims'*» (cfr. S. LANDINI, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati*, cit., spec. 614).

¹⁰⁸ Relativamente alla questione della «misurabilità» dello sviluppo economico sostenibile, si è osservato che «ogni meditato discorso sulla sostenibilità, che non voglia scadere a divulgazione o stanco lamento sui nostri tempi, ha bisogno di almeno due concetti: dimensione e misura: dove il primo indica l'ambito spaziale [...] e il secondo esprime la calcolata mediazione tra esigenze e pretese contraddittorie» (cfr. N. IRTI, *Lettera aperta sul potere planetario dell'insostenibile*, cit., spec. 6).

¹⁰⁹ Si deve, in ogni modo, considerare la natura particolare delle clausole di sostenibilità e degli obiettivi da esse inquadrati. Anche una eventuale indicizzazione in valori precisi, in effetti, potrebbe subire una necessaria modifica nel corso dell'evoluzione scientifica nel settore applicativo della stessa. In questa direzione, si dovrebbe ammettere, come si è attentamente osservato, che «nell'interpretare una clausola introduttiva di un'obbligazione di tenere una data condotta qualificata



La definizione di simili criteri e strumenti differisce a seconda dei settori industriali e produttivi considerati e degli obiettivi da raggiungere. Ad esempio, l'individuazione di criteri aridamente quantitativi mal si concilia con gli aspetti dimensionali della sostenibilità connessi alla tutela dei diritti fondamentali, alla lotta alle discriminazioni sociali ed alle disparità di genere (il piano c.d. sociale della sostenibilità)¹¹⁰.

Significativamente diverso è il discorso per i profili più strettamente economici, in cui si stanno sviluppando diversi standard di valutazione delle prestazioni contrattuali.

Dunque, solo attraverso un processo di adattamento del mercato e di attiva partecipazione da parte degli operatori, gli indici legati alle diverse prospettive della sostenibilità potranno, sul piano micro-economico, trovare maggiore collocazione in varie tipologie contrattuali e, sul piano macro-economico, incidere di più sull'andamento del mercato¹¹¹.

La questione da affrontare, quindi, concerne il superamento della tendenziale contraddizione tra formule programmatiche ed esigenze di specificazione contrattuale. A ciò si aggiunge anche la complessità nel riuscire a conciliare l'interesse della collettività (e delle generazioni future) con gli assetti tendenzialmente utilitaristici ed "egoistici" dei privati¹¹².

6. – I problemi delle clausole di sostenibilità, come detto, sono principalmente problemi di individuazione degli strumenti tecnici di quantificazione e qualificazione delle prestazioni e degli obiettivi di sostenibilità. Una simile esigenza non può che essere perseguita attraverso l'individuazione di standard di concretizzazione dei *target* di sostenibilità¹¹³.

Una prima soluzione potrebbe essere offerta dall'utilizzo di clausole contrattuali indicizzate a

come eco-sostenibile e contenente indici ecologici per valutare la sua esatta esecuzione, sarà sempre possibile adeguare detta clausola alle circostanze concrete, ai fini del rispetto dell'economia del contratto attraverso, un'interpretazione secondo buona fede» (cfr. S. LANDINI, *op. cit.*, spec. 636).

¹¹⁰ L'identificazione di criteri e indicatori idonei a valutare profili personalistici e legati allo sviluppo umano risulta di maggiore complessità. Nonostante ciò, si è cercato di tracciare alcuni modelli tra cui, ad esempio, quello elaborato nel 1990 all'interno del Rapporto sullo Sviluppo Umano dell'*United Nations Development Program* (UNDP), che prende il nome di «*Indice di Sviluppo Umano (ISU)*». Il c.d. ISU è costruito sul concetto di sviluppo umano, inteso come «un processo di ampliamento delle scelte degli individui, quali la possibilità di condurre una vita lunga e in salute, di avere un adeguato livello di istruzione e un livello di vita accettabile». È stato poi integrato da ulteriori criteri di sostenibilità, sia di stretta tutela ambientale sia di carattere sociale e intergenerazionale. Per una ricostruzione più organica, V. COSTANTINI-S. MONNI, *L'Indice di Sviluppo Umano Sostenibile: un indicatore per coniugare crescita, sostenibilità umana e ambientale*, in *Diario eur.*, 2, 2008, 82 ss.; M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, cit., spec. 41 *ivi* per ulteriori riferimenti.

¹¹¹ Per una puntuale analisi ricostruttiva, si rinvia a F. PISTELLI, *L'indicizzazione del regolamento contrattuale*, Università degli studi di Trento, Trento, 2023, spec. 82 ss. L'Autore attentamente denota che un passaggio fondamentale in questa prassi negoziale sia stato il «progressivo ampliamento dei soggetti interessati – o autorizzati, nel caso di Stato ed enti pubblici – all'utilizzo dei meccanismi di indicizzazione» (83).

¹¹² Sul contratto come strumento di «contenimento dell'utile egoistico a vantaggio del giusto solidaristico», E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, ESI, Napoli, 2019, 90 ss.

¹¹³ Dottrina straniera ha, sul punto, elaborato un primo tentativo di schematizzazione degli standard di sostenibilità, introducendo il concetto di «*Global Sustainability Terms*» (cfr. B. LOMFELD, *Sustainable contracting: How standard terms could govern markets*, cit., spec. 260 ss.). Si tratta di standard generali di sostenibilità potenzialmente applicabili ad ogni regolamento contrattuale. L'utilizzo di standard di sostenibilità adattabili a differenti tipologie contrattuali è visto come uno strumento di *soft-law* che andrebbe ad incidere sull'assetto contrattuale voluto dalle parti e proietterebbe il regolamento in una prospettiva aderente al principio di sviluppo sostenibile. Il contratto, in questa ottica, verrebbe sottoposto a vincoli esterni, eterodeterminati sulla base di standard collettivi, che ne determinano il contenuto stesso del regolamento posto in essere dalle parti, attraverso un processo di uniformazione.



obiettivi di sostenibilità (le cc.dd. clausole *sustainability-linked*)¹¹⁴. Ipotesi ad oggi largamente esplorata nella prassi, specialmente quella di impresa¹¹⁵.

Queste clausole «gravano le parti di obblighi, principali o secondari, di carattere ambientale o sociale nell'esecuzione di una prestazione»¹¹⁶. L'obiettivo di sostenibilità, quindi, può presentarsi sia come oggetto della prestazione contrattuale sia come parametro valutativo di adempimento.

Certo è che l'ipotesi di clausole contrattuali indicizzate a valori di sostenibilità sia di maggiore criticità rispetto ai casi in cui è il regolamento contrattuale stesso a prevedere specifiche prestazioni sostenibili o socialmente utili.

Ad oggi, l'indicizzazione di queste clausole fa spesso utilizzo dei cc.dd. standard «ESG»¹¹⁷.

In linea del tutto generale, con essi si intendono tutti quei parametri standardizzati utili a valutare le performance ambientali, sociali e di governance di una determinata attività di impresa. Nell'ambito della direttiva (UE) 2022/2464 circa la rendicontazione societaria di sostenibilità¹¹⁸, l'Unione Europea ha dato inizio al progetto finalizzato all'elaborazione dei cc.dd. «*sustainability reporting standards*»¹¹⁹, sul modello degli standard elaborati dall'*International Sustainability Standards Board*¹²⁰.

¹¹⁴ Cfr. F. PISTELLI, *L'indicizzazione del regolamento contrattuale*, cit., spec. 88. Queste clausole trovano una corrispondenza speculare nei cc.dd. «*Corporate Social Responsibility terms*» che riguardano più specificatamente le regole contrattuali in merito ai profili di responsabilità sociale dell'impresa. Per una analisi più accurata del tema, si rimanda, *ex multis*, V. ULFBECK-A. ANDHOR-K. MITKIDIS (a cura di), *Law and Responsible Supply Chain Management. Contract and Tort Interplay and Overlap*, Routledge, London-New York, 2019; A. BECKERS, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes*, Bloomsbury, Oxford, 2015; K.P. MITKIDIS, *Sustainability Clauses in International Business Contracts*, cit.; A. RUHMKORF, *Corporate Social Responsibility, Private Law and Global Supply Chains*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015.

¹¹⁵ In generale, in riferimento al ricorso all'indicizzazione oltre i cc.dd. mercati regolamentati, entro cui tradizionalmente il fenomeno si colloca, v. A. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars Interpretandi*, 2021, 37 ss.; A.M. BENEDETTI, *Mercati regolati*, Giuffrè, Milano, 2014; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2013; M. MAUGERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2009. Per una valutazione del tema in relazione ai profili del mercato dell'energia, G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2009.

¹¹⁶ F. PISTELLI, *L'indicizzazione del regolamento contrattuale*, cit., spec. 90.

¹¹⁷ L'acronimo richiama ai tre pilastri della sostenibilità: ambientale (*Environment*), sociale (*Social*) e di governance (*Governance*). Sull'impatto degli standard ESG nell'attività e contrattazione di impresa, si rimanda a R. ROLLI, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, Il Mulino, Bologna, 2021.

¹¹⁸ Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità (la c.d. *Corporate Sustainability Reporting Directive*).

¹¹⁹ Come si legge nella direttiva, tale elaborazione prende spunto da «i principi e i quadri esistenti includono quelli elaborati dalla Global Reporting Initiative, dal Sustainability Accounting Standards Board, dall'International Integrated Reporting Council, dall'International Accounting Standards Board, dalla Task Force on Climate-Related Financial Information, dal Carbon Disclosure Standards Board e dal CDP, noto in precedenza come Carbon Disclosure Project» (cfr. considerando 43 della direttiva). Il primo schema di standard di sostenibilità per la rendicontazione non finanziaria delle imprese elaborato dal *European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG) prevede tre grandi insiemi di indicatori: quello ambientale, quello sociale e quello di governance. Nel primo, sono indicati vari settori applicativi divisi in “cambiamento climatico”; “inquinamento”; “acqua e risorse marine”; “biodiversità ed ecosistemi”; “utilizzo delle risorse e economia circolare”. In ambito sociale invece, il riferimento è al “lavoro autonomo”; ai “lavori nella filiera produttiva”; “alle comunità vulnerabili”; ai “consumatori ed utenti finali”. Infine, l'insieme dedicato ai profili di governance prevede, ad ora, gli indici in merito alla c.d. *business conduct*. La bozza con i relativi documenti di supporto è consultabile online al seguente link: www.efrag.org.

¹²⁰ Questi standard di sostenibilità (i cc.dd. «*International Sustainability Standards*») sono stati promossi da *IFRS Foundation* e *International Accounting Standards Board* nel corso della COP26 a Glasgow e mirano a sviluppare standard per una linea globale di informativa sulla sostenibilità; soddisfare le esigenze di informazione degli investitori; consentire alle imprese di fornire informazioni sempre più complete sulla sostenibilità e facilitare l'interoperabilità con informazioni di altro tipo e caratteristiche.



Da una genesi strettamente legata alla rendicontazione non finanziaria delle imprese, questi standard trovano ora ampia collocazione in contesti negoziali molto eterogenei¹²¹.

Le maggiori difficoltà interpretative interessano quelle clausole contrattuali che non prevedono come prestazione principale un obiettivo di sostenibilità, ma calibrano la valutazione dell'esatto adempimento di alcune prestazioni in base ad indici ESG.

Le ipotesi più ricorrenti sono quelle che riguardano l'indicizzazione del valore di una prestazione pecuniaria all'andamento di uno standard ESG. In queste circostanze, il «valore dell'asset di riferimento – per esempio, un finanziamento bancario, una garanzia, un prestito obbligazionario – è fatto oscillare in relazione al raggiungimento di prefissati obiettivi di sostenibilità»¹²².

Sono le parti stesse a definire i parametri di valutazione delle prestazioni¹²³, indicativi degli obiettivi di sostenibilità perseguiti con quello specifico regolamento contrattuale.

Spesso questi schemi negoziali prevedono un sistema premiale in relazione al raggiungimento di *target* di sostenibilità nel corso del rapporto¹²⁴. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle ipotesi di tassi di interesse agevolati nei contratti di finanziamento laddove si dovesse raggiungere obiettivi, contrattualmente individuati, di sostenibilità¹²⁵. In queste particolari tipologie contrattuali, le parti definiscono i criteri tecnici di misurabilità e gli eventuali fattori variabili connessi ai *target* di sostenibilità.

Gli esempi degli standard qui riportati stabiliscono un primo livello di generale condivisione di indicatori di sostenibilità.

Alla luce di quanto detto finora, la sostenibilità è al centro di un ampio processo di concretizzazione contrattuale. Ciò non basta e non esaurisce le questioni aperte¹²⁶. È elemento noto che essa abbia trova-

¹²¹ L'utilizzo di standard sociali o ambientali è ormai estremamente diffuso in ambito creditizio e finanziario. L'elaborazione di vari indici *green* connessi ai rischi sociali o all'impatto ambientale di specifiche attività è diventato un tratto caratteristico di determinati settori. Si pensi alla diffusione di vari indici generali, usati come criteri di valutazione per le strategie di investimento e di *project financing* sostenibili. A titolo esemplificativo, basti citare gli indici: "S&P Green Bond Index", "S&P Green Project Bond Index" e "S&P 500 Environmental & Social Socially Responsible Index". Per un'analisi più accurata del fenomeno, si veda M. MIGLIORELLI-P. DESSERTINE (a cura di), *The Rise of Green Finance in Europe*, Palgrave, London, 2019.

¹²² F. PISTELLI, *L'indicizzazione del regolamento contrattuale*, cit., spec. 91.

¹²³ In gergo tecnico, si definiscono «*key performance indicators*». L'individuazione di questi criteri, liberamente scelti dalle parti in relazione al tipo di attività, al settore di mercato di riferimento e alla grandezza del progetto imprenditoriale connesso. Questi servono a valutare l'esatto adempimento delle prestazioni sostenibili («*sustainability performance targets*») dedotte in contratto. L'utilizzo di questi indicatori di valutazione è molto diffuso nei finanziamenti erogati a favore di imprese che si impegnano a realizzazione di *target* di inclusione sociale, tutela ambientale e protezione della biodiversità. Elementi fondamentali nella definizione degli indicatori sono la loro misurabilità attraverso criteri quantitativi e la tracciabilità del raggiungimento del *target* di sostenibilità. Inoltre, si tenga conto anche della rilevanza, più o meno centrale, che la realizzazione di prestazioni sostenibili abbia nella più ampia attività di impresa svolta.

¹²⁴ «[...] la clausola prevede una fase di *follow-up*, ossia di riscontro sui risultati raggiunti durante il periodo di riferimento. Questa fase si connota per la centralità dell'obbligo informativo e di collaborazione che vincola le parti fra loro stesse e verso il mercato» (F. PISTELLI, *L'indicizzazione del regolamento contrattuale*, cit., spec. 93)

¹²⁵ Il settore dei cc.dd. investimenti sostenibili, attenzionato anche dal legislatore europeo, è in grande fermento e prevede diverse tipologie negoziali che includono standard e parametri di sostenibilità. Si passa da investimenti socialmente responsabili ai c.d. *impact investing* che prevedono obiettivi di impatto sociale o ambientale; da investimenti c.d. *value-based* a schemi di investimento specificatamente basati su criteri ESG.

¹²⁶ Si pensi, oltre alle menzionate criticità, al problema dell'utilizzo di indicatori di sostenibilità nell'ambito dei cc.dd. *environmental claims*. Il problema qui si ricollega anche al più ampio tema del c.d. *greenwashing*. Come già si è osservato, «[...] lo stesso termine 'sostenibile', se non viene ancorato a standard misurabili e condivisi dalla comunità internazionale, rischia di essere un mero luogo comune con una forza attrattiva per i consumatori, ingannevole in quanto non rispondente alle loro aspettative di migliorare in concreto l'ambiente e la sua vivibilità» (cfr. S. LANDINI, *op. cit.*, spec. 631).



to definitiva positivizzazione nell'ordinamento europeo e nazionale. Meno consolidato, invece, è il ruolo della sostenibilità nelle scelte dei singoli. La tendenza contrattuale qui osservata, però, rafforza l'idea di una sostenibilità come fattore che orienta l'agire dei privati e modella i regolamenti contrattuali ¹²⁷.

7. – Il percorso argomentativo qui tracciato aspira ad inserirsi – senza alcuna ambizione di completezza o definitività – nel ben più ampio ed articolato problema della sostenibilità nel campo del diritto privato.

In considerazione di quanto sopra esposto, si possono, quindi, trarre alcune riflessioni conclusive all'esito dello studio.

Il paradigma della sostenibilità si muove su due piani confinanti. Esso, infatti, interviene sia sul piano delle fonti sia su quello dei rapporti.

Sul piano delle fonti, specialmente in ambito europeo, l'ampliarsi della disciplina a tutela delle esigenze di sostenibilità (concetto inteso oramai nella sua massima estensione) esplicita una chiara *ratio* del legislatore europeo e positivizza, nella gerarchia delle fonti, nuovi interessi di carattere generale, transgenerazionale e globale ¹²⁸.

Sul piano dei rapporti privatistici, come si è provato a dimostrare, la sostenibilità si manifesta attraverso l'inserimento di apposite clausole nello scheletro del regolamento contrattuale o all'interno degli atti statuari. Tenendo da parte i profili di liceità del limite espresso dal principio di sviluppo sostenibile nell'ambito dell'agire dei privati (imprese, su tutti), la contrattualizzazione dei profili positivi del paradigma della sostenibilità ¹²⁹ accentua l'esigenza negoziale di comprendere i suddetti interessi generali nelle trame della regolazione di interessi, di regola, personalistici. Esigenza, talvolta obbligata, talora volontariamente scelta.

Ed è proprio quest'ultima ipotesi, quella dell'introduzione volontaria di clausole di sostenibilità nei regolamenti contrattuali, ad indicare un netto cambio di rotta. L'opzione a favore di contratti conformi agli obiettivi di sostenibilità produce, difatti, notevoli esternalità positive a favore del benessere dell'intera collettività ¹³⁰.

La *ratio* generale di sostenibilità indicata dal legislatore europeo (piano delle fonti) viene applicata prospetticamente dagli stessi operatori nella predisposizione dei regolamenti contrattuali che animano l'andamento del mercato di oggi (piano dei rapporti).

Le clausole di sostenibilità esprimono appieno la capacità dell'autonomia privata di intercettare le dinamiche del mercato e di sopperire ad una struttura giuridica non ancora così salda.

¹²⁷ Per una valutazione del principio di sviluppo sostenibile come principio ordinatore del sistema, si rimanda a A. BUONFRATE, *Principi del nuovo diritto dello sviluppo sostenibile: la complessità assiologica del sistema di tutela ambientale conformato agli obiettivi di Agenda 2030 e del Green Deal europeo*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, *passim*.

¹²⁸ Ciò si inserisce perfettamente in quell'indirizzo di politica legislativa sul piano europeo in cui «la legge si fa anch'essa fluida» e si arricchisce di «premesse storico-politiche e motivazioni sociologiche e indicazione di scopi» (cfr. N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, spec. 68).

¹²⁹ Cfr. N. LIPARI, *Ancora su persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 430. L'Autore ritiene che sia limitante ragionare intorno all'interesse ambientale quale limite (negativo) ma sia necessario considerarlo come «fondamento positivo di un intero sistema di rapporti». In altro suo scritto, l'A. ribadisce che «l'interesse ambientale diventa un limite interno allo sviluppo economico e quindi all'attività di impresa e all'autonomia negoziale» (cfr. N. LIPARI, *Spunti per un diritto civile dell'ambiente*, cit., spec. 225).

¹³⁰ Riguardo al rapporto tra etica e diritto dell'imprenditore, con osservazioni applicabili anche al contesto del mercato sostenibile, V. BUONOCORE, *Diritto ed etica dell'imprenditore. L'uomo economico europeo*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, cit., spec. 111 ss.



Esse esplicitano, inoltre, due aspetti critici centrali nella costruzione di un ordine economico e giuridico sostenibile.

Il primo attiene all'esigenza di compiere un adeguato bilanciamento tra il paradigma costituzionale della sostenibilità e gli altri interessi e principi contrapposti. La contrapposizione tra principi astratti è affare della politica. Il bilanciamento tra principi positivizzati è, invece, questione del diritto. In quest'ultimo caso, il criterio di equilibrio, se ricercato al di fuori del sistema, si trasforma in regola di ragionevolezza e diviene, di nuovo, una scelta di politica (del diritto). Se esso, invece, viene trovato all'interno del sistema (si pensi al principio espresso dall'art. 3-*quater* cod. amb.) diviene regola di razionalizzazione dei principi applicabili.

Dunque, l'opzione di temperamento va estrapolata dalle norme che compongono l'ordinamento, interno ed europeo. Una opzione che predilige la razionalità del sistema e pone, al centro di un rinnovato orizzonte costituzionale, la persona, con i suoi diritti patrimoniali e sociali.

Il secondo aspetto, invece, riguarda il bisogno di predisporre criteri negoziali di valutazione dei *target* di sostenibilità contenuti nelle clausole. Il ricorso a pratiche di indicizzazione contrattuale e la contrattualizzazione degli *standard* ESG segnano un primo, quanto marcato, passo in avanti.

L'indifferenza generale alle istanze impellenti della nostra società sembra, difatti, lasciare spazio al tempo dell'agire positivo. O, almeno, è quanto si spera¹³¹. Il sostegno del diritto privato risulta indispensabile in questo delicato processo di transizione.

Sono queste verità, come si diceva in apertura, su cui non si può più tacere. Riprendendo le parole di Brecht, un giorno, chissà se la storia definirà l'attuale società come sciocca per aver ignorato questa impellente verità o come malfattrice per aver coltivato una evidente bugia.

Nell'attesa del conto finale, meglio iniziare ad imbandire la tavola.

¹³¹ Per una nozione di sostenibilità come istanza generale, transgenerazionale e solidaristica si rimanda con spunti e prospettive differenti, a G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Il Mulino, Bologna, 2022; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2018; A. D'ALOIA, *op. cit.*, 331 ss.; P. LOMBARDI, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *federalismi.it*, 1, 2023, 94 ss.; L.A. STOUT, *Cultivating Conscience. How Good Laws Make Good People*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2015, *passim*; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014; F. FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Dir. econ.*, 3-4, 2009, spec. 493 ss. Sul tradizionale contrasto tra logica di mercato e spinte solidaristiche, v. G. RESTA, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e irrazionali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 25 ss., spec. 57 ss.



FABIO MASSIMO SCARAMUZZINO

Dottore di ricerca in Diritto privato – Università degli Studi di Verona; Universität Regensburg

VALORE CONCLUDENTE DI EMOTICON ED EMOJI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dall'emoticon all'emoji. – 3. Giurisprudenza e interrogativi. – 4. Idoneità semantica: luoghi e tempi. – 5. Momento soggettivo.

1. – Il significato di un pollice, verso o all'insù, è incerto dai tempi dell'anfiteatro Flavio¹; e lo è altrettanto in quelli della comunicazione digitale, che di un pollice stilizzato può servirsi avvalendosi di una *emoji*: può pertanto accadere, e come pure segnalato² è accaduto, che ad un giudice sia chiesto di accertare se l'*emoji* 👍 valga accettazione di una proposta di contratto oppure no; e anche potrebbe chiedersi se quella contraria, del 👎, sia un suo rifiuto. Domande che non sembrano di poco momento, e che offrono il destro per tentare di segnalare a quali condizioni sia possibile attribuire a nuovi segni simbolici come una *emoji*, o più in generale ad una *emoticon*, un valore concludente. Di questo tentativo si darà conto a seguire.

* Una versione ridotta di questo saggio è destinata alla pubblicazione negli scritti in onore di Alessio Zaccaria.

¹ In un olio su tela del 1872 ('Pollice verso', oggi esposto in Arizona al *Phoenix Art Museum*, Stati Uniti d'America) l'artista francese Jean-Léon Gérôme dipinse delle vestali in un'arena nell'atto di chiedere, ad un mirmillone, la morte di un reziario appena sconfitto: ciascuna di loro lo chiede mostrando il proprio pugno col pollice rivolto verso il basso. Nonostante tale gesto, così come la stessa locuzione 'pollice verso', manifesti ancora, e in diversi contesti, condanna, riprovazione o rifiuto, sembrerebbe tuttavia che per gli antichi Romani il pubblico dei giochi gladiatorii potesse accogliere la richiesta di risparmiare la vita al combattente, atterrito e ferito, ponendo il pollice nel pugno chiuso (rappresentando così, visivamente, il gladio riposto nel fodero); e che, viceversa, il pollice rivolto verso l'alto o disposto orizzontalmente servisse a decretarne la morte (rappresentando invece, sempre visivamente, una lama sguainata). In polemica con quanto dipinto nel 1872 anche tale ultima e contrapposta interpretazione veniva segnalata in un *pamphlet* pubblicato qualche anno dopo a Parigi, e significativamente intitolato "Pollice verso", *To the Lovers of Truth in Classic Art, This is Most Respectfully Addressed – Paris, April 10 1879* (contenente anche la *Gérôme's Answer – Paris, 8 déc. 1878*): a conferma, documentale, che l'incertezza sul significato di tale gesto sia risalente, e lungi dal potersi considerare risolta.

² A.M. BENEDETTI, *L'emoji (👍) vale accettazione?*, in *Pactum*, 3, 2023, 299-301, con riferimento alla decisione assunta l'8 giugno 2023 dalla *Court of King's Bench* della provincia canadese del Saskatchewan (2023 SKKB 116), consultabile in rete: www.canlii.org (v., *infra*, § III.1); al di là delle Alpi il caso ha suscitato più clamore: tra i tanti, cfr. K.P. SOH, *Emojis and Contract Formation, South West Terminal Ltd v Achter Land & Cattle Ltd [2023] SKKB 116*, in *Singapore Academy of Law Journal*, 36, 2024, 195-205; nonché M. ILG, *Thumbs Up, Bruh – Informality and the New Art of Contract Formation (17 July 2023)*, e J. GIRGIS, *New Technology and Contract Formation: The Continuing Evolution of the Common Law (6 June 2024)*, entrambi consultabili in rete in *ABlawg: The University of Calgary Faculty of Law Blog*.



2. – Con *emoticon*, aplografia dei termini inglesi *emotional* e *icon*, si indica una sequenza di segni di interpunzione, ed eventualmente anche di lettere dell’alfabeto, numeri o altri simboli e caratteri speciali di una tastiera³, volta a significare (per lo più) uno stato d’animo mediante la rappresentazione grafica (per lo più) di un’espressione facciale⁴, leggibile di traverso rispetto al verso della scrittura⁵. Se ne fa uso essenzialmente per disambiguare l’assenza di tono in comunicazioni che non possono esserne provviste: tra queste, quella mediata dei messaggi scritti digitalmente con un *computer*⁶ o un telefono cellulare. E ciò all’evidente fine, non sempre perseguito, di evitare fraintendimenti o liti. L’*emoticon* è pertanto un metasegno, da intendersi come segno simbolico volto a dare informazioni sullo stesso processo comunicativo in corso, supplendo ai tratti paralinguistici (elementi non verbali come, appunto, il tono della voce) e a quelli cinesici (i gesti) assenti nella scrittura analogica o digitale⁷.

³ Corrispondenti, per brevità, a quelli censiti sin dal 1963 nella c.d. tabella ASCII, acronimo di *American Standard Code for Information Interchange*: quel codice convenzionale usato in informatica per la codifica, binaria e univoca, dei caratteri di testo.

⁴ Non deve sfuggire che l’immediatezza e le limitazioni quantitative del numero di caratteri imposte dai moderni mezzi di comunicazione digitale (messaggistica, istantanea e no, dei telefoni cellulari ovvero a servizio di *social network* o di *forum* di discussione in rete, etc.) hanno causato una rapida diffusione delle *emoticon*, e un conseguente, sensibile incremento della loro varietà. L’esigenza di supplire ai linguaggi cinesico ed emozionale, tipici della comunicazione verbale, ha aggiunto pertanto alle due sequenze di base, quelle del sorriso :-) e della tristezza :-(, non soltanto una lunga serie di ulteriori espressioni facciali, ma anche di più sofisticate raffigurazioni, non necessariamente significanti una emozione [A. GRANELLI, voce *emoticon*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, Treccani, Roma, 2008, consultabile anche in rete: www.treccani.it]. E così, per rendere l’idea, l’*emoticon* :-Q (sequenza di segni di interpunzione e di una lettera maiuscola) può rappresentare il volto di un uomo che fuma; l’*emoticon* 0:-) (sequenza di un numero e di altri segni di interpunzione) quello di un angelo; e l’*emoticon* @>- (sequenza di un carattere speciale e di altri segni di interpunzione) una rosa (G. MARINO, :-) *come emoticon*, in *Doppiozero*, 9 febbraio 2015, www.doppiozero.com): da reputarsi poco accurate, pertanto, tutte quelle definizioni di *emoticon* che la limitano a sequenza di soli segni di interpunzione (*Vocabolario on line Treccani*, www.treccani.it) ovvero di soli segni di interpunzione e lettere dell’alfabeto anziché, più ampiamente, di segni paragrafematici, trascurando che invece ne esistono anche di contenenti numeri o altri simboli e caratteri speciali presenti nei *font* di un qualsivoglia programma di scrittura elettronica [si avvedono di ciò, oltretutto, il vocabolario tedesco *Duden*, secondo cui l’*emoticon* è «*Kombination verschiedener auf einer Computertastatur vorhandener Zeichen, mit der z.B. in einer E-Mail eine Gefühlsäußerung wiedergeben werden kann (z.B. Smiley)*», www.duden.de; e quello statunitense *Merriam-Webster*, che contiene anche un esempio e secondo cui è «*a group of keyboard characters (such as :-)* that typically represents a facial expressions or suggests an attitude or emotion and that is used especially in computerized communications (such as e-mail)», www.merriam-webster.com]. La dottrina più attenta dimostra questa consapevolezza: cfr., e non soltanto per i rilievi terminologici, il lavoro monografico di M. PENDL, *Emojis im (Privat-)Recht*, Tübingen, 2022, 7 (recensito da V. ANTONINI, in *Banca borsa e titoli di credito*, 5, 2022, 782-783).

⁵ L’allineamento verticale dell’*emoticon* costringe l’utente meno esperto a chinare il capo per leggerla, e ciò la distingue dalla *kaomoji*, che ne è la versione nipponica: parola composta dai *kanji* 顔 (‘kao’, per viso) e 文字 (‘moji’, per lettera), è allineata orizzontalmente ed è caratterizzata da maggiore versatilità, perché composta non soltanto dai caratteri contenuti nella tabella ASCII, ma anche da quelli, propri, della scrittura giapponese [e, così, accade che gli stati d’animo della felicità e della tristezza siano resi, ad esempio e rispettivamente, dalle più articolate sequenze (∩_∩) e (∩_∩)].

⁶ Il primo utilizzo documentato di una *emoticon* nella comunicazione digitale è fatto risalire a un *post* delle 11:44 del 19 settembre 1982 nella bacheca elettronica della *Canergie Mellon University* di Pittsburgh (consultabile all’indirizzo www.cs.cmu.edu): era a firma del trentaquattrenne Scott E. Fahlman, oggi professore emerito di informatica in quella università e allora dottore di ricerca in intelligenza artificiale al *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) di Boston, che proponeva ai partecipanti alla discussione in rete l’utilizzo delle sequenze di segni di interpunzione :-) e :-(per contrassegnare, rispettivamente, i commenti seri e quelli scherzosi, in modo da distinguerli agilmente e consentirne, anche ai lettori, una esatta comprensione. La proposta non si discosta assai, graficamente, dalle quattro espressioni del volto stilizzate con i segni tipografici e pubblicate nel 1881, col titolo di *Typographical Art*, sulla rivista satirica statunitense *Puck* (n. 212, 30 marzo 1881, 65: upload.wikimedia.org); e richiama con facilità anche lo *smiley* giallo disegnato, nel 1963, dal pubblicitario americano Harvey R. Ball o il ‘Punto e virgola dall’Eneide di Virgilio (Canto VIII)’ realizzato, nel 1974, da Emilio Isgrò: tutti possibili esempi di *proto-emoticon*.

⁷ Così, con efficace sintesi, G. MARINO, :-) *come emoticon*, cit., 5, secondo cui l’*emoticon*, al pari dei carmi figurati o dei calligrammi di Guillaume Apollinaire, avrebbe anche natura di *intermedium*, ovvero di mezzo di comunicazione che ne simula un altro: la scrittura imiterebbe il disegno, e in questo senso l’*emoticon* sarebbe uno pseudopittogramma.



L'*emoji* è invece traslitterazione di un termine giapponese, composto dai *kanji* 絵 ('e', per immagine) e 文字 ('moji', per lettera), traducibile letteralmente⁸ con 'pittogramma' e con cui si indica quel simbolo raffigurante (non esclusivamente) un'espressione del volto, (ma anche) una persona o una parte del suo corpo, un animale o una cosa per manifestare emozioni o esprimere concetti⁹; ciascuno di essi è ormai codificato¹⁰ in modo specifico e standardizzato. Si tratta, a tutti gli effetti, dell'evoluzione semiotica e commerciale¹¹ dell'*emoticon*: come questa, anche l'*emoji* può supplire all'assenza

⁸ La traduzione letterale rischia, tuttavia, di non essere accurata: il pittogramma, contrapposto all'ideogramma che evoca un concetto, raffigura a rigore una cosa; con l'*emoji*, che può prendere il posto di una qualsiasi parola, astratta o concreta (e in questo senso è, dunque, un logogramma), può farsi l'uno e l'altro.

⁹ Il *Vocabolario (Neologismi 2016)* della Treccani definisce l'*emoji* come quella «[p]iccola icona a colori usata nella comunicazione elettronica per esprimere un concetto o un'emozione» (www.treccani.it), mentre l'*Enciclopedia on line* della stessa casa editrice come quel «[t]ermine giapponese (lett. "pittogramma") con cui si designa una serie di simboli raffiguranti oggetti, animali e faccine in grado di rappresentare concetti ed emozioni», precisando che sono stati «introdotti dall'operatore nipponico NTT DoCoMo nel 1999» (rectius, dall'operatore telefonico giapponese SoftBank (già J-Phone) nel 1997: blog.emojipedia.org), «inseriti nel sistema di codifica Unicode» e, «nel 2011 [...] incorporati dalle Apple nel sistema operativo iOS e successivamente in altri sistemi operativi mobili, tra cui Android» (www.treccani.it). In senso pressoché analogo anche le definizioni rese in vocabolari non italiani: concisa quella inglese dell'*Oxford English Dictionary*, secondo cui l'*emoji* (Word of the year 2015: languages.oup.com) è «[a] small digital image or icon used to express an idea, emotion, etc., in electronic communications» (www.oed.com); più dettagliata quella statunitense del *Merriam Webster*, secondo cui è «any of various small images, symbols, or icons used in text fields in electronic communication (as in text messages, e-mail, and social media) to express the emotional attitude of the writer, convey information succinctly, communicate a message playfully without using words, etc.» (www.merriam-webster.com); essenziale quella tedesca del *Duden*, secondo cui è «aus Japan stammendes, einem Emoticon ähnliches Piktogramm, das auf Gefühlslagen, Gegenstände, Orte, Tiere, Essen o. Ä. verweist (in elektronischen Nachrichten)» (www.duden.de).

¹⁰ A partire dal 2010 le *emoji* sono state anche inserite in *Unicode*, il sistema di codifica internazionale gestito dall'*Unicode Consortium* che assegna un codice alfanumerico univoco ad ogni carattere usato per la composizione di testi (indipendentemente dalla lingua, dal mezzo informatico e dal programma di scrittura adoperati): per dettagli tecnici si rinvia all'*Unicode Technical Standard #51, Unicode Emoji*, a cura di M. Davis e N. Holbrook (aggiornato, da ultimo, al 15 agosto 2024: unicode.org), secondo cui «Emoji are pictographs (pictorial symbols) that are typically presented in a colorful cartoon form and used inline in text. They represent things such as faces, weather, vehicles and buildings, food and drink, animals and plants, or icons that represent emotions, feelings, or activities». Va da sé che l'assegnazione di un codice alfanumerico univoco ad ogni *emoji*, seppur sufficiente a consentire l'utilizzo, anche su piattaforme diverse, di una specifica *emoji* senza correre il rischio di utilizzarne una diversa, non vuol anche dire che a tale *emoji* sia stato attribuito un formato grafico e un significato univoco. L'*Unicode Consortium* si limita a descrivere ogni *emoji* codificata attribuendovi un *CLDR (Common Locale Data Repository) Short Name*, vale a dire un breve nome volto a distinguerle tra loro: più che di una codifica semiotica, pertanto, si tratta di una codifica (poco più che) informatica, che palesa l'esigenza, avvertita anche rispetto alle *emoticon*, di valutarne la conclusione (sulla contrapposizione, a fini interpretativi, tra semplice conclusione e codifica linguistica, v. più di recente M. ORLANDI, *Del significare. Saggi sulla interpretazione giuridica*, Torino, 2020, 16 ss., che nel legare la prima soltanto al «fatto concludente», e la seconda alla «dichiarazione», si spinge a considerare «ossimoro, ossia una contraddizione in termini», quel «testo senza significato letterale (o espresso)», 20. Il che sembrerebbe portare ad escludere che possa esservene uno in tutti i casi di scrittura asemica o di altra che non si avvalga, *esclusivamente*, di morfemi: non sarebbe pertanto testo quello contenuto nel *Codex Serraphinianus* o in un codice vinciano; ma non lo sarebbe nemmeno quello di un messaggio istantaneo che, oltre a parole, contenga anche *emoji* o *emoticons*: che la compresenza di morfemi e segni privi di una codificazione linguistica in un testo sia tuttavia sufficiente ad escluderne l'esistenza, pare quantomeno dubbio, a meno che non si creda che contesto possa esservi soltanto al di fuori del testo, nei fatti e nei comportamenti, e non anche al suo interno: cfr., *infra*, nota 38).

¹¹ Le *emoticon* primordiali erano realizzate con la combinazione dei (soli) 96 caratteri della tabella (*standard*) ASCII; le *emoji* codificate sono invece già diverse migliaia e risultano essere utilizzate dal 92% degli utenti che si avvalgono della comunicazione digitale (home.unicode.org): cfr. anche, *infra*, nota 14; è peraltro del 10 giugno 2024 l'annuncio dell'imminente diffusione delle *genmoji* che, diversamente dalle *emoji*, non saranno riconducibili ad alcuna codifica alfanumerica, ma saranno generate *ex novo* da una intelligenza artificiale (la *Apple Intelligence*), volta per volta e istantaneamente, dietro mera indicazione descrittiva da parte dell'utente (www.apple.com): in un modo, quindi, che non ne renderà utile (o addirittura possibile) il previo censimento.



di tono della comunicazione non verbale; ma, ancor più di essa, contribuisce all'interpretazione del significato complessivo dello scritto che se ne serve¹², svolgendo una funzione sempre più narrativa¹³, pure sostituendosi alle parole¹⁴.

Anche le brevi note (etimologiche) che precedono consentono di supporre che, nella prassi, il valore concludente di una *emoticon* o di una *emoji* sia più che potenziale e, semmai, insito. Ciò che, in ragione del loro uso corrente, pressoché epidemico, nella comunicazione digitale, impone anche di avvedersi, caso per caso, del relativo significato: non necessariamente univoco, né per chi ha fatto uso di tali simboli né per chi ne è stato il destinatario¹⁵.

Di qui la necessità di orientare l'interprete verso criteri certi, vagliando l'attualità di quelli codicistici: l'analisi di alcuni casi giurisprudenziali, o esemplificativi, è d'aiuto a meglio isolare alcuni interrogativi.

3. – In premessa s'è fatto cenno ad un caso: si tratta di un giudizio sommario civile di primo grado, svolto in Canada e promosso nel 2022 da un compratore di sementi contro un suo abituale fornitore. I due hanno negoziato telefonicamente, a voce e per iscritto, un contratto di acquisto con consegna differita (*deferred delivery purchase contract*). Nel dettaglio, dopo averne discusso il contenuto a voce, il compratore ha trasmesso al numero di utenza mobile del fornitore la fotografia del testo di contratto, da lui predisposto e sottoscritto in via analogica, facendola seguire dal messaggio testuale «*Please confirm flax contract*» («*Si prega di confermare il contratto per [la fornitura di semi di] lino*»). Il fornitore ha risposto al compratore con altro messaggio, privo di parole e contenente la sola *emoji* del pollice all'insù. Ma le sementi non sono mai state consegnate¹⁶.

¹²M. ZAPPAVIGNA, *Discourse of Twitter and Social Media*, London-New York, 2012, 71-82; cfr. anche V. EVANS, *The Emoji Code: the linguistics behind smiley faces and scaredy cats*, Londra, 2017, 125-136, secondo cui le *emoji* svolgerebbero nella comunicazione digitale funzioni simili all'intonazione, ai gesti, alle espressioni facciali e ad altri elementi del linguaggio del corpo tipici della comunicazione verbale: in particolare, sarebbero in grado di (i) sostituire il testo, (ii) chiarire e rafforzare i messaggi che le contengono, (iii) evidenziarne l'ironia o il sarcasmo, (iv) completandone il senso, (v) affievolendolo o enfaticandolo, e (vi) moderare la conversazione (al pari della punteggiatura).

¹³Non deve pertanto sorprendere che, già prima dell'era digitale, furono proprio alcuni scrittori ad ipotizzare (come Ambrose Bierce e Vladimir Nabokov) o tradurre in testo (come Anton P. Čechov col suo racconto breve *Il punto esclamativo – Racconto di Natale* del 1884, più di recente ristampato anche in *Il punto esclamativo e altri incubi ortografici*, Bologna, 2023, 7-16: lo ricorda, da ultimo, Fr.sca BENATTI, *Emoticons ed emoji: riflessioni dall'esperienza di common law*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, II, 2022, 723) un uso emozionale della punteggiatura.

¹⁴Se ciò accade già con le *emoticon*, in grado di raffigurare oggetti oltre a stati d'animo (cfr., *supra*, nota 4), è senz'altro più frequente con le *emoji*, più numerose e versatili: la versione più aggiornata di *Unicode* (al momento in cui si scrive, la n. 16.0 del 15 agosto 2024) ne annovera 3790 (unicode.org), suddivise nelle categorie *Smileys & Emotion, People & Body, Component, Animals & Nature, Food & Drink, Travel & Places, Activities, Objects, Symbols e Flags* (unicode.org).

¹⁵Constatazione tanto più vera se si tien conto che lo stesso *Unicode Technical Standard #51*, cit., nella sua introduzione e con riferimento più specifico alle *emoji*, rileva che «[t]hey also add useful ambiguity to messages, allowing the writer to convey many different possible concepts at the same time».

¹⁶Cfr. 2023 SKKB 116, cit., in particolare l'*Agreed Statement of Facts* alle pp. 8 e 9: «*The following facts are agreed to for the purposed [sic] of addressing South West Terminal Ltd.'s application for summary judgment:*

1. *South West Terminal Ltd. ("SWT") is a grain and crop inputs company incorporated under The Business Corporations Act, RSS 1978, C B10 (the "BCA") with their registered office in Gull Lake, Saskatchewan.*

2. *Achter Land & Cattle Ltd. ("Achter") is a corporation incorporated under the BCA with their registered office in Swift Current Saskatchewan. Achter is a farming corporation owned and operated by Chris Achter. Chris Achter is a proper representative of Achter. Chris Achter's father is Bob Achter. Chris Achter's cell phone number is 306-264-7664.*

3. *Kent Mickleborough is a Farm Marketing Representative with SWT, primarily acting as a grain buyer for SWT.*

4. *SWT has purchased grain from Achter through various deferred grain contracts since approximately 2012.*



Al giudice viene assegnato il compito di chiarire, per quanto qui di rilievo, (i) se (il disegno digitale di) un pollice all'insù¹⁷ abbia significato univoco o possa averlo assunto a seconda delle circo-

5. On March 26, 2021 at 1:01PM, Mr. Mickleborough texted the following text message to producers including Bob Achter and Chris Achter:

All Divisions -- Kent Mickleborough -- Flax Prices: Flax 1Can(max 6% dockage) \$22.50/bu Apr. \$17.00 Oct/Nov/Dec del

6. Following Mr. Mickleborough sending this text message, he received a call from Bob Achter. After speaking with Bob Achter, Mr. Mickleborough called Chris Achter. Following the phone call with Chris Achter, Mr. Mickleborough had a contract drafted for Achter to sell SWT 86 metric tonnes of flax to SWT at a price of \$17.00 per bushel (which amounts to \$669.26 per tonne) with a delivery period listed as "Nov". Mr. Mickleborough applied his ink signature to the contract, then took a photo of the contract using his cell phone. Mr. Mickleborough then texted the photo of the contract to Chris Achter at 306-264-7664, along with the text message: "Please confirm flax contract". Chris Achter texted back from 306-264-7664 a "thumbs-up" emoji.

7. Achter did not deliver 87 metric tonnes of flax to SWT in November 2021.

8. The spot price that flax was trading at on November 30, 2021 was \$41.00 per bushel (which amounts to \$1,614.09 per tonne)».

¹⁷ Il pollice all'insù è in principio gesto; l'emoji del caso di specie ne è la rappresentazione grafica: semioticamente si tratta di un segnale nel primo caso; di un simbolo nel secondo: cfr., tra i tanti, C. MORRIS, *Segni, linguaggio e comportamento*, Milano, 1963, 19, 26 e 32 ss. (e, dello stesso autore, *Lineamenti di una teoria dei segni*, Torino, 1955), secondo cui per simbolo deve intendersi quel segno che è producibile dal suo interprete, e che agisce come sostituto di altri segni di cui è sinonimo; per segnale, invece, quel segno che non è simbolo e che non è quindi producibile dal suo interprete, non sostituendo qualche altro segno di cui è sinonimo (cfr. anche R.M. YERKES, *Chimpanzees, a Laboratory colony*, New Haven, 1943, richiamato anche da MORRIS, *Segni, linguaggio e comportamento*, cit., 32, secondo cui il segnale sarebbe un atto di esperienza che implica e richiede, a sua giustificazione, un successivo e ulteriore atto di esperienza; a differenza del simbolo, che è un atto di esperienza che rappresenta, e può sostituire, qualsiasi cosa rappresentata. Con la conseguenza che il segnale, presto o tardi, è destinato a perdere il suo significato, sciolto dal suo contesto; non così, invece, per il simbolo: e ciò perché il segnale non sarebbe un sostituto dell'atto di esperienza originale, mentre il simbolo può esserlo).

In estrema sintesi potrebbe pertanto definirsi il simbolo come quel segno autonomo e dal più elevato grado di inattendibilità (in quanto sostituto); ed il segnale come quel segno non-simbolo, equivoco e dal più elevato grado di attendibilità (in quanto atto di esperienza originale). La vecchia distinzione tra ciò che si manifesta *rebus ipsis ac factis*, ossia secondo connessioni empiriche reali, e ciò che si manifesta *verbis vel scriptis*, ossia con mezzi puramente ideali e simbolici, bene riassumerebbe queste differenze (seppur con una certa approssimazione: non tutti i fatti e le cose sono segnali, così come non tutte le parole sono simboli). E non casualmente è stata infatti adoperata da chi, con mirabile sintesi, ha reputato «[g]rosso modo [essere] un segno [...] segnale o simbolo, a seconda che lasci[asse] inferire la realtà [da esso stesso direttamente, in quanto atto di esperienza originale,] o si limit[asse] ad evocare [per sostituzione] la struttura ideale del fenomeno significato» (A. FALZEA, *sub Apparenza*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997, 821-822; v. anche, dello stesso a., *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1996, 22). Pare superfluo sottolineare come il criterio discretivo adottato prescinda dalla composizione morfologica del fatto significativo, in quanto questa non ha alcuna incidenza sul modo di atteggiarsi del rapporto di significazione: qualunque atteggiamento del corpo umano, e persino un atteggiamento silenzioso (cfr. F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, 257, «[...] non senza qualche preoccupazione, deve rilevarsi come spesso la problematica del silenzio venga scambiata, identificata con quella del contegno commissivo non dichiarativo. Solo così è possibile spiegare come parte della dottrina italiana [...] dimostri difficoltà [...] nel distinguere tra silenzio, quale contegno meramente omissivo, e, in particolare, l'inizio di esecuzione di cui all'art. 1327, 1° co. c.c.»), in quanto abbia attitudine alla rappresentazione simbolica, per convenzione anche ristretta ad un'esigua famiglia di interpreti, può costituire contegno dichiarativo. Viceversa, anche quel che può solitamente apparire fatto di significazione simbolica può assumere invece valore di contegno non dichiarativo, quando lasci inferire in adatta cornice di circostanze la realtà di un diverso significato: abbia cioè, valutato alla stregua di connessioni empiriche reali, una separata attitudine alla significazione per segnale. È il modo del rapporto di significazione ad esser dotato di qualità selettiva, non già la componente materiale del fatto espressivo. Come con acutezza osserva G. GIAMPICCOLO (*Note sul comportamento concludente*, in *Studi in memoria di G.B. Funaioli*, Milano, 1961, 101-124; anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 778-802), seppure con adesione a terminologia differente («manifestazione diretta» o «indiretta», 105-107), un lume alla finestra o un fiore all'occhiello possono anche essere considerati contegni dichiarativi, e quindi simboli (perché non necessariamente consistono nella parola, ma anche in segni mimici o convenzionali), sin quando per un accordo intervenuto con altri soggetti, siano comportamenti che nel caso concreto hanno un certo valore simbolico, costituendo un modo di linguaggio convenzio-



stanze. Interrogativo, questo, sotteso all' idoneità semantica dell' *emoji* 👍 a concludere un contratto (par. IV); e del tutto analogo a quello che, già nel 2017, è stato posto nell' aula di un tribunale israeliano, rispetto ad altre *emoji* ed *emoticon* a proposito della conclusione di un contratto di locazione ad uso abitativo¹⁸.

Al di là del valore dichiarativo attribuibile all' *emoji* del pollice all' insù nella vicenda appena illustrata, il rinvio ad altri casi è senz' altro utile per agevolare la formulazione di un ulteriore interrogativo: (ii) quello relativo alla possibile rilevanza del momento soggettivo dei contraenti che, nelle loro trattative, abbiano fatto uso di *emoji* che, per svariate ragioni tecniche¹⁹, sono da loro diversamente

nale. Del pari, un discorso può ben rilevare come contegno non dichiarativo in quanto quella condotta non più rappresenti, bensì soltanto indichi, e quindi segnali, quello stato interiore, così divenendo un semplice comportamento concludente.

¹⁸ Ci si riferisce al caso *Dahan v. Schacharoff* (*Small Claims Court* di Herzliya, caso n. 30823-08-16, sentenza del 24 febbraio 2017, consultabile, in rete e in ebraico, nel *Nevo Legal Database*; e, con traduzione automatica in inglese, nella banca dati *Digital Commons* della *Santa Clara University's School of Law*): nel dettaglio, la controversia era sorta tra il proprietario di un' abitazione sita nella cittadina israeliana di Herzliya, che aveva pubblicato una inserzione in un portale di annunci immobiliari per offrirla in locazione; e una coppia di coniugi, che a tale inserzione aveva risposto chiedendo di visitare l' immobile. Dopo una prima visita, uno dei due coniugi aveva trasmesso al numero di utenza mobile del potenziale locatore il seguente messaggio: «Buongiorno 😊 [emoji dello smiley] Vogliamo la casa 🏠👫👉👈🍷🍾 [emoji di una donna danzante, di una coppia danzante, delle due dita in segno di vittoria, di una stella cometa, di uno scoiattolo e di una bottiglia di champagne]. Dobbiamo soltanto definire i dettagli... Quando avrebbe del tempo?» (messaggio del 5 giugno 2016). Il proprietario aveva quindi rimosso l' annuncio dal portale ed erano seguite ulteriori visite dell' immobile, alcune richieste da parte dei coniugi su delle riparazioni in sospeso (accolte) e la trasmissione da parte del proprietario di una bozza di contratto (per commenti). A quest' ultima si era dato riscontro indicando una possibile data per la sottoscrizione del contratto e chiudendo il messaggio con la *emoticon* del sorriso («Martedì traslochiamo. Forse mercoledì? Per allora Nir [uno dei due coniugi] avrà sistemato il contratto :)»). Ma dopo tale indicazione, dei due coniugi si son perse le tracce: hanno cessato di rispondere alle chiamate e ai messaggi del proprietario, che ha ripubblicato la propria inserzione, trovando un altro locatario; e li ha convenuti in giudizio, chiedendo il risarcimento del danno subito per aver legittimamente confidato nella conclusione di un contratto di locazione. Il tribunale, pur non reputando essersi concluso alcun contratto tra le parti in causa, ha condannato la coppia di coniugi al pagamento a favore del proprietario dell' abitazione di una mensilità del canone di locazione, ciò facendo ai sensi del § 12 (b) della *Contracts (General Part) Law* israeliana (5733-1973, 27 L.S.I. 117, 1972-1973) che, in punto di *culpa in contrahendo*, dispone che «una parte che non si comporta secondo gli usi e in buona fede è obbligata al risarcimento del danno cagionato all' altra parte in ragione delle trattative o della conclusione del contratto»: perché nella specie, ad avviso del giudicante, le *emoji* e le *emoticon* contenute nei messaggi scambiati nel corso delle trattative avevano contribuito a fondare, nell' attore, il legittimo affidamento in una seria intenzione, dei convenuti, a concludere un contratto. Più precisamente, la sequenza delle sei *emoji* contenute nel messaggio del 5 giugno 2016 avrebbe rafforzato semanticamente il testo che le conteneva, segnalando l' entusiasmo della coppia dei coniugi per la (futura) conclusione del contratto di locazione. Tuttavia, come correttamente rilevato (E. GOLDMAN, *Emojis and the Law*, in *Wash. L. Rev.*, 93, 3, 2018, 1266-1270), se ciò è verosimile per le *emoji* (singolarmente considerate) della bottiglia di champagne o delle ballerine danzanti, è quanto meno discutibile per quelle della stella cometa e dello scoiattolo, che appaiono fuori contesto nel corso di trattative relative ad una locazione immobiliare, forse sino al punto di metterne in dubbio la serietà. Da non trascurare peraltro (lo si è poc' anzi anticipato), che ciascuna delle *emoji* contenute nella sequenza che le contiene, andrebbe interpretata in relazione alle altre, al pari degli altri simboli contenuti nel messaggio, e insieme a questi: tenendo ad esempio conto del loro ordine di inserimento nel testo, in specie quando ad una, o a più di una di esse possa attribuirsi un significato negativo o sarcastico, in grado di smentire quello recato da quelle che le precedono. Quanto, peraltro, all' *emoticon* del sorriso, contenuta nell' ultimo messaggio trasmesso dalla coppia di coniugi al proprietario dell' abitazione, non può neanche escludersi che con essa, anziché volersi trasmettere la positività di norma portata dall' atto del ridere, volesse invece manifestarsi l' imbarazzo per un riscontro tardivo alla richiesta di appuntamento del proprietario (ancora E. GOLDMAN, *Emojis*, cit., 1269). Cfr. anche M. BERLINER, *When a picture is not worth a thousand words: why emojis should not satisfy the statute of frauds' writing requirement*, in *Cardozo L. Rev.*, 41, 2020, 2162-2164; e, più di recente, M. PENDL, *Emojis im (Privat-)Recht*, cit., 29-31 (spec. note 143-145) e 56.

¹⁹ Come correttamente segnalato da E. GOLDMAN (*Emojis*, cit., 1240-1241), se è senz' altro vero che le «*emojis often raise routine interpretative issues*» (il giurista non ignora di certo il tema dell' interpretazione di segni non verbali e, più in generale, di contegni non dichiarativi), non è men vero che esse possono prospettare «*some unexpected and novel challenges to judicial interpretative processes*»: e ciò perché la comunicazione digitale porta con sé anche inconvenienti. Si sono pertanto



visualizzate (par. V)²⁰. Si pensi, pertanto, (a) al caso in cui due parti hanno convenuto tra loro la compravendita di una bicicletta, ma nel momento in cui l'acquirente deve indicarne all'alienante il colore, per diversità delle piattaforme da loro utilizzate, e dei rispettivi sistemi operativi, l'*emoji* della bicicletta blu utilizzata dal primo sia visualizzata come verde dal secondo; e (b) al caso in cui, invece, due parti che utilizzano la medesima piattaforma hanno convenuto tra loro la compravendita di carne di delfino, ma nel momento in cui l'acquirente deve confermarne all'alienante la specie, gli invia erroneamente l'*emoji* dello squalo, per mancato aggiornamento del sistema operativo molto simile a quella del delfino.

A quanto è dato sapere, nella giurisprudenza italiana non ricorrono, in tema di formazione ed interpretazione del contratto, precedenti significativi che riguardino l'uso, da parte dei contraenti, di *emoticon* od *emoji*. Quanto emerge dalla consultazione dei repertori dimostra semmai una rilevanza civilistica in punto di responsabilità aquiliana dell'uso di *emoji*, o tutt'al più penale del loro abuso: in entrambi i casi quando il dichiarante, servendosi di questi nuovi simboli, offende²¹.

isolate (almeno) due distinte ragioni tecniche che possono portare il soggetto che trasmette una *emoji*, e quello che la riceve, a visualizzarle diversamente: (i) i due soggetti fanno uso di distinte piattaforme (ad es., un telefono cellulare *iPhone* della *Apple* e un telefono cellulare *Galaxy* della *Samsung*, supportati da distinti sistemi operativi, rispettivamente *iOS* per il primo ed *Android/Microsoft* per il secondo); (ii) i due soggetti fanno uso della medesima piattaforma, ma non hanno installato il medesimo aggiornamento del sistema operativo supportato (sempre E. GOLDMAN, *Emojis*, cit., 1254-1262).

²⁰ Cfr. E. GOLDMAN, *Emojis*, cit., 1254-1262; M. PENDL, *Emojis auf dem Weg ins (Privat-)Recht – ein Schlaglicht*, in *NJW*, 2022, 1056.

²¹ Fanno eccezione e, sia pure *incidenter tantum*, pongono rilievi in punto di diritto dei contratti, Cass. pen. 21 dicembre 2022, n. 48581: che, in tema di cessione di stupefacenti, ha considerato raggiunta la relativa intesa criminosa in forza dello scambio di comunicazioni, tra le parti in causa, contenenti una *emoji* del pollice all'insù e quelle corrispondenti, in numero, alla quantità dei sacchi di merce ceduta; Trib. civ. Rovereto 30 novembre 2022, n. 290: che ha confermato la sentenza di primo grado del Giudice di Pace in tema di mutuo, non accogliendo la tesi dell'appellante che escludeva la sussistenza di una ricognizione di debito a suo carico per essersi servito, nelle comunicazioni con la controparte che la comproverebbero, di *emoticon* [*rectius*, di *emoji*] «connotate da ironia»; e Cass. pen. 2 gennaio 2020, n. 3: che, in tema di cessione di stupefacenti, ha individuato in una *emoticon* [*rectius*, in una *emoji* non meglio precisata nel testo della sentenza] il «segnale positivo per lo scambio» illecito (tutte e tre consultabili in rete nella banca dati *One Legale*).

A titolo esemplificativo, si trova peraltro menzione del termine *emoticon* (ancorché erronea, trattandosi propriamente, nei singoli casi di specie, di *emoji*) in Cass. pen. 19 febbraio 2024, n. 7233; Cass. pen. 11 gennaio 2024, n. 1249; Cass. pen. 13 giugno 2023, n. 25539; Cass. pen. 9 maggio 2023, n. 19435; Cass. pen. 19 gennaio 2023, n. 2251; Cass. civ. 1° giugno 2022, n. 17911, in *Quotidiano giuridico*, 2022; Cass. pen. 8 novembre 2021, n. 40039; Cass. pen. 6 luglio 2021, n. 25552; Cass. pen. 10 giugno 2021, n. 23056; Cass. pen. 9 marzo 2021, n. 9361; Cass. pen. 21 gennaio 2021, n. 2542; Cass. pen. 8 novembre 2016, n. 46874; App. pen. Palermo 23 maggio 2024, n. 1431; App. pen. Bari 26 ottobre 2022, n. 3914; App. pen. Ancona 28 marzo 2022, n. 220; App. pen. Trento 10 settembre 2019, n. 250; App. civ. Genova (Sezione lavoro), 26 febbraio 2019, n. 101; App. pen. Trento 9 maggio 2018, n. 132; App. pen. Udine 1° marzo 2018, n. 1; Trib. pen. Rovigo 27 maggio 2024, n. 171; Trib. pen. Rovigo 22 maggio 2024, n. 159; Trib. pen. Pescara 11 aprile 2024, n. 304; Trib. pen. Ascoli Piceno 29 gennaio 2024, n. 985; Trib. pen. Trieste 22 gennaio 2024, n. 38; Trib. civ. Gorizia (Sezione lavoro), 23 novembre 2023, n. 218; Trib. pen. Rovigo 22 agosto 2023, n. 626; Trib. pen. Vicenza 3 luglio 2023, n. 577; Trib. civ. Roma (Sezione lavoro), 30 giugno 2023, n. 6854; Trib. pen. Nola 8 maggio 2023, n. 851; Trib. civ. Napoli (Sezione lavoro), 12 aprile 2023, n. 2444; Trib. pen. Lecce 20 marzo 2023, n. 861; Trib. civ. Roma (Sezione lavoro), 26 gennaio 2023, n. 9041; Trib. pen. Potenza 12 gennaio 2023, n. 1612; Trib. Roma (Sezione lavoro), 6 dicembre 2022, n. 10390; Trib. pen. Vicenza 24 ottobre 2022, n. 1087; Trib. pen. Bari 8 agosto 2022, n. 3646; Trib. pen. Pescara 21 luglio 2022, n. 1319; Trib. pen. Genova 12 luglio 2022, n. 2657; Trib. civ. Milano (Sezione lavoro), 23 febbraio 2022, n. 168; Trib. pen. Cassino 23 luglio 2021, n. 600; Trib. pen. Torino (Sezione dei giudici per le indagini preliminari), 14 luglio 2021, n. 1200; Trib. civ. Trento 8 febbraio 2021, n. 81; Trib. pen. Trieste 25 gennaio 2021, n. 32; Trib. pen. Trieste 9 aprile 2020, n. 292; Trib. civ. Parma (Sezione lavoro), 7 gennaio 2019 (numero mancante) e Trib. civ. Roma (Sezione lavoro), 12 marzo 2018, n. 1859 (tutte consultabili in rete nella banca dati *One Legale*). Cfr. anche Trib. pen. Genova (Sezione dei giudici per le indagini preliminari), 4 maggio 2023, n. 919; Trib. civ. Torino (Sezione lavoro), 27 marzo 2023, n. 622; Trib. pen. Siracusa 30 gennaio 2023, n. 273; Trib. civ. Roma 29 aprile 2022,



Di certo, stando alle norme tecniche che disciplinano la compilazione elettronica degli atti processuali e dei provvedimenti giudiziari, per un giudice italiano non sarebbe nemmeno possibile inserire una *emoji* nel testo di una sentenza. Secondo l'art. 7 del decreto 7 agosto 2023, n. 110 del Ministero della Giustizia, sui criteri di redazione dei provvedimenti del giudice, anche questi, in forza di quanto previsto riguardo agli atti processuali dal precedente art. 6 (che il predetto art. 7 espressamente richiama), devono essere redatti «*mediante caratteri di tipo corrente*». Il carattere è, tuttavia, la mera rappresentazione grafica di una lettera di un alfabeto o di un segno di una scrittura²²: qualcosa di ben diverso, lo si è illustrato poco sopra (par. II), da una *emoji*, e molto meno di questa.

Evidentemente serve ancora maggiore consapevolezza, anche a livello normativo, del nuovo²³.

n. 3658; Trib. civ. Siracusa 3 aprile 2022, n. 5058; Trib. pen. Siracusa (Sezione dei giudici per le indagini preliminari), 6 ottobre 2022, n. 224; Ass. Novara 26 marzo 2021, n. 3202 e Trib. pen. Roma, 24 novembre 2020, n. 9120 (tutte consultabili in rete nella banca dati *ItalggiureWeb*).

Si trova invece (espressa) menzione del termine *emoji* in Trib. pen. Torino (Sezione dei giudici per le indagini preliminari), 30 aprile 2024, n. 763; Trib. civ. Prato (Sezione lavoro), 2 agosto 2023, n. 138; Trib. pen. Trieste 17 aprile 2023, n. 351 (consultabili in rete nella banca dati *One Legale*) e Trib. pen. Chieti 24 novembre 2021, n. 653 (consultabile in rete nella banca dati *ItalggiureWeb*).

Il confronto con la copiosità della giurisprudenza non italiana è disarmante. Basti considerare quella tedesca: con specifico riferimento alle *emojis*, cfr. da ultimo OLG München 11 novembre 2024 (19 U 200/24 e), in *BeckRS*, 2024, 31601 e, annotata, in *Riv. dir. ec. traspr. amb.*, 2025, www.giureta.it; oltre a BGH 31 luglio 2018 (StB 4/18), in *BeckRS*, 2018, 18043; BVerwG 31 marzo 2020 (2 WDB 2.20), in *BeckRS*, 2020, 14521; BPatG 13 settembre 2016 (24 W, pat, 565/16), in *BeckRS*, 2016, 17176; OLG Celle 16 agosto 2019 (2 Ss 55/19), in *BeckRS*, 2019, 21220; OLG Hamm 15 settembre 2020 (29 U 6/20), in *GRUR-RS*, 2020, 25382; KG 30 ottobre 2020 (6a 172 OJs 22/18, 1/20), in *BeckRS*, 2020, 31892; OLG Köln 11 marzo 2021 (15W 12/21), in *GRUR-RS*, 2021, 26606; OLG Frankfurt 11 maggio 2021 (16 W 8/21), in *GRUR-RS*, 2021, 12188; OLG Celle 25 ottobre 2021 (5 StS 1/21), in *BeckRS*, 2021, 32014; LAG Baden-Württemberg 22 giugno 2016 (4 Sa 5/16), in *BeckRS*, 2016, 71236; LAG Sachsen 3 maggio 2017 (2 Sa 615/16), in *WKRS*, 2017, 50015; LAG Sachsen 27 febbraio 2018 (1 Sa 515/17), in *NZA-RR*, 2018, 244; LAG Rheinland-Pfalz 23 marzo 2018 (1 Sa 507/17), in *BeckRS*, 2018, 14646; LAG Rheinland-Pfalz 9 ottobre 2020 (8 Sa 95/20), in *BeckRS*, 2020, 42217; LG Köln 30 gennaio 2017 (101 KLs 13/15), consultabile in rete nella banca dati *juris*; LG Paderborn 5 ottobre 2018 (1 Ks 53/16), in *WKRS*, 2018, 52515; LG Flensburg 5 febbraio 2019 (1 Ks 3/18), in *BeckRS*, 2019, 35982; LG Hannover 2 febbraio 2021 (39 Ks 1952 Js 37961/20, 16/20), in *BeckRS*, 2021, 23795; LG Arnberg 6 febbraio 2020 (4 O 363/18), in *GRUR-RS*, 2020, 43668; LG Aachen 23 giugno 2020 (66 KLs 25/18), in *BeckRS*, 2020, 51284; LG Osnabrück 27 luglio 2020 (18 KLs/217 Js 66991/19, 1/20), in *BeckRS*, 2020, 48860; LG Bielefeld 26 agosto 2020 (01 KLs-916 Js 261/19-20/19), in *BeckRS*, 2020, 39137; LG Frankfurt 20 gennaio 2021 (2-03 O 1/21), in *GRUR-RS*, 2021, 18767; LG Köln 5 febbraio 2021, (28 O 24/21), in *GRUR-RS*, 2021, 27345; LG Kassel 23 marzo 2021 (6020 Js 16845/20, 1 KLs), in *BeckRS*, 2021, 31906; LG Trier 11 maggio 2021 (8031 Js 12496/20.5 KLs), in *BeckRS*, 2021, 21481; ArbG Koblenz 27 settembre 2017 (4 Ca 491/17), in *BeckRS*, 2017, 149470; ArbG Stuttgart 14 marzo 2019 (11 Ca 3737/18), in *BeckRS*, 2019, 13601; AG Bergheim 1° ottobre 2018 (61 F 219/18), in *BeckRS*, 2018, 23574; VG Düsseldorf 1° giugno 2019 (18 L 1606/19), in *WKRS*, 2019, 22260; VG Schleswig 19 marzo 2020 (11 B 10/20), in *BeckRS*, 2020, 4509; VG Ansbach 8 giugno 2021 (AN 17 E 21.50103), in *BeckRS*, 2021, 14526 (v., *amplius*, M. PENDL, *Emojis im (Privat-)Recht*, cit., 13-20). Oppure, nei sistemi di *common law*, v. quella statunitense: utile a tal fine il rinvio alla lista compilata da E. GOLDMAN, *Emojis and Emoticons in Court Opinions*, consultabile in rete nella banca dati *Digital Commons* della *Santa Clara University's School of Law* (digitalcommons.law.scu.edu), che all'8 gennaio 2022 annovera ben 587 giudizi (a partire dal primo, isolato, nel 2004, per arrivare esponenzialmente ai 166 del 2021), divisi per materia, tipologia di *emoticon* o *emoji* oggetto della controversia e mezzo di comunicazione adoperato dalle parti in causa, con menzione dei casi in cui il testo stesso della decisione contiene l'*emoji* o l'*emoticon*.

²² Così è definito il termine 'carattere' nel *Vocabolario on line Treccani* (Thesaurus 2018) (www.treccani.it).

²³ Altrove ve ne è da tempo: «*Wenn die Welt sich visualisiert, muss das Recht sich auf Bilder und ihre Sprache einlassen. Tut es das nicht, läuft es Gefahr, irrelevant zu werden. Denn in einer Welt, die mit Bildern und durch Bilder kommuniziert, wird ein Recht, das sich der visuellen Kommunikation verweigert, möglicherweise nicht mehr wahrgenommen – und nicht mehr beachtet. Die Entwicklung einer zeitgemäßen und effektiven juristischen Bildersprache ist deshalb eine Herausforderung für die juristische Wissenschaft und die Praxis, die kaum überschätzt werden kann*» [così V. BOEHME-NEBLER, *Inszeniertes Recht? Überlegungen zur (notwendigen) Renaissance von Ritualen im Recht der modernen Mediengesellschaft*, in *Rechtstheorie*, 42, 2, 2011, 167: lo segnala, condivisibilmente, anche M. PENDL, *Emojis im (Privat-)Recht*, cit., nota 298, 55].



Ciononostante, e pur in assenza di un significativo, specifico contributo della giurisprudenza italiana sugli interrogativi posti e tratti dai casi d'oltralpe appena illustrati, a ciascuno di essi può darsi una risposta utile e coerente (anche) nel nostro sistema giuridico.

4. – Quanto al primo interrogativo, quello sul (i) significato della *emoji* 👍 (la risposta del fornitore alla ricezione del testo di contratto e della richiesta di conferma da parte del compratore), il giudice canadese ha fatto a meno di rinvenirlo nella casistica giurisprudenziale israeliana, newyorkese o di qualche sperduto tribunale canadese, che pure le parti litiganti avevano posto alla sua attenzione, e nelle motivazioni della decisione dà conto di aver preferito un «*simpler approach*», partendo dalla definizione che, di questa specifica *emoji*, viene data in un vocabolario²⁴. Perché, a suo avviso, l'interrogativo da porsi non è tanto (o meglio, soltanto) quale sia il significato del disegno digitale di un pollice all'insù per chi se ne è servito, quanto per chi ne è il destinatario, quale «*informed objective bystander*»²⁵ (osservatore obiettivo e informato).

Anche nel nostro sistema l'interrogativo, così riformulato, sarebbe ben posto: perché il significato della reazione di un oblato alla ricezione di una proposta di contratto (che si assume essere già completa) non può essere quello che lo stesso oblato ha inteso, soggettivamente, attribuirvi; ma quello su cui la controparte possa invece, oggettivamente, fare affidamento, anche ai sensi dell'art. 1337 cod. civ. Dovendosi le parti comportare secondo buona fede anche nella formazione del contratto, va da sé che il rischio del fraintendimento di un simbolo debba gravare su chi se ne sia servito in modo spro-

²⁴ Nella specie, ci si è avvalsi (cfr. la p. 18 della sentenza) della definizione data dal vocabolario di lingua inglese consultabile in rete *Dictionary.com*, esistente dal 1995 e che, a partire dal 2018, ha introdotto anche una sezione dedicata alle *emoji*: dal 7 marzo 2018 è presente anche quella della *emoji* del pollice all'insù, sotto la voce '👍 *Thumbs Up emoji*': «*[t]he thumbs-up emoji is used to express assent, approval, or encouragement in digital communications, especially in Western cultures*» (www.dictionary.com).

²⁵ «*However, it is not what Chris [il fornitore che ha fatto uso dell'emoji] may or may not think a 👍 emoji means. It is what the informed objective bystander would understand*»: così, condivisibilmente anche al di fuori di un sistema di *common law*, il giudice canadese nelle motivazioni della sua decisione, cit., 17.

Il significato della *emoji* del pollice all'insù è stato oggetto di discussione anche nel caso *Bardales v. Lamothe* in tema di sottrazione internazionale di minori di età (*Court Middle District of Tennessee*, Nashville, caso n. 3:18-cv-00600, sentenza del 25 ottobre 2019, in *423 F. Supp. 3d*, 459; pure consultabile in rete nella banca dati *Digital Commons* della *Santa Clara University's School of Law*): il tribunale statunitense ha dovuto valutare se, in uno scambio di messaggi tra le rispettive utenze di telefonia mobile dei genitori di un bimbo onduregno di due anni, la risposta del padre con l'*emoji* del pollice all'insù ad un messaggio della madre (che lo informava di aver viaggiato col comune figlio, dall'Honduras agli Stati Uniti d'America, e di essersi lì trasferita), potesse valere come assenso al trasferimento e alla permanenza del minore in un nuovo luogo di residenza; ovvero se dovesse essere accolta la (successiva) richiesta di rimpatrio del padre, che con l'*emoji* del pollice all'insù sosteneva di essersi limitato ad augurare un buon soggiorno, non intendendo autorizzare alcunché. Tra le due alternative, il giudice ha deciso di seguire la seconda, sul presupposto che «*[i]n the Court's view, emojis and text messages are widely perceived to be, and in fact are, generally very casual communications, strikingly devoid of formality*» (nota 9 della sentenza), e che, pertanto, l'*emoji* del pollice all'insù non potesse ragionevolmente significare acquiescenza, del padre, al trasferimento e alla permanenza, del figlio, in uno stato straniero: il consenso rispetto ad essi avrebbe richiesto la «*requisite formality*» (17). La decisione è stata reputata opinabile, perché nell'attribuire alle *emoji*, ed anche ai messaggi di testo istantanei, il carattere dell'informalità, sembra quasi escluderne *a priori* la serietà e, di riflesso, la vincolatività: così M. BERLINER, *When a picture*, cit., 2196, anche note 214 e 216, secondo cui la serietà di una manifestazione di volontà, più in generale anche rispetto alla valutazione circa la vincolatività di un accordo, non può farsi dipendere dalla tipologia dei segni di cui sono avvalsi, le parti, nel corso delle trattative («*If the ritual of writing down the agreement solely for the sake of the formality causes parties to subconsciously feel bound to the agreement, it should do so regardless of the sort of characters which the parties chose to use. [...] If the fact that the parties memorialized their agreement in writing is a sufficient reason for a court to conclude that the parties intended to enter into a binding agreement, then it should conclude so whether or not the writing contains emojis*»); cfr. anche M. PENDL, *Emojis im (Privat-)Recht*, cit., 27-28.



veduto nella propria dichiarazione, e non su chi, destinatario, si sia ragionevolmente affidato al suo significato oggettivo²⁶. Su quello di una *emoji*, e più precisamente di quella del pollice all'insù, sembrerebbe non discutibile che esso voglia esprimere assenso, approvazione o incoraggiamento²⁷, e ciò proprio secondo quanto dimostra l'uso quotidiano del gesto che raffigura; eppure, questa affermazione va circostanziata. Perché, se è vero che nell'interpretazione delle parole l'interprete debba risalire al loro senso letterale, non limitandosi ad esso (art. 1362 cod. civ.)²⁸; con le *emoji*, che affiancano le parole, o ne prendono il posto, assume rilievo primario il luogo in cui vengono espresse: tanto più se l'*emoji* evoca un gesto, anziché una parola o un'emozione. Se, in effetti, non paiono esservi dubbi su cosa, pressoché ovunque, possa volersi significare con il disegno di un volto sorridente, sia esso reso con i segni d'interpunzione dell'*emoticon* primordiale²⁹ :-) oppure con l'*emoji* del c.d. *smiley* 😊 (e, cioè, lo stato emotivo della felicità³⁰); non altrettanto univoco è il significato di quelle *emoji* che rappresentano graficamente una parte del corpo, come ad esempio quello segnalato da un pollice all'insù o da un pollice verso. Proprio con riferimento a questi ultimi due gesti, se per le culture occidentali il pollice all'insù significa senz'altro assenso a qualcosa, o più genericamente apprezzamento, altrove questo stesso gesto può equivalere al peggiore degli insulti³¹: e, allora, se il luogo del contratto fosse il Medio Oriente, o di quelle parti fossero entrambi i contraenti, rispondere ad una proposta di contratto con l'*emoji* del pollice all'insù determinerebbe senza troppi dubbi il suo rifiuto, piuttosto che la sua accettazione.

Quanto appena segnalato consente di affermare che uso e interpretazione, di *emoticons* od *emoji*, costringono a tener conto dell'esistenza di loro specifici socioletti³²: perché variazioni di significato possono dipendere dalla nazionalità, dall'estrazione sociale, dall'età, dal genere, o comunque da altro

²⁶ A.M. BENEDETTI, *L'emoji*, cit., 300-301.

²⁷ Cfr., *supra*, nota 24.

²⁸ Anche il § 133 BGB dispone che «[b]ei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften»: in particolare la seconda parte di questa disposizione, prescrivendo che non ci si debba arrestare al senso letterale dell'espressione (nel solco di quanto prescritto dal § 278 ADHGB, secondo cui «[b]ei Beurteilung und Auslegung der Handelsgeschäfte hat der Richter den Willen der Kontrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften»), è volta a prendere le distanze dallo stretto obbligo di interpretazione testuale prescritto dal § 65 (Parte I, Titolo 4.) dell'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* del 1804 (ALR), secondo cui «[d]er Sinn jeder ausdrücklichen Willenserklärung muß nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte und Zeichen verstanden werden».

²⁹ Cfr. nota 6.

³⁰ Non così, tuttavia, in Giappone: almeno non nella fase dell'iniziale diffusione delle *emoji*, in cui si tendeva a selezionare distinti tratti del volto per significare le emozioni (le *kaomaji* giapponesi ridono, ad esempio, con gli occhi ^_^, e non con la bocca, come invece accade per le *emoticon* occidentali: cfr. anche, *supra*, nota 5). E accade anche che un ideogramma possa assumere un significato differente da quello solitamente assunto nella scrittura analogica: è il caso del carattere cinese 窗, che significa originariamente 'finestra decorata' oppure 'lucentezza', ma che nella comunicazione digitale, utilizzato come *emoji*, sta per 'fastidio' o per 'non voler fare qualcosa' (cfr. G. MARINO, :-) *come emoticon*, cit., 7-8).

³¹ L'*emoji* del pollice all'insù è in realtà «hideously offensive in parts of the Middle East, West Africa, Russia and South America»: così M. DANESI, *The semiotics of Emoji, The Rise of Visual Language in the Age of the Internet*, Bloomsbury, 2017, 31; v. anche V. LEONARDI, *Communication Challenges and Transformations in the Digital Era: Emoji Language and Emoji Translation*, in *Language Semiotic Studies*, 9, 3, 2022, 22; H. WU et al., *Influence of Cultural Factors on Freehand Gesture Design*, in *International Journal of Human-Computer Studies*, 143, 2020, 1-8.

³² E. GOLDMAN, *Emojis*, cit., 1251-1252, fa specifico riferimento ad *emoji dialects*; e segnala come l'appartenenza a comunità diverse rende più che probabili i fraintendimenti: e così la *emoji* che raffigura un volto che indossa una mascherina (*Face with Medical Mask: emoji* [emojiemoji.org](https://www.emojiemoji.org)) può significare 'malattia' in Giappone, ma anche 'rapina in banca' negli Stati Uniti d'America.



fattore che segna l'appartenenza, ad una data comunità localizzata, degli individui che si sono serviti di questi nuovi simboli digitali. Non esserne consapevoli compromette, irrimediabilmente, la loro esatta comprensione³³: potrebbe ovviare fraintendimenti la diffusione, e consultazione (prima e dopo aver comunicato), di specifici dizionari³⁴, tenuto conto che all'interprete si prescrive di indagare quale sia stata l'intenzione del dichiarante, senza fermarsi al senso letterale delle parole (art. 1362, comma 1, cod. civ.), a tal fine dovendosi anzitutto indagare quello fissato dal codice linguistico della comunità di appartenenza (art. 1368 cod. civ.)³⁵.

Sembrerebbe proprio che se *emoticon* ed *emoji*, per un verso, hanno consentito anche a dichiarazioni che si manifestano con la scrittura, priva di voce e gesti, di impadronirsene, rappresentandone la forza espressiva per il tramite di una sequenza di segni di interpunzione ovvero di un disegno che li simboleggia; per l'altro, impongono una riconsiderazione dei criteri d'interpretazione del testo che le contiene. Perché la scrittura che si avvale anche di questi nuovi simboli è divenuta molto più veloce e (semanticamente) più complessa di quella che li ignora³⁶: chi fa uso di una *emoticon* o di una *emoji*

³³ Ancora E. GOLDMAN, *Emojis*, cit., 1251 (spec. nota 125); v. anche M. DANESI, *The semiotics*, cit., 122, il quale correttamente rileva come «[t]he objective of the emoji code of providing a visual cross-cultural language is proving to be more difficult than was at first contemplated. The initial premise was based on the assumption that visually based symbolism is more free from ambiguity than language. But this is turning out to be a specious assumption»; nello stesso senso V. EVANS, *The Emoji Code*, cit., 98.

³⁴ Tra questi, *Emojipedia* (<https://emojipedia.org>), che dal 2013 cataloga le *emoji*, consentendo di scoprirne i vari significati e di visualizzarne i differenti formati, a seconda della tipologia di piattaforma e del sistema operativo; più di recente, v. anche *Dictionary.com* (v., *supra*, nota 24), *Emoji Dictionary* (<https://emojidictionary.emojifoundation.com>) ed *emojis.wiki* (<https://emojis.wiki/it>, anche in lingua italiana): molti tribunali hanno comprensibilmente iniziato a servirsene.

³⁵ Per L. MENGONI, *Interpretazione del negozio e teoria del linguaggio (Note sull'art. 625 c.c.)*, in *JUS – Rivista di scienze giuridiche*, 1, 1989, 7 (nonché in AA.VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, 323 ss.), là dove sia accertato che l'autore di una disposizione testamentaria fosse solito attribuire a certe espressioni uno speciale senso soltanto a lui proprio (come a titolo esemplificativo era previsto, sino al 2016 e in tema di legati, dal § 655 ABGB), oppure abbia usato un linguaggio di gergo praticato in una ristretta cerchia sociale, «a questi particolari parametri semantici deve riferirsi l'interprete per acclarare il significato della disposizione». Sul presupposto che «[i]l linguaggio non esprime l'essenza delle cose, ma le rappresentazioni di colui che parla», in quanto «i nomi sono simboli di concetti, non segni di cose»; e con l'avvertimento che tale interpretazione (soggettiva) è «sempre adeguatrice dei verba alla voluntas», e altro non è che «applicazione del principio ermeneutico formulato nell'art. 1362, 1° comma». Più di recente, v. R. CALVO, *sub artt. 1362 e 1368 cod. civ.*, *Interpretazione del contratto, Art. 1362-1371*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2021, rispettivamente 87-89 e 156-160, secondo cui «se le parti hanno usato un linguaggio gergale, il giudice dovrà coordinare e razionalizzare la disciplina presidiante la ricerca della comune intenzione con la regola sull'uso ultraindividuale (art. 1368 cod. civ.)» (87, enfasi eliminata).

³⁶ È con la comunicazione digitale che si è per la prima volta riscontrata la combinazione, nella scrittura, tanto di parole quanto di *emoticon* ed *emoji* («[i]l nostro non è tempo di carteggi, di assorta prosa inviata per scrittura, ma di messaggi o messaggi telematici, in cui dominano le informazioni e i linguaggi convenzionali»: così N. IRTI nella sua *Introduzione ai Carteggi di Benedetto Croce con i giuristi*, a cura di L. Avitabile, I, Napoli, 2024, VIII); non può tuttavia escludersi che anche un testo manoscritto possa contenere le une e le altre, che sono sequenze dei segni di una tastiera o disegni perfettamente riproducibili anche a mano, e non di rado riprodotti, ormai, sulla carta stampata (scenario presagito il 22 aprile 1821 nello *Zibaldone*, II, 976, da un Leopardi piuttosto critico: «[c]he è questo ingombro di lineette, di puntini, di spazietti, di punti ammirativi doppi e tripli, che so io? Sto a vedere che torna alla moda la scrittura geroglifica, e i sentimenti e le idee non si vogliono più scrivere ma rappresentare, e non sapendo significare le cose colle parole, le vorremo dipingere e significare con segni, come fanno i cinesi la cui scrittura non rappresenta le parole, ma le cose e le idee. Che altro è questo se non ritornare l'arte dello scrivere all'infanzia»: lo segnala B. MORTARA GARAVELLI, *Prontuario di punteggiatura*, Bari-Roma, 2003, 131; e, più di recente, P. RAMAT nella sua *Lectio brevis* intitolata *La punteggiatura: quanto pesa?*, tenuta l'8 novembre 2024 all'Accademia Nazionale dei Lincei, Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche). Ci si è pertanto chiesti «ob es sich bei der Verwendung von Emoticons oder Emojis um eine besondere, aus Symbolen bestehende Schrift, also eine Schriftart handelt oder ob mit den bunten Zeichen etwas symbolisiert und damit nicht wörtlich, sondern mittels einer Erklärungs-



risparmia forse del tempo nell'esprimere, con un solo disegno, quel concetto che avrebbe invece richiesto la fatica di scegliere, con lenta ponderatezza, una o più parole; ma rischia di richiederne di più alla sua controparte per l'indubbia, maggiore difficoltà insita nell'interpretazione di un disegno: l'impossibilità di risalire al senso letterale di una *emoji* per comprenderne il significato – non trattandosi di parole ma appunto di disegni, che le prime affiancano o semmai sostituiscono³⁷, evocandole – richiede che il testo che le contiene debba essere interpretato tenendo conto, ancor più di quanto ciò già avvenga con le parole, di indici esterni³⁸ al contegno dichiarativo che se n'è servito: non soltanto i *luoghi*³⁹, ma anche i *tempi* della manifestazione di volontà divengono, allora, più cruciali del solito⁴⁰.

Di come uno stesso disegno possa assumere significati diversi a seconda del luogo e di chi lo abita, s'è già riferito poco sopra; non ancora di come tempi di reazione e di ripensamento, che la comunicazione digitale consente oggi essere più rapidi, possano a loro volta incidere sul procedimento di formazione del contratto e sulla sua interpretazione: la tecnica⁴¹ offre all'utente la possibilità, anche in caso di forma scritta, di reagire istantaneamente, e altrettanto istantaneamente di tornare sui propri passi, con una velocità un tempo impensabile; e, per dominarla, non manca neanche di offrirgli strumenti volti a non affaticare l'interpretazione di quanto dichiarato, spesso in modo frammentario, con la messaggistica istantanea, utilizzata sempre più di frequente nella conduzione e conclusione di trattative negoziali.

Tornare ad un caso concreto, come quello del pollice all'insù nel giudizio canadese, può ancora aiutare a capire. Messa da parte la possibile ambiguità di tale gesto, e di riflesso dell'*emoji* che lo rappresenta graficamente nella comunicazione digitale; e convenendo, a fini esplicativi, sul suo significare assenso, come anche sul significare rifiuto del pollice verso, nell'ipotesi in cui l'oblato debba reagire ad una serie, consecutiva, di distinti messaggi istantanei ricevuti dal proponente, può darsi che:

– il proponente gli abbia trasmesso il testo del contratto (già sottoscritto) e, subito dopo, una richiesta di conferma (senza precisare cosa si sia chiesto di confermare: ad esempio, scrivendo un mero

handlung (konkluent) wiedergegeben wird); non potendosi in entrambi i casi escludere la sussistenza di una *Willenserklärung*, «da [diese] – falls kein Formerfordernis besteht – die Verwendung von Wort und Schrift nicht voraussetzt» (C. FREYLER, *Die vertragsrechtliche Bedeutung von Emoticons*, in *JA*, 2018, 733).

³⁷ «Eine Auslegung anhand des Wortlauts kommt hier zwar nicht direkt infrage, da keine Worte in diesem Sinne verwendet werden. Trotzdem besitzen die Zeichen Interpretationsmöglichkeiten, die heranzuziehen sind»: così, ancora, C. FREYLER, *Die vertragsrechtliche Bedeutung*, cit., 734, con l'avvertenza, geograficamente trasversale, che «[d]abei spielen allerdings nur solche eine Rolle, die der Empfänger auch verstehen konnte. Umstände, die dem Erklärungsempfänger weder bekannt noch erkennbar waren, bleiben außer Betracht».

³⁸ Il riferimento è a quanto pure autorevolmente definito come 'contesto': quello 'verbale', che va oltre la parola ma è entro il testo; e quello 'situazionale', dove la lettera seppur necessaria non è sufficiente (N. IRTI, *Testo e contesto – una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, 2 ss., nonché 117 ss.). La locuzione 'indici esterni' è preferita, in corpo testo, perché svincolata dall'esistenza di un testo. Da ultimo, cfr. R. CALVO, *sub art. 1362 cod. civ.*, cit., 6, nota 20.

³⁹ Cfr. N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 65-66; nonché N. IRTI ed E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, 12.

⁴⁰ Condivisibile il rilievo di M. PENDL, che pone l'attenzione su «*Faktoren wie Nationalität und Muttersprache, kultureller Hintergrund sowie Alter, Geschlecht oder Persönlichkeitsstruktur*», in grado di condizionare tanto l'uso quanto la comprensione delle *emoji*; e segnala come le «*Emojis bergen somit die Gefahr von Missverständnissen und Fehlschlüssen, weil die konkret verwendeten Symbole möglicherweise auf einem spezifischen „Emoji-Soziolekt“ beruhen*», sempre più spesso fondato sulla differenza di età degli interlocutori: «*[b]esonders deutliche Einschnitte ergeben sich zwischen den Altersgruppen, wobei eine sehr markante Grenzlinie eine gewisse Korrelation mit der von Marc Prensky [Digital Natives, Digital Immigrants, On the Horizon, MCB University Press, vol. 9, n. 5, 2001] geprägten Unterscheidung zwischen digital natives, die in das Zeitalter der Digitalisierung hineingeboren wurden, und den älteren digital immigrants aufweist*» (*Emojis auf dem Weg ins (Privat-)Recht*, cit., 1056).

⁴¹ Cfr. N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo*, cit., 106-108.



‘*Conferma?*’). Qualora la sequenza di questi due distinti messaggi istantanei del proponente sia seguita dalla sola *emoji* del pollice all’insù dell’oblato, potrebbero ragionevolmente darsi due altrettanto distinte interpretazioni del suo significato: di conferma dell’avvenuta ricezione dei messaggi inviati dal proponente; ovvero di accettazione della proposta di contratto che si è ricevuta. Con una propensione per quest’ultima soluzione interpretativa là dove l’oblato, nel trasmettere la sua risposta, abbia fatto in modo di riferirla, specificamente, al testo del contratto (e non alla richiesta di conferma): ciò che i sistemi di messaggistica istantanea consentono all’utente di poter fare⁴². Un pollice all’insù riferito univocamente al messaggio istantaneo contenente il testo di contratto sottoscritto dal proponente con difficoltà può voler significare altro dal volerlo concludere. Limitarsi invece a dare il proprio riscontro, qualunque esso sia, inserendolo nella sequenza dei vari messaggi istantanei ricevuti all’interno della medesima conversazione, ma senza riferirlo espressamente all’uno o all’altro, aumenta inevitabilmente il rischio di essere fraintesi: si è data conferma della ricezione della proposta contrattuale ovvero la si è accettata? Rischio che non può che gravare sul contraente che non si è avvalso, in modo (tecnicamente) diligente, del mezzo di comunicazione scelto per la conduzione delle trattative;

– l’oblato risponda a sua volta, sempre dopo aver ricevuto dal proponente il testo sottoscritto del contratto, con due messaggi istantanei distinti e consecutivi: col primo trasmettendo un pollice all’insù; col secondo un pollice verso. E immediatamente dopo cancellando il primo messaggio oppure scrivendo al proponente di non doverlo considerare trasmesso (ad esempio, perché non serio). Dovendosi reputare conosciuta al destinatario la dichiarazione giunta al suo indirizzo (art. 1335 cod. civ.), nel caso di messaggi istantanei indirizzati alla sua utenza mobile potrà considerarsi ragionevolmente concluso il contratto tutte le volte in cui quello contenente l’*emoji* del pollice all’insù risulti essere stato consegnato al proponente prima di quello contenente il pollice verso: le più comuni applicazioni di messaggistica istantanea consentono agli utenti di verificare l’avvenuta consegna dei propri messaggi e il relativo orario; molte di queste anche quello della loro visualizzazione. Avere contezza dell’una, o anche dell’altra, dovrebbe permettere all’oblato di bloccare la conclusione del contratto, tempestivamente cancellando il proprio messaggio di assenso: e, dunque, ritirando la propria accettazione, impedendone o eliminandone gli effetti, sintantoché essa non risulti ancora essere stata consegnata al proponente; ovvero prima ancora che questi, a consegna avvenuta, l’abbia visualizzata⁴³. Ma l’istantaneità dei messaggi scambiati dai contraenti dovrebbe portare a chiedersi se non sia il caso di tenere conto, per una corretta interpretazione della dichiarazione di un oblato contenente una *emoji*, oltre che di quanto l’ha preceduta o di quanto ad essa contemporaneo, anche del contenuto di una sua dichiarazione immediatamente successiva che ne chiarisca il significato: l’estrema rapidità della comunicazione digitale, capace di comprimere la durata del procedimento di formazione del contratto, dovrebbe giustificare l’estensione del materiale ermeneuticamente rilevante, con l’effetto di dilatare il concetto di contemporaneità⁴⁴. E, quindi, un oblato che abbia trasmesso al proponente la propria accettazione,

⁴² A titolo esemplificativo, con le *app* di *iMessage*, *Whatsapp* o *Messenger* è sufficiente che l’utente selezioni il messaggio al quale intende risponderci (col cursore o con la pressione del dito sullo schermo, a seconda della piattaforma utilizzata: *computer*, telefono cellulare, *tablet*, etc.), per poi scegliere con quale reazione darsi un riscontro: tra queste, l’*emoji* del pollice all’insù (c.d. ‘Mi piace’ o ‘like’).

⁴³ Là dove la tecnica consente di fissare, con certezza, il momento in cui il destinatario di una dichiarazione ne abbia avuto conoscenza, non trova più ragione d’essere la sua presunzione (*ex art.* 1335 cod. civ.); sulla distinzione tra ritiro impeditivo o eliminativo si rinvia a G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 99-101.

⁴⁴ G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scali, Milano, 2004, 1261, 1270 e 1272.



resa con l'*emoji* del pollice all'insù, dovrebbe poterla smentire dichiarandogli di non doverne tenere conto (ad esempio, perché non seria), e ciò anche dopo che questi ne abbia avuto conoscenza, tutte le volte in cui la smentita sia immediatamente successiva all'accettazione⁴⁵.

5. – Quanto al secondo e ultimo interrogativo, relativo (ii) alla possibile rilevanza del momento soggettivo dei contraenti nei casi in cui le *emoji* utilizzate non siano da loro visualizzate allo stesso modo (perché utilizzano diverse piattaforme per comunicare digitalmente ovvero perché, pur facendo uso della medesima piattaforma, uno di loro non ne abbia aggiornato il sistema operativo), i due casi prospettati, a dispetto dell'apparente modernità, echeggiano problemi remoti.

Quello della (a) bicicletta presuppone l'utilizzo, da parte dell'acquirente (oblato) e dell'alienante (proponente), di distinte piattaforme; nella specie, si ipotizzi che l'acquirente si decida per l'acquisto di una bicicletta blu e ne trasmetta con il suo *iPhone* all'alienante, che fa invece uso di un *Samsung Galaxy*, la relativa *emoji*. Si rileva, tuttavia, che l'*emoji* della bicicletta, nonostante sia codificata in modo univoco dal 2010⁴⁶, è visualizzata come colorata di blu soltanto su piattaforme funzionanti con il sistema operativo della *Apple*; di verde, invece, su tutte quelle coreane della *Samsung*. Non si tratta di un caso isolato: variazioni (più o meno) minime nella visualizzazione dei formati delle *emoji*, tra una piattaforma e l'altra, si spiegano spesso con la necessità di evitare azioni risarcitorie da parte di chi ne detiene i rispettivi diritti di proprietà intellettuale; ma tale (comprensibile) esigenza di tutela, ha conseguenze tutt'altro che trascurabili in punto di efficacia ed interpretazione uniforme delle comunicazioni digitali⁴⁷.

L'esempio appena accennato rimanda ad un precedente significativo della giurisprudenza prussiana: ci si riferisce al caso discusso dinanzi al *Landgericht* di Colonia nel 1856 in tema di errata trasmissione telegrafica⁴⁸, noto per lo più come apripista della disputa tra volontaristi e dichiarazionisti⁴⁹. Per

⁴⁵ E, nel rispetto del principio della buona fede, non pare che a soluzione distinta possa giungersi, là dove le medesime trattative si fossero svolte oralmente, con la velocità (tipica) della comunicazione verbale. Sul punto offre ulteriore spunto di riflessione una decisione (inedita su rivista) della *Supreme Court of the State of New York* del 25 agosto 2022 [Lightstone RE LLC v. Zimtex LLC, 2022 NY Slip Op 32931(U), n. 516443/21, consultabile in rete nella sezione *US Law* della banca dati *Justia*]: richiesta di valutare se l'invio, da parte del convenuto, di un messaggio istantaneo contenente l'*emoji* del pollice all'insù, potesse significare accettazione della precedente offerta di contratto trasmessagli, sempre con un messaggio istantaneo, dall'attore, la corte newyorchese lo avrebbe escluso; e ciò perché «*only nine minutes beforehand*» (soltanto nove minuti prima) il convenuto aveva categoricamente affermato, con altro e precedente messaggio istantaneo, che non avrebbe sottoscritto alcun contratto (nella specie, compravendita di dispositivi di protezione individuale, c.d. DPI, per circa 2 milioni di dollari: cfr. la p. 6 della decisione). Esito interpretativo raggiunto pertanto contestualizzando meglio, nel tempo, le condotte tenute dalle parti (ancorché in più ristretto ambito, sul rilievo del contesto, anche temporale, dell'accordo, cfr. V. PESCATORE, *Cessione del contratto ed interpretazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 593ss., spec. 603).

⁴⁶ L'*emoji* della bicicletta è censita sin dalla versione 6.0 del 2010 di *Unicode*, con il codice alfanumerico 'U+1F6B2' e il *CLDR (Common Locale Data Repository) Short Name* di 'bicycle' (che non contiene alcuna indicazione riguardo al colore: cfr. unicode.org): tuttavia, sulle piattaforme *Apple* la bicicletta è visualizzata di colore blu (sin dalla sua introduzione, con il sistema operativo *OS 2.2* del 2008); mentre sulle piattaforme *Samsung* di colore verde (sin dal 2016, con il sistema operativo *TouchWiz 7.1*, e anche in seguito con sistemi operativi differenti: cfr. emojipedia.org).

⁴⁷ Lo segnala, correttamente, E. GOLDMAN, *Emojis*, cit., 1274-1277.

⁴⁸ La sentenza (LG Köln, 29 luglio 1856) può leggersi nella *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, 19, 1859, 456 ss., con nota di L. REYSCHER, secondo cui «*[k]eine der Verkehrsanstalten hat einen so mächtigen und raschen Aufschwung genommen, wie der elektro-magnetische Telegraph, dessen Fäden in nicht gar ferner Zeit die Erde umspannen werden*»: non sorprenda pertanto che l'avvento del telegrafo fosse avvertito, a quei tempi, come una rivoluzione nelle comunicazioni simile a quella mossa, più di recente, dalla loro digitalizzazione.

⁴⁹ Cfr. H.P. HAFERKAMP, *Fall 16. Der Kölner Telegrafensfall*, in U. FALK-M. LUMINATI-M. SCHMOECKEL (a cura di), *Fälle*



un errore di trascrizione di un dispaccio, da parte di un impiegato dell'ufficio telegrafico, le istruzioni impartite dal *Bank- und Handlungshaus Oppenheim* di Colonia (un istituto bancario) allo *Handlungshaus Weiller* di Francoforte sul Meno (una società di *trading*), contenevano un ordine di vendere ('*verkaufen*'), anziché uno di acquistare ('*kaufen*'), titoli azionari austriaci; esclusa, per la legislazione dell'epoca, una responsabilità dell'ufficio telegrafico perché di proprietà statale⁵⁰, ci si era tra l'altro chiesti se nel caso di specie fosse effettivamente configurabile un vizio del consenso e, in tale eventualità, chi dovesse rispondere del possibile, conseguente danno. Sul presupposto che «*la telegrafia elettromagnetica è, allo stato, un mezzo di comunicazione per lo più impreciso e inaffidabile*», il tribunale reputò che «*chi si serve di questo mezzo insicuro per la propria corrispondenza [...] deve rispondere delle conseguenze dei vizi e degli errori che dovessero verificarsi e risarcire i danni cagionati a terzi*»⁵¹. A soluzione analoga pervenne, poco dopo, anche la *2. BGB-Kommission*, con la prima stesura del § 120; e ancora oggi tale disposizione codicistica, al pari di quanto disposto dall'art. 1433 cod. civ., prevede che «*[u]na dichiarazione di volontà, che è stata trasmessa inesattamente dalla persona o dalla istituzione impiegate per la trasmissione, può essere impugnata [...]*». Dovendo il dichiarante rispondere, tuttavia, di ogni lesione all'affidamento della controparte e dei danni da questa subiti «*per aver confidato nella validità della dichiarazione*» (ai sensi del successivo § 122, comma 1, BGB).

A questo punto, resta da chiedersi se anche per il caso della *emoji* della bicicletta, visualizzata di colore blu sulla piattaforma utilizzata dall'acquirente e di colore verde su quella, diversa, dell'alienante, possa trovare applicazione la disciplina dell'errore ostativo. Sostenere ciò significherebbe ammettere, tuttavia, che vi sia stata una trasmissione inesatta, da parte dell'acquirente all'alienante, della propria dichiarazione: ma così non è, perché l'*emoji* della bicicletta trasmessa e di quella ricevuta sono entrambe contraddistinte dal medesimo codice univoco⁵², e se l'alienante l'ha vista verde anziché blu, ciò è dipeso esclusivamente dalla diversità della sua piattaforma e del relativo sistema operativo.

In sintesi: nel caso del telegrafo, la dichiarazione del mittente è stata trasmessa inesattamente al destinatario per errore (ostativo) di un nunzio (l'impiegato dell'ufficio telegrafico); mentre nel caso della bicicletta, in cui una stessa *emoji* non è visualizzata allo stesso modo dalle due parti (perché si servono di piattaforme diverse), non v'è stato alcun errore nella trasmissione della dichiarazione, quanto semmai nella sua ricezione.

A rigore, pertanto, non potrebbe considerarsi configurabile, nel caso della *emoji* della bicicletta, alcun errore ostativo: e per tale ragione si è anche sostenuto, in Germania, che non possa andarsi oltre un'applicazione analogica della relativa disciplina⁵³. Il § 120 BGB andrebbe applicato soltanto analogicamente a casi di visualizzazione difforme della medesima *emoji*, per diversità di piattaforme e sistemi operativi delle parti coinvolte, perché non ricorrerebbe alcuna distorsione della dichiarazione al

aus der Rechtsgeschichte, München, 2008, 254-265; P. MARBURGER, *Absichtliche Falschübermittlung von Willenserklärungen*, in *AcP*, 173, 1973, 137 ss.; K.J.A. MITTERMAIER, *Das Telegraphenrecht nach den Ergebnissen der neuesten Forschung, mit besonderer Rücksicht auf die Schrift von Serafini*, in *AcP*, 46, 1, 1863, 31 ss. V. anche S. HOFER, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert*, Tübingen, 2001, 155 ss.; U. FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1989, 32 ss.; e M. CARONI, *Öffentliches Recht und Privatrecht – Eine grundsätzliche Dichotomie*, in ID., „Privatrecht“: *Eine sozialhistorische Einführung*, Basel-Frankfurt am Main, 1988, 101 ss.

⁵⁰ Cfr. il § 41 del *Reglement für die telegraphische Korrespondenz im deutschösterreichischen Telegraphenvereine*.

⁵¹ LG Köln, 29 luglio 1856, cit., 466 ss.

⁵² Cfr., *supra*, nota 46.

⁵³ M. PENDL, *Emojis im (Privat-)Recht*, cit., 68-70.



momento della sua trasmissione; ciononostante, il rischio di tale difformità andrebbe comunque ascritto al mittente che, più del destinatario, è in grado di controllarlo: è lui ad aver deciso di comunicare avvalendosi di una *emoji* e pertanto, prima di farlo, avrebbe anche l'onere di informarsi circa la sua possibile ambivalenza in caso d'uso di piattaforme distinte.

Più convincente di un'applicazione analogica della disciplina dell'errore ostativo appare tuttavia quanto suggerito, sia pure in un sistema di *common law*, dall'altra parte dell'oceano⁵⁴. Sul presupposto che la visualizzazione difforme della medesima *emoji*, per diversità della piattaforma utilizzata dai contraenti, ponga problemi di interpretazione contrattuale affatto distanti da quelli risolti nel noto caso inglese '*Peerless*'⁵⁵ del 1864, in tema di '*failure of mutual assent*'; si è sostenuto che, là dove nessuno dei due contraenti sia stato consapevole, né poteva esserlo, di tale difformità, nessun accordo possa reputarsi formato per mancato raggiungimento del *consensus ad idem* su di un elemento essenziale del contratto. Ciò anche in forza di quanto (oggi) previsto dal § 20 (1) (a) del *Restatement 2d of Contracts*, secondo cui «*[t]here is no manifestation of mutual assent to an exchange if the parties attach materially different meanings to their manifestations and [...] neither party knows or has reason to know the meaning attached by the other*». Non troppo distante da dove porterebbe il rinvio a quanto prescritto dall'art. 1326, ult. comma, cod. civ.: perché, anziché di vizio del consenso, sembrerebbe più corretto trattarsi del suo mancato raggiungimento, per difetto di conformità.

Nel caso(b) dell'acquisto di carne di pesce, invece, si presuppone l'utilizzo, da parte di entrambi i contraenti, della medesima piattaforma; tuttavia, il sistema operativo di quella dell'acquirente (oblato), diversamente da quello dell'alienante (proponente), non è aggiornato alla sua versione più recente⁵⁶. Nella specie, si ipotizzi che entrambe le parti si siano servite, nella conduzione delle trattative, di un *Samsung Galaxy*; che al momento di confermare l'acquisto di carne di delfino, l'acquirente si serva erroneamente della *emoji* dello squalo, che nelle versioni del sistema operativo anteriori al 2019 è molto simile a quella del delfino; e che l'alienante, il quale dispone di un sistema operativo aggiornato, non possa che visualizzare una *emoji* dello squalo, il cui formato attuale è stato reso, diversamente dal precedente, nettamente più distinto da quello della *emoji* di un delfino⁵⁷.

Anche questo esempio ricalca un celebre precedente della giurisprudenza germanica, il caso '*Haakjöringsköd*'⁵⁸, nel quale due contraenti si accordarono per la compravendita di carne di balena,

⁵⁴ E. GOLDMAN, *Emojis*, cit., 1264-1266.

⁵⁵ *Raffles v. Wichelhaus* (*EWHC Exch J19*, in *159 Eng. Rep.*, 375; e in *2 Hurl. & C.*, 906), ove la *Court of Exchequer* si pronunciò sulla interpretazione di un contratto di compravendita di una certa quantità di cotone Surat, trasportato via mare da Bombay a Liverpool da un battello di nome '*Peerless*'; la controversia sorse una volta emerso che le parti si fossero riferite a due distinti battelli, entrambi denominati '*Peerless*' e partiti dal medesimo porto, ma a distanza di due mesi l'uno dall'altro. La corte decise che «*[t]here is nothing on the face of the contract to shew that any particular ship called the 'Peerless' was meant; but the moment it appears that two ships called the 'Peerless' were about to sail from Bombay there is a latent ambiguity, and parol evidence may be given for the purpose shewing that the defendant meant one 'Peerless' and the plaintiff another. That being so, there was no consensus ad idem, and therefore no binding contract*».

⁵⁶ Cfr. H. DÖRNER, *Rechtsgeschäfte im Internet*, in *AcP*, 202, 2002, 363-396, spec. 374, che nel distinguere tra consumatori e imprenditori, reputa questi ultimi obbligati ad aggiornamenti regolari del sistema operativo delle piattaforme di cui si servono nell'esercizio dell'attività d'impresa (ai primi non potrebbe invece contestarsi l'obsolescenza delle piattaforme di cui si servono).

⁵⁷ Il rischio di confusione è segnalato dalla *Emojipedia* (emojipedia.org): «*Not be confused with 🦈 Shark*»; cfr., *supra*, nota 34.

⁵⁸ La sentenza (*Reichsgericht*, 8 giugno 1920) può leggersi in *RGZ* 99, 147-149. Cfr. sul punto, da ultimo, A. RECH, *Zum 100-jährigen Jubiläum: Der Haakjöringsköd-Fall früher und heute*, in *AcP*, 221, 1, 2021, 219-258.



ma nel contratto la designarono erroneamente col termine, appunto, *Haakjöringsköd*, che in norvegese vuol dire carne di squalo (all'epoca soggetta, peraltro, a restrizioni nelle importazioni). In entrambi i casi, nonostante i contraenti si siano erroneamente riferiti alla carne di un altro pesce (per erronea menzione, nel testo del contratto, della sua denominazione; ovvero per erronea trasmissione di una emoji non voluta, dovuta al mancato aggiornamento del sistema operativo), vale quanto effettivamente convenuto tra le parti nel rispetto del brocardo *falsa demonstratio non nocet*⁵⁹.

⁵⁹ Cfr., ancora, A. RECH, *Zum 100-jährigen Jubiläum*, cit., 222 ss., nonché F. BANG, *Falsa demonstratio. Ein Beitrag zur Lehre der Auslegung und Anfechtung*, in *Jherings Jahrbücher*, 66, 1916, spec. § 7 (quest'ultimo tradotto anche in italiano, nella collana giuridica *Bebelplatz*, a cura di F. Addis e con introduzione di M. Zaccheo: *Falsa demonstratio*, Pisa, 2021); e, ben prima, E. DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte – Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Thatfrage*, Jena, 1897, § 11, 61ss. In Italia cfr., invece, L. CARIOTA FERRARA, *Lettera e spirito del negozio giuridico*, in *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, 8, Roma, 1944, 67-71; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino, 1955 (ristampa, Napoli, 2002), 349-350, secondo cui «[s]ulla scorta delle trattative preparatorie e in base a tutto il materiale interpretativo sarà anche ammissibile correggere una falsa demonstratio [...] che sia incorsa nella redazione del contratto», con l'avvertimento che «[u]na interpretazione del contenuto del contratto a norma dell'art. 1362, peraltro, non sembra doversi ammettere in altre ipotesi all'infuori di queste»: perché prevarrebbe il significato oggettivo delle dichiarazioni contrattuali, e «[a] una correzione di esso non potrebbe arriversi che con gli artt. 1366 e 1374-75, per via della buona fede o dell'equità, quando davvero lo esigano; ovvero per via di un'interpretazione autentica successiva, anche attuata mediante un contegno concludente concorde, la quale peraltro è nell'esclusiva competenza delle parti»; segue tale impostazione F. CARRESI, *Interpretazione correttiva del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1957, 327-328, che nell'annotare Trib. Pistoia, 9 maggio 1955, in tema di regolamento di confini, rileva che «se si può provare, in qualunque modo [...] che gli stipulanti fecero riferimento a quella linea di confine solo perché la ritennero conforme alla linea da esse previamente tracciata sul terreno, il giudice dovrà, in ottemperanza a quanto prescrive [l'art. 1362 cod. civ.], correggere la formula adoperata dalle parti per adattarla a quella che risulta esser stata la comune loro intenzione; o più semplicemente [...] far constare quella che è stata la comune intenzione delle parti e statuire in conseguenza, prescindendo dal senso letterale delle parole di cui si sono avvalse nell'atto da loro stipulato». Ciò in forza di una «interpretazione correttiva, la quale [...] non implica affatto che il giudice, avvalendosi, modifichi il contratto», perché là dove la comune intenzione sia stata «tradita dalla formula», non può consentirsene la frustrazione, come avverrebbe «negli ordinamenti giuridici primitivi, dove non si tiene conto che di quel che esteriormente appare», ma sarebbe «la formula [a dover essere] corretta». Questo principio, sempre secondo questo autore, si troverebbe enunciato nell'art. 625 cod. civ., in tema di successione testamentaria; e troverebbe conferma nell'art. 1362 cod. civ. in tema di contratti, con l'unica (sostanziale) differenza che «nascendo il contratto da un incontro di almeno due volontà, le disposizioni contrattuali [...] in tanto potranno rettificarsi attraverso quella specie di operazione ortopedica che è l'interpretazione correttiva, in quanto sia certo che entrambe (o, trattandosi di contratto plurilaterale, tutte) le parti intendevano concordemente riferirsi ad una certa persona o ad una certa cosa. Solo quando difetti (o non consti) questa comune consapevolezza, dovrà starsi [...] al senso letterale delle parole, a meno che non ricorrano i presupposti per impugnare il contratto per errore» (dello stesso autore v. anche *Apparenza e realtà del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 479-500, spec. 483-487; nonché V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 234-246 e P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1969, 160 ss.). V. inoltre, in questo senso, G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 108-110, secondo cui il principio tratto dal brocardo *falsa demonstratio non nocet* trova applicazione anche in materia contrattuale, a condizione che possa escludersi ogni rischio circa la lesione dell'affidamento della controparte. Cfr. poi F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1989, 230, 231 e 235, secondo cui «[l]a determinazione della volontà negoziale attraverso l'interpretazione avviene anzitutto in base alla dichiarazione, [...] [p]erò non è da credere che quella determinazione debba essere fatta soltanto sulla base della dichiarazione da interpretare», perché essa «prende carattere e rilievo dalle circostanze in cui viene resa», che «in quanto appartengano all'iter negoziale e siano riconoscibili dal destinatario della dichiarazione, sono rilevanti anche per l'interpretazione»: ragion per cui «la disciplina della falsa demonstratio [...] sarebbe sempre superabile»; e L. MENGONI, *Interpretazione*, cit., 3 ss., spec. 15. Più di recente, cfr. R. CALVO, *sub art. 1362 cod. civ.*, cit., 70-75, spec. nota 208. In giurisprudenza v. Cass. 8 giugno 2018, n. 15035 (consultabile in rete nella banca dati *One Legale*) e Cass. 9 dicembre 2014, n. 2584, in *Foro it.*, I, 2015, 3284, secondo cui «[s]e una delle parti del contratto manifesti la volontà di attribuire un certo significato ad una clausola ambigua, e l'altra presti acquiescenza a tali manifestazioni di volontà, l'interpretazione del contratto secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1366 cod. civ., impone di ritenere quella interpretazione coerente con la comune volontà delle parti»; coglievano nel segno, già nella prima metà del secolo scorso (e non manca di segnalarlo E. BETTI, *Teo-*



Si tratta, a ben vedere, di un errore di indicazione, comune ai due contraenti, circa l'appartenenza della cosa compravenduta ad un genere anziché ad un altro ('squalo' anziché 'balena' o 'delfino'): e il canone della buona fede (art. 1366 cod. civ.) autorizzerebbe, in via di interpretazione correttiva⁶⁰, a dare al simbolo (parola o *emoji*) di cui le parti si sono servite nella contrattazione un significato conforme alla loro intenzione, attribuendogli il senso voluto (ma non dichiarato) per rettifica⁶¹. Là dove il destinatario di una dichiarazione intenda quale sia la reale intenzione della controparte (anche se manifestata erroneamente), essa diverrebbe parte del contenuto dell'accordo, arrivando a prevalere sul (mero) senso letterale del suo testo: che potrà essere se del caso rettificato⁶², per aderire all'esatto volere condiviso dalle parti⁶³.

ria generale, cit., 348, nota 8), anche Cass. 3 settembre 1947, in *Rep. Foro it.*, 1947, 877, n. 154, secondo cui «[t]ra i criteri d'interpretazione dei contratti non è compreso quello contenuto nella massima *ubi verba sunt clara non debet admitti voluntatis quaestio*»; Cass. 18 luglio 1947, *ivi*, 876, n. 142, secondo cui «[p]er quanto chiare risultino le espressioni di un contratto può sempre farsi luogo alla interpretazione della volontà dei contraenti, allorché le espressioni usate, che possono bene essere chiare, avuto riguardo al loro significato letterale, tuttavia non rivelino la vera intenzione dei contraenti»; e Cass. 19 aprile 1943, *ivi*, 1096, n. 214, secondo cui «[l]'elemento letterale e l'elemento logico debbono fondersi e coordinarsi nell'apprezzamento del rapporto negoziale, per interpretare quella che fu veramente la volontà contrattuale delle parti».

⁶⁰ Questa locuzione è fatta risalire a O. FISCHER [*Rechtsgeschäftliches Beiwerk (Demonstratio)*], in *Jherings Jahrbücher*, 76, 1926, 30 ss., secondo cui correttiva non sarebbe, propriamente, l'interpretazione, che scopre l'errore ma non lo elimina, indicando piuttosto un'operazione ulteriore, da essa mediata: lo segnala L. MENGONI (*Interpretazione*, cit., 11, nota 33), il quale avverte che per esservi «una volontà dichiarata conforme all'intenzione occorre rettificare la dichiarazione», ma a ciò l'art. 1362 cod. civ., di per sé, non autorizzerebbe l'interprete, perché il 'non limitarsi al senso letterale delle parole' non vorrebbe anche dire «attribuire alla dichiarazione, in base a dati extratestuali, un significato privo di ogni congruenza col testo» (9). Ciò sarebbe invece consentito fare, in materia successoria, in forza di quanto specificamente prescritto dall'art. 625 cod. civ.; e, in materia contrattuale, in forza dell'art. 1366 cod. civ.: pertanto, la buona fede interverrebbe per consentire di attribuire al contratto un significato conforme all'intenzione delle parti, anche «nell'ipotesi in cui con essa non si accordino le parole adoperate per esprimerla a causa di un errore comune dei contraenti sul loro significato» (15). Nella letteratura germanica contemporanea si rinvia a H.J. WIELING, *Die Bedeutung der Regel „falsa demonstratio non nocet“ im Vertragsrecht*, in *AcP*, 172, 4, 1972, 297-316.

⁶¹ L. MENGONI, *Interpretazione*, cit., 8 (anche note 19, 20 e 21) e 15: correggere vorrebbe pertanto dire sostituire un elemento della dichiarazione con un altro, facendola valere come se contenesse un'indicazione esatta al posto di quella inesatta (per errore comune). Il fondamento teorico di tale operazione è attribuito a E. DANZ, *Die Auslegung*, cit., § 20, 150, secondo cui in caso di indicazione erronea il criterio dell'interpretazione soggettiva (§ 133 BGB, corrispondente all'art. 1362, comma 1, cod. civ., anche se con formulazione volta a generalizzarne il principio al di là dei contratti: lo rileva E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 346) conterrebbe già l'autorizzazione, per l'interprete, a servirsi della dichiarazione per far salva la volontà del dichiarante, ricostruita anche in modo antiletterale, o comunque in base ad elementi estranei al testo. In Italia, cfr. anche M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, 2^a ed., Torino, s.d. [1955], 97; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, 395 (poi confluito e ampliato in ID., in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 2, in *Le fonti delle obbligazioni*, 1, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, VI, 3^a ed., Torino, 2004, 381) e R. CALVO, *sub art. 1362 cod. civ.*, cit., 70-71. Da ultimo, con più specifico riferimento all'esecuzione della volontà testamentaria, cfr. A. VENTURELLI, *L'indicazione falsa o erronea nell'esecuzione della volontà testamentaria*, Torino, 2020, spec. 166-178 e 321-326.

⁶² Ancora E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 351, secondo cui i contraenti, in tale eventualità e di norma «non avranno rilevato l'inadeguatezza della formola adottata, o anche rilevandola, se ne saranno appagati per inerzia o per amor di compromesso o con la taciuta riserva di precisare», e che sul punto rinvia anche, tra gli altri, a G. SEGRÉ, *Sulla responsabilità contrattuale e sui punti riservati*, in *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930, 457 ss.

⁶³ Così, condivisibilmente, R. CALVO, *sub art. 1362 cod. civ.*, cit., 71; cfr. anche F. CARNELUTTI, *L'interpretazione dei contratti e il ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1922, 148.



EDOARDO ALONZO

Dottorando – Università degli Studi di Palermo

PUBBLICITÀ COMPORTAMENTALE ONLINE E SCHEMI EMERGENTI DI NEGOZIAZIONE DEL CONSENSO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI. IL MODELLO “PAY OR CONSENT”

SOMMARIO: 1. Pubblicità comportamentale online e patrimonializzazione delle informazioni personali. – 2. Il ruolo del consenso al trattamento quale base giuridica della pubblicità comportamentale. – 3. La condizionalità del consenso e i margini di “negoiazione”. – 4. Il modello pay or consent. – 5. Il parere dell’EDPB sul modello pay or consent e libertà del consenso. Critica. – 6. Online behavioural advertising e raccordo imperfetto con il GDPR tra paternalismo ed esigenze di regolazione.

1. – L’innovazione tecnologica e la diffusione del digitale hanno da tempo modificato profondamente la società in cui viviamo. Si è assistito, infatti, all’ingresso di *internet* e della tecnologia nella quotidianità per mezzo delle più varie declinazioni, dall’impiego ormai necessitato degli *smartphone* all’utilizzo generalizzato di piattaforme cc.dd. *Big Techs* e alla diffusione dell’intelligenza artificiale e dell’*Internet of Things* ¹.

La tecnologia si trova a stretto contatto con l’utente e ne accompagna la maggior parte delle attività abituali, generando un ecosistema di iperconnessione ² che rende sempre più fragile e artificiosa la distinzione tra il mondo *offline* e quello *online* ³.

Tutto ciò, si sa, consente ai fornitori dei servizi digitali di raccogliere informazioni preziose sulle

¹ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni COM (2015) 192 final, consultabile all’indirizzo eur-lex.europa.eu, a mente della quale “l’economia globale diventa digitale: le tecnologie dell’informazione e della comunicazione (TIC) non costituiscono più un settore a sé stante, bensì il fondamento medesimo di tutti i sistemi economici innovativi moderni”.

² Il termine “iperconnessione” (*hyperconnectivity*) si riferisce alla condizione di costante connessione e utilizzo simultaneo di molteplici canali di comunicazione, come e-mail, messaggistica istantanea, social media e interazioni faccia a faccia. Il concetto è stato ampiamente discusso nella letteratura sociologica e tecnologica, in particolare negli studi di Anabel Quan-Haase e Barry Wellman, che ne hanno approfondito le implicazioni sociali e culturali in contesti organizzativi e di rete. Cfr. QUAN-HAASE-WELLMAN, *Hyperconnected Net Work: Computer-Mediated Community in a High-Tech Organization*, in HECKSCHER-ADLER (a cura di), *The Firm as a Collaborative Community: Reconstructing Trust in the Knowledge Economy*, Oxford University Press, New York, 2006.

³ “It is a transformative life world, situated beyond the increasingly artificial distinction between online and offline” scrive HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham, 2015, 8. In argomento cfr. anche FLORIDI (a cura di), *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*, Dordrecht, 2015, *passim*.



preferenze e sul comportamento dell'utente, le quali possono essere utilizzate per diversi scopi, tra cui finalità di marketing personalizzato dal fornitore medesimo o da terzi a cui essi sono ceduti.

L'*online behavioural advertising*⁴, ossia la pubblicità comportamentale online basata sulla profilazione degli utenti, pare aver da tempo soppiantato i tradizionali paradigmi di comunicazione commerciale basati sul *general* o sul *contextual advertising*, e ad oggi costituisce una delle forme più diffuse di sorveglianza digitale⁵.

Difatti, al suo nucleo, la pubblicità comportamentale implica il monitoraggio delle attività degli utenti per personalizzare le pubblicità in base ai loro interessi, preferenze e comportamenti. Questa personalizzazione mira a rendere le pubblicità più rilevanti e coinvolgenti, aumentando così la probabilità di interazione tra gli utenti commerciali e i consumatori⁶. Sfruttando i dati sulla cronologia di navigazione, le *query* di ricerca, le interazioni sui social media e altri comportamenti online, le aziende possono creare campagne pubblicitarie altamente mirate.

I dati personali sul comportamento degli utenti costituiscono per le piattaforme una risorsa "spendibile" sul secondo versante del mercato⁷, attraendo l'interesse di utenti commerciali e inserzionisti, giacché la possibilità di raggiungere i consumatori mediante la personalizzazione della promozione di prodotti e servizi genera un discreto vantaggio competitivo⁸. Ciò costituisce esemplare rappresenta-

⁴ In letteratura, relativamente agli aspetti giuridici cfr. D'IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata on line. Real-time Bidding e behavioural advertising*, Napoli, 2021, *passim*; MARGARITIS, *Online Behavioral Advertising as an Aggressive Commercial Practice*, in *EuCML*, 2023, 243, ss.; GALLI, *Online Behavioural Advertising and Unfair Manipulation Between the GDPR and the UCPD*, in EBERS-CANTERO GAMITO (a cura di), *Algorithmic Governance and Governance of Algorithms*, Springer, 2021, 109 ss.; ID., *La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?*, in *Contr. e impr.*, 2022, 919 ss.; ZUIDERVEEN BORGESIU, *Personal Data Processing for Behavioural Targeting: Which Legal Basis?*, in *International Data Privacy Law*, 2015, 163 ss.; ID., *Improving Privacy Protection in the area of Behavioural Targeting*, in *Kluwer Law International*, 2015, *passim*; NOTO LA DIEGA, *Some Considerations on Intelligent Online Behavioural Advertising*, in *Revue du droit des technologies de l'information*, 2017, 53 ss.; VAN EIJK-HELBERGER-KOOL-VAN DER PLAS-VAN DER SLOOT, *Online tracking: questioning the power of informed consent*, in *22nd European Regional ITS Conference, Budapest 2011: collection home page EconStor*, 2011; LAUX, WACHTER, MITTELSTADT, *Neutralizing online behavioural advertising. Algorithmic targeting with market power as an unfair commercial practice*, in *CMLR*, 2021, 719 ss.; ZARD-SEARS, *Targeted Advertising and Consumer Protection Law in the EU*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2023, 799 ss.

⁵ Cfr. VRANAKI, *Social Networking Site Regulation: Facebook, Online Behavioral Advertising, Power and Data Protection Laws*, in *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 1 ss., disponibile a SSRN: ssrn.com. L'A. mette in luce il sistematico monitoraggio degli utenti nell'attività online e offline al fine di modellare l'attività di *advertising* determini una *mass dataveillance* (sorveglianza di massa per mezzo della raccolta di dati).

⁶ KOTLER-KARTAJAYA-SETIAWAN, *Marketing 4.0, Moving from Traditional to Digital*, Hoboken, 2017, 47, spiegano come la segmentazione e la personalizzazione sono alla base di ogni attività di marketing, in quanto semplificano la relazione verticale tra venditore e consumatore, che gli A.A. parificano, metaforicamente, a quello tra predatore e preda. Nel contesto dei *social network*, è la *community* che orizzontalmente tiene legati gli utenti a formare il segmento, e le *communities* sarebbero "immuni" allo spamming e alla pubblicità non rilevante.

⁷ La locuzione "mercato a due versanti" (in inglese "two-sided market" o "two-sided platform") si riferisce a una struttura di mercato in cui due gruppi distinti di utenti interagiscono attraverso una piattaforma comune, e il valore per ciascun gruppo dipende dalla presenza dell'altro gruppo. Questa tipologia di mercati è caratterizzata da forti effetti di rete "incrociati": il valore del servizio per un gruppo di utenti aumenta con l'aumentare del numero di utenti dell'altro gruppo. L'espressione è stata resa popolare da Charles Rochet e Jean Tirole. Cfr. ROCHET-TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, Volume 1, 2003, 990 ss.

⁸ CAMILLERI, «Facebook credits» e commercializzazione di beni virtuali per social games: l'abuso di posizione dominante alla prova di un mercato con piattaforma plurilaterale, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2012, XX, 144 ss. ma spec. 147, osserva che "l'essenza di un social network riposa in effetti nella costituzione di una community, ossia di un circuito plurilaterale di relazioni che in sé trovano quindi la propria ragion d'essere; ciò non toglie, tuttavia, che su quella medesima rete possano innestarsi, sfruttandone la massa critica ed i network effects, uno o più business collaterali e complementari al social networking".



zione della patrimonializzazione delle informazioni, concetto ormai acquisito nella letteratura in materia di protezione dei dati personali⁹.

Non è un caso che dall'attività istruttoria dell'AGCM sia emerso che il *business model* del gruppo Facebook sia essenzialmente fondato sul trattamento delle informazioni degli iscritti, e che i ricavi provenienti dalla pubblicità basata sulla profilazione degli stessi costituiscano pressoché l'intero fatturato di Facebook Ireland Ltd. e di Facebook Inc¹⁰.

A ciò si aggiunge la diffusione dell'intelligenza artificiale nel settore pubblicitario e di tecniche di *Big Data Analytics* utilizzate per analizzare ed estrarre informazioni utili da grandi volumi di dati complessi e variabili, (noti appunto come *Big Data*¹¹) la quale agevola la c.d. *mass customization* dei prodotti sul mercato¹².

Va da sé che, posto l'enorme potenziale del *data-driven marketing*, piccoli e grandi *players* del mercato digitale hanno tutto l'interesse alla raccolta della maggior quantità possibile di dati personali dei loro utenti.

Tale capacità remunerativa dei dati personali si accosta, specialmente con riguardo alle grandi piattaforme, all'irrinunciabilità dell'interazione virtuale, nelle vesti di contemporanea espressione della natura dell'uomo quale animale sociale; la realtà così descritta è stata a ragione definita come la rinno-
vazione contemporanea di un Patto Faustiano¹³.

2. – Giacché l'*online behavioural advertising* si compone di pratiche integralmente alimentate dalla raccolta di dati personali dell'utente da profilare, queste non possono che ricadere nell'ambito di ap-

⁹ Su cui, senza pretese di completezza cfr. BRAVO, *Il diritto a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, *passim*; CUFFARO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, in *Dir. inf. e informatica*, 2018, 689 ss.; SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e impr.*, 2020, 760 ss.; VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, *passim*; D'IPPOLITO, *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziazione*, in *Dir. inf. e informatica*, 2020, 635 ss.; SPECIALE, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione*, in *Contratto e impr.*, 2021, 602 ss.; THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europ. e d. priv.*, 2016, 513 ss.; MALGIERI-CUSTERS, *Pricing Privacy – The Right to Know the Value of Your Personal Data*, in *Computer Law & Sec. Rev.*, 2018, 289 ss.; NOTO LA DIEGA, *Data as digital assets. The case of targeted advertising: towards a holistic approach?*, in BAKHOUM-CONDE GALLEGU-MACKENRODT-SURBLYTÉ-NAMAVIČIENĖ (a cura di), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach?*, Springer, 2018, 445 ss.

¹⁰ AGCM, provv. del 29 novembre 2018, n. 27432.

¹¹ Cfr. AGCM, AGCOM, AGPDP, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 2020. In dottrina: REZZANI, *Architettura, tecnologie e metodi per l'utilizzo di grandi basi di dati*, Milano, 2013, *passim*; D'ACQUISTO, NALDI, *Big data e privacy by design. Anonizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017, *passim*; NAZZARO, *L'utilizzo dei Big data e i problemi di tutela della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1239 ss.

¹² KOTLER-KARTAJAYA-SETIAWAN, *op. cit.*, 83. Sulla "massificazione" della protezione dei dati personali, cfr. DE TULLIO, *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Pol. dir.*, 2016, 671 ss.; MANTELERO, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: from an individual to a collective dimension of data protection*, in *Comp. L. & Sec. Rev.*, 2016, 1 ss., ID., *From group privacy to collective privacy: towards a new dimension of privacy and data protection in the big data era*, in VAN DER SLOOT-FLORIDI-TAYLOR, *Group privacy. New challenges of data technologies*, in FLORIDI-TAYLOR-VAN DER SLOOT (a cura di), Dordrecht, 2017, 139 ss.; MITTELSTADT, *From individual to group privacy*, in *Philos. Technol.*, 2017, 475 ss.; ANDREW e BAKER, *The General Data Protection Regulation in the Age of Surveillance Capitalism*, in *Journal of Business Ethics*, 2021, 565 ss.

¹³ ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, 21. L'A. aggiunge che "Internet è diventato essenziale per avere una vita sociale, ma internet è anche saturo di pubblicità, e la pubblicità è subordinata al capitalismo della sorveglianza".



plicazione del regolamento sulla protezione dei dati personali (GDPR)¹⁴.

Dunque, l'interesse alla raccolta delle informazioni degli utenti di siti *web* e piattaforme incontra il limite del rispetto del regolamento, il cui denso sistema di regole e principi bilancia l'interesse allo sfruttamento dei dati con la protezione dei soggetti interessati dal trattamento, garantendo agli stessi – in misura variabile – la signoria e il controllo sulle informazioni che li riguardano¹⁵.

Tuttavia, la disciplina in materia non regolamenta specificamente il fenomeno della pubblicità comportamentale, limitandosi ad alcune disposizioni – fra tutte, l'art. 21 GDPR – in materia di marketing diretto¹⁶. Il secondo paragrafo, in particolare, disciplina il diritto di opposizione dell'interessato nell'ambito di un trattamento di dati personali basato sul legittimo interesse (art. 6, lett. *f*) e sull'adempimento di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri (art. 6, lett. *e*)¹⁷.

L'individuazione della base giuridica per il trattamento dei dati ai fini dell'*online behavioural advertising* è da tempo oggetto di un dibattito volto a soppesare le esigenze di remunerazione dei servizi digitali e quella di limitazione di un uso indiscriminato e abusivo delle informazioni dell'utente¹⁸.

Sul punto si è poi pronunciata la Corte di giustizia¹⁹, a valle della vicenda giudiziaria che ha riguardato *Meta* e l'Autorità garante della concorrenza tedesca (*Bundeskartellamt*)²⁰.

La Corte predilige, per esclusione, il consenso quale base giuridica per la personalizzazione dei contenuti e anzitutto quelli pubblicitari²¹, scartando invece l'ipotesi dell'esecuzione di un contratto tra

¹⁴ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE, entrato in vigore il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione in GUUE (avvenuta il 4 maggio 2016).

¹⁵ FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1 ss. e spec. 2 rammenta come il diritto alla protezione dei dati personali consiste nel diritto dell'interessato del trattamento di esercitare un controllo attivo sui propri dati personali.

¹⁶ Sulla non sovrapponibilità delle due figure, cfr. NOTO LA DIEGA, *Some considerations on intelligent online behavioural advertising*, cit., 53 ss.

¹⁷ A tal proposito, il Considerando 47 conclude affermando che “può essere considerato legittimo interesse trattare dati personali per finalità di marketing diretto”.

¹⁸ In argomento, per tutti, ZUIDERVEEN BORGESIUS, *Personal data processing for behavioural targeting*, cit.

¹⁹ Corte giust. UE, Grande sez., 4 luglio 2023, causa C-252/21, *M.P. Inc. c. Bundeskartellamt*. Il Bundeskartellamt avviava nei confronti di Meta un procedimento per abuso di posizione dominante in esito al quale l'Autorità vietava alla piattaforma di condizionare l'utilizzo da parte degli utenti del social network Facebook al trattamento dei loro dati personali sulla base delle condizioni generali di contratto predisposte. A mente del provvedimento, l'incorporazione delle clausole di trattamento dati all'interno delle condizioni generali costituiva una violazione del regolamento, in quanto il trattamento medesimo sarebbe risultato privo di una condizione di liceità, come richiesto dall'art. 6 GDPR. L'illegittimità del trattamento integrava, inoltre, uno sfruttamento della propria posizione dominante nel mercato dei social network, e ciò giustificava l'interesse del Bundeskartellamt a far cessare la pratica. Meta, al fine di contestare la sanzione adiva l'Oberlandesgericht Düsseldorf, il quale sospendeva il procedimento interrogando la Corte di giustizia. In letteratura, si vedano i commenti di G. D'IPPOLITO, *Data Economy: la Corte di giustizia precisa il rapporto tra concorrenza e protezione dei dati personali e le norme sulla pubblicità personalizzata*, in *Medialaws*, 2023, 323 ss.; V. BACHELET, *La Corte di giustizia sul caso Meta: trattamento dei dati e “prezzo” del consenso*, in *Pactum*, 2023, 484 ss.; A.M. HRISCU, *Meta v Bundeskartellamt: The Lawfulness of Big Tech's Processing of Personal Data and the Relationship Between Data Protection and Competition Law*, in *EDPL*, 2023, 371 ss.

²⁰ Su cui, per tutti, OSTI e PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, 195 ss.

²¹ La Corte premette, al § 28, che il modello imprenditoriale di Facebook si baserebbe interamente sulla remunerazione della pubblicità online, modulata sulle preferenze dei singoli utenti del social network, “del loro comportamento di consumo, dei loro interessi, del loro potere d'acquisto e della loro situazione personale”.



il titolare e l'interessato²² (art. 6, par. 1, lett. *b*, GDPR) e il legittimo interesse del titolare (art. 6, par. 1, lett. *f*, GDPR)²³.

Ciò tuttavia non sorprende, se si osserva la posizione privilegiata che la Corte ha a più riprese riservato al consenso tra le diverse condizioni di liceità previste dal GDPR²⁴. Nonostante il rapporto tra queste ultime e il consenso non possa formalmente ascriversi a quello di regola-eccezione²⁵, è altresì vero che a mente del *case law* europeo, le condizioni di liceità di cui all'art. 6, par. 1, comma 1, lett. da *b* ad *f*, del regolamento devono essere interpretate restrittivamente, in quanto consentono di rendere lecito un trattamento di dati personali effettuato in assenza del consenso dell'interessato²⁶.

È lo stesso GDPR, d'altronde, a garantire alla volontà del singolo la sua speciale elevazione²⁷. Difatti, oltre ad essere la prima delle condizioni di liceità elencate dall'art. 6, la stessa rimane sempre uti-

²² Una diversa posizione sembrava aver assunto l'Irish Data Protection Commission nella DPC Decision of 31 December 2022 sempre in un caso riguardante *Meta*. L'Autorità ha difatti premesso come al titolare del trattamento non sia precluso in linea di principio dal fare affidamento sull'art. 6(1)(b) GDPR per il finalità di legittimazione delle attività di trattamento dei dati personali coinvolte nella fornitura del suo servizio agli utenti, compresa la pubblicità comportamentale, nella misura in cui essa costituisce una parte essenziale del servizio (p. 36), e che è assolutamente ipotizzabile che, poste determinate condizioni contrattuali che prevedono l'erogazione di un servizio personalizzato (ivi compresa la pubblicità), il trattamento dei dati a tal fine sia legittimo in quanto necessario per l'esecuzione dell'accordo medesimo. Non di stesse vedute si è dimostrato l'European Data Protection Board nella decisione vincolante n. 3/2022, con cui aveva affermato che *Meta* si è indebitamente basata sull'art. 6(1)(b) GDPR per il trattamento dei dati personali degli utenti nel contesto delle condizioni generali di contratto, e quindi difettando di una base giuridica per il trattamento di questi dati ai fini della pubblicità comportamentale.

²³ Seppur la Corte di giustizia abbia, di recente, stabilito che un trattamento di dati personali consistente nella comunicazione a titolo oneroso di dati personali dei membri di una federazione sportiva, al fine di soddisfare un interesse commerciale del titolare del trattamento, può essere considerato necessario ai fini del legittimo interesse perseguito da tale titolare v. Corte giust. UE 4 ottobre 2024, *Koninklijke Nederlandse Lawn Tennisbond v. Autoriteit Persoonsgegevens*, causa C-621/22. È tuttavia rilevato, nel caso *Meta* (§ 117), che "l'utente di quest'ultimo [del titolare del trattamento N.d.R.] non può ragionevolmente attendersi che, senza il suo consenso, l'operatore di tale social network tratti i suoi dati personali a fini di personalizzazione della pubblicità. In tali circostanze, si deve ritenere che i diritti fondamentali e gli interessi di tale utente prevalgano sull'interesse dell'operatore a tale personalizzazione della pubblicità mediante la quale egli finanzia la sua attività, cosicché il trattamento da quest'ultimo effettuato a tali fini non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera f), del RGPD".

²⁴ Le "condizioni di liceità" a cui si riferisce l'art. 6 GDPR, vanno intese quali presupposti necessari di conformità del trattamento, tipizzati dal legislatore, che già contengono un primo bilanciamento di interessi tra titolare e interessato e che consentono un primo vaglio di legittimità. Così BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, 101 ss. ma spec. 125.

Per un'analisi generale delle condizioni di liceità del trattamento, cfr. POLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 2783 ss.; BOLOGNINI-PELINO, *Condizioni di liceità*, in PELINO-BOLOGNINI-BISTOLFI (a cura di) *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016, 277 ss.; DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in CUFFARO-D'ORAZIO-RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 221 ss.; THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati*, Santarcangelo di Romagna, 2016, *passim*.

²⁵ Sul punto la letteratura sembra concordare. In tal senso, cfr. CAGGIA, *Libertà ed espressione del consenso*, in CUFFARO-D'ORAZIO-RICCIUTO, cit., 249 ss. ma spec. 251; BRAVO *ult. op. cit.*, 138; MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il potere della revoca*, in PANETTA (a cura di) *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, 2006, 993 ss., ma spec. 994.; BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2020, 860 ss.

²⁶ Corte giust. UE 24 febbraio 2022, *Valsts ierņēmumu dienests*, C-175/20, § 73 e giurisprudenza unionale ivi citata.

²⁷ Inoltre, un'espressa menzione del consenso si rinviene nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, la quale positivizza il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali. L'art. 8, al par. 2, recita che i dati "devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge".



lizzabile anche per le attività più delicate e impattanti sull'interessato, come il trattamento di dati particolari *ex art. 9²⁸* o i processi totalmente automatizzati *ex art. 22²⁹*.

E difatti, il caso in cui il trattamento si fonda sul consenso dell'interessato è l'unico in cui la normativa assegna allo stesso (e non alle disposizioni normative o al titolare) il ruolo di protagonista nella valutazione del bilanciamento tra gli interessi coinvolti nel trattamento³⁰.

Dato il potenziale impatto sulla riservatezza e sulla vita privata dell'interessato, lo stesso dovrebbe poter consapevolmente acconsentire all'utilizzo delle informazioni sul suo comportamento al fine di ricevere pubblicità personalizzata.

3. – Si è potuto fino ad adesso notare come la volontà dell'interessato del trattamento dei dati giochi un ruolo di prim'ordine tra i presupposti di liceità della pubblicità basata sulla profilazione.

Tuttavia, ove sia il consenso la base giuridica su cui si fonda l'attività, il titolare è esposto al rischio che lo stesso non sia prestato dall'utente, o che quest'ultimo lo revochi in un secondo momento³¹, pur usufruendo (o continuando a usufruire) del servizio.

Al contrario, il titolare ha interesse ad attrarre la clientela, magari in forza della formale gratuità del servizio, per poi ricavare successivamente un lucro per mezzo della spendita dei dati nel mercato pubblicitario³².

Insomma, affinché la raccolta dei dati sul comportamento degli utenti possa efficacemente costituire principale fonte di remunerazione di una certa attività imprenditoriale, può rendersi necessario condizionare l'erogazione del servizio offerto alla possibilità di trattare le informazioni di chi ne usufruisce.

In ossequio a tale premessa, non sempre i singoli utenti sono liberi di scegliere se acconsentire a determinati trattamenti delle loro informazioni. Difatti, è pratica diffusa quella di subordinare l'accesso a un determinato servizio o pagina *web* alla prestazione del consenso al trattamento dei dati personali, assicurandosi la possibilità di sfruttare economicamente le informazioni raccolte quantomeno per tutta la durata di erogazione del servizio.

²⁸ Sul trattamento dei dati particolari, cfr. per tutti GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 165 ss.

²⁹ Sul trattamento automatizzato di dati personali, cfr. Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati (WP29), *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, 3 ottobre 2017 (emend. 6 febbraio 2018).

³⁰ BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nella fornitura di servizi digitali ed il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019, 34 ss., ma spec. 43. Cfr. anche MAZZAMUTO, *op. cit.*, 994 secondo cui il consenso al trattamento è "strumento giuridico di composizione del conflitto tra autodeterminazione della propria personalità e libertà informativa in un'ottica che tende a privilegiare la partecipazione dell'interessato alla vicenda circolatoria dei suoi dati personali".

Basti pensare che l'impostazione tradizionale riconosceva soltanto al consenso il ruolo di strumento per l'esercizio dei diritti della personalità. La ormai abrogata legge 31 dicembre 1996, n. 675 stabiliva all'art. 11 che "il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato".

³¹ La revoca del consenso, oltre a costringere il titolare o il responsabile a interrompere il trattamento, consente all'interessato la facoltà di chiedere la cancellazione dei dati che lo riguardano ai sensi dell'art. 17, par. 1, lett. b, GDPR.

³² Cfr. LIBERTINI, *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, 337 ss. e spec. 339 che tra le peculiarità dei mercati digitali menziona "the possibility to build two-or multi-sided markets makes it possible to insert within them some "Zero Price Markets", which, on a side of the market, attract lots of free users (often also suppliers of their personal data), essential for the success of the platform operator, but also on the other market sides, act where users pay money to it".



E ciò avviene tanto con riguardo a complessi servizi di piattaforma, quali *social network*³³, ma anche con riferimento alla quotidiana navigazione su siti *web*, i quali talvolta non concedono l'accesso all'utente che non accetti l'installazione di *cookies* di tracciamento sul proprio dispositivo.

Un siffatto modello, a prescindere dalla sua riconducibilità al dominio proprio di una cornice contrattuale³⁴, evoca se non altro un paradigma di corresponsività: l'utente potrà usufruire del servizio soltanto accettando di autorizzare lo sfruttamento delle proprie informazioni, sicché le stesse si fanno, *lato sensu*, controprestazione non pecuniaria³⁵.

Quanto alla fattibilità giuridica di tale operazione, non assistiamo a una vera e propria presa di posizione del regolamento sul punto, che anzi rimane quanto mai equivoco³⁶.

Anzitutto, la normativa definisce il consenso come una manifestazione di volontà “libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato”³⁷.

In particolare, il requisito della libertà va vagliato con riferimento a presupposti differenti e più rigidi rispetto alla volontà negoziale codicistica³⁸.

Ai sensi dell'art. 7, par. 4, nell'apprezzamento del requisito della libertà del consenso, va tenuta nella “massima considerazione” la circostanza che lo stesso sia richiesto per l'erogazione di un servizio. Cosa si intenda per “tenere nella massima considerazione” rimane poco chiaro fino a che non si legge la predetta disposizione in uno con il considerando 43, a mente del quale “si presume che il consenso non sia stato liberamente espresso se non è possibile esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione”.

Seppur non vietata, dunque, la pratica dei cc.dd. *tying agreements* si presume non conforme al GDPR, nel senso che si suppone che l'interessato non abbia prestato liberamente il proprio consenso al trattamento³⁹.

³³ Nel già citato provvedimento dell'AGCM del 29 novembre 2018, n. 27432, l'Autorità riferisce che i dati degli utenti costituivano “contro-prestazione del servizio offerto dal social network, in quanto dotati di valore commerciale”.

³⁴ Si confrontino le considerazioni di RESTA e ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi di rete*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 411 ss.

³⁵ Sulla sostanziale onerosità dei servizi che obbligano l'utente ad acconsentire al trattamento dei dati, per tutti, cfr. SPEZIALE, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione*, in *Contr. e impr.*, 2021, 602 ss.; RESTA-ZENO-ZENCOVICH, *ult. op. cit.*, BATTELLI, *I modelli negoziali di business degli operatori digitali a “prezzo zero” non sono “gratuiti”*, in *Contratti*, 2022, 355 ss.; DE FRANCESCHI, *il “pagamento” mediante dati personali*, in CUFFARO-D'ORAZIO-RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1381 ss.

³⁶ BACHELET, *Il consenso oltre il consenso. Dati personali, contratto, mercato*, Pisa, 2023, 27, secondo cui “il GDPR non si occupa, se non in maniera “evasiva”, dei rapporti di scambio aventi ad oggetto dati personali”.

³⁷ Art. 4, par. 1, lett. 11, GDPR.

³⁸ Se è vero che nell'ambito contrattuale, la volontà “deve essersi formata liberamente e senza condizioni di sorta” (ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2023, 283), la stessa è invalidata soltanto dai più gravi vizi tassativamente positivizzati dal codice, ossia l'errore, la violenza e il dolo ex art. 1427 cod. civ.

³⁹ Cfr. in senso contrario LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. e impresa*, 106 ss. ma spec. 113, secondo cui non si tratta di una presunzione bensì “di un invito di fonte legislativa a prestare attenzione, tra le altre circostanze del consenso, a questa peculiare forma di condizionamento, potenziale indice di una menomata libertà decisionale dell'utente”. Si noti, a tal proposito, che il Parlamento europeo aveva proposto, in una prima fase di gestazione del GDPR, di vietare i *tying agreements*. Cfr. European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Draft Report del 17 dicembre 2012, 2012/ 0011(COD), amendment n. 107, con cui si proponeva di aggiungere il par. 4 b all'art. 7 GDPR la seguente frase: “the execution of a contract or the provision of a service may not be made conditional on the consent to the processing or use of data that is not necessary for the execution of the contract or the provision of the service pursuant to Article 6(1)(b)”.



È ammessa tuttavia la prova positiva – non facile, specialmente avendo riguardo a condizioni standard predisposte nei confronti di n utenti in assenza di negoziazione – che il soggetto avrebbe autorizzato il trattamento anche a prescindere dalla circostanza che lo stesso fosse necessario per accedere all'affare.

Prova che è posta in capo al titolare in virtù del principio generale di *accountability*, il quale trova espressa applicazione anche a tale fattispecie in forza dell'incipit dell'art. 7, talché spetta al titolare dimostrare che l'interessato ha prestato il proprio consenso (e che lo ha prestato liberamente)⁴⁰.

Proprio in relazione alla personalizzazione dei contenuti pubblicitari, è intervenuta, si diceva, anche la Corte di giustizia, la quale ha stabilito che la posizione dominante nel mercato dei *social network* è elemento da tenere in considerazione al fine di vagliare la libertà del consenso al trattamento. Inoltre, a mente della pronuncia, gli utenti della piattaforma dovrebbero essere liberi di rifiutarsi di prestare il proprio assenso a trattamenti dei dati non necessari all'esecuzione del contratto – nonché particolarmente invasivi e impattanti, come la pubblicità personalizzata – senza per questo essere costretti a rinunciare integralmente alla fruizione del servizio offerto dal titolare⁴¹.

Quanto riferito dalla Corte sin qui si assesta, essenzialmente, sulla falsariga di quella interpretazione restrittiva fornita dall'European Data Protection Board (EDPB) nelle proprie linee guida⁴², la cui posizione sulla libertà del consenso al trattamento si è a più riprese mostrata notevolmente severa. Il Comitato precisa che la manifestazione di volontà, di cui all'art. 6, par. 1, lett. è invalidata da “qualsiasi azione di pressione o influenza inappropriata sull'interessato (che si può manifestare in vari modi) che impedisca a quest'ultimo di esercitare il suo libero arbitrio”⁴³.

Sulla scorta di tale principio, il Comitato censura la pratica consistente nel subordinare la fornitura di un contratto o servizio al consenso al trattamento di dati personali⁴⁴. In tal caso, si presume che il consenso prestato non sia stato espresso liberamente, in linea con la previsione del Considerando 43⁴⁵.

Si noti che la prospettiva fornita dal Comitato si mostra genericamente più ortodossa finanche del dato testuale: la presunzione di cui al Considerando menzionato sarebbe una presunzione “forte”, alla luce della quale il consenso a un trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di un con-

⁴⁰Nel senso per cui il titolare deve dimostrare non solo il consenso, ma anche i suoi requisiti di validità, Corte giust. UE 11 novembre 2020, *Orange romania v. Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP)*, causa C-61/19. A commento della pronuncia, per tutti cfr. VERSACI, *Consenso al trattamento dei dati personali e dark patterns tra opzionalità e condizionalità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1130 ss.; PURPURA, *Il consenso nel mercato dei dati personali. Considerazioni al tempo dei big data*, in questa *Rivista*, 2022, 891 ss.

⁴¹Corte giust. UE causa C-252/21, § 150.

⁴²*European Data Protection Board (EDPB)*, Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679, Versione 1.1, adottate il 4 maggio 2020.

⁴³*European Data Protection Board (EDPB)*, Linee guida 5/2020, 8, par. 14.

⁴⁴Diversa è la posizione della giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2018, n. 17278, in *Giur. It.*, 2019, 530 ss., con nota di THOBANI, *Protezione dei dati personali – Operazioni di tying e libertà del consenso*. La pronuncia rileva come nel caso di servizi fungibili e non essenziali, come una newsletter informativa, è lecito condizionare la fornitura del servizio al consenso per finalità promozionali, purché tale consenso sia specifico e inequivocabile. In altre parole, se l'utente può rinunciare al servizio senza un sacrificio significativo, il consenso al trattamento dei dati per scopi pubblicitari può essere considerato valido anche se necessario per accedere al servizio. Sul punto cfr. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 94 ss.

⁴⁵*European Data Protection Board (EDPB)*, Linee guida 5/2020, 11, par. 26. Si noti come il dibattito dottrinale sul tema è ricchissimo di spunti e posizioni differenti. Limitandoci ai lavori monografici, senza pretese di completezza, cfr. IRTI, *op. cit.*; BACHELET, *Il consenso oltre il consenso*, cit.; VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020; RICCIUTO, *L'equivoco della privacy*, cit.



tratto non deve essere considerato un corrispettivo obbligatorio per il medesimo⁴⁶, salvo casi “estremamente eccezionali”, peraltro non specificati e nemmeno vagamente descritti.

Insomma, il combinato disposto tra l’art. 7, par. 4 e il Considerando 43 farebbe da argine alla legittimità di un consenso puramente condizionale.

4. – Nella travagliata vicenda *Meta*, la Corte di giustizia ha dunque innalzato un argine al proliferare di pratiche contrattuali che “costringano” l’utente ad acconsentire alla pubblicità comportamentale per accedere al servizio di piattaforma offerto.

Allo stesso tempo, nondimeno, la pronuncia pare in un *obiter* avallare (e finanche suggerire) l’ipotesi in cui all’utente sia proposta, anche a fronte del pagamento di un “adeguato corrispettivo”, una versione alternativa ed equipollente del servizio che non contempni il trattamento dei dati dell’utente ai fini della pubblicità personalizzata⁴⁷.

Spiraglio, questo, prontamente richiuse dall’EDPB nel recente parere n. 08/2024⁴⁸ sulla validità dei modelli “consenso o pagamento” attuati dalle piattaforme online di grandi dimensioni per il trattamento dei dati personali finalizzato alla pubblicità personalizzata. Tale dinamica di negoziazione, alternativa al puro rapporto di condizionalità tra assenso al trattamento e accesso al servizio, si sostanzia nell’offrire all’utente due alternative: o quest’ultimo paga il prezzo del servizio (spesso stabilito in un canone mensile) oppure acconsente al tracciamento a fini pubblicitari⁴⁹.

Il Comitato richiama anzitutto l’attenzione sul rispetto di alcuni principi, e segnatamente del principio di minimizzazione, secondo cui i dati personali devono essere adeguati, pertinenti e limitati al quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati, di talché la raccolta delle informazioni ai fini della pubblicità comportamentale non può trasformarsi in una costante sorveglianza *sine die* dell’interessato, “potenzialmente monitorandone l’intera vita, online e offline”⁵⁰.

È altresì sottolineata la necessaria osservanza del principio di correttezza di cui all’art. 5, par. 1, lett. a, GDPR, e pertanto non sono ammesse pratiche di *advertising* discriminatorie, ingannevoli o manipolatorie⁵¹.

⁴⁶ *European Data Protection Board* (EDPB), Linee guida 5/2020, 11, par. 27.

⁴⁷ § 150 della sentenza citata.

⁴⁸ Parere 8/2024 dello *European Data Protection Board* (EDPB) del 17 aprile 2024: www.edpb.europa.eu.

⁴⁹ Questa pratica, oltre che da *Meta*, è attualmente utilizzata da diverse testate giornalistiche online. In dottrina, MONTINARO, *I cookie paywall e le testate giornalistiche online: si tratta di un “consenti a tutto o paga”?*, in GRISI-TOMMASI, *Mercato digitale e tutela dei consumatori. Prove di futuro*, Torino, 2023, 187 ss. Il Garante privacy italiano ha attualmente aperto delle istruttorie nei confronti di alcune testate giornalistiche online, dandone atto con tre comunicati del 18 ottobre 2022 (www.garanteprivacy.it), del 21 ottobre 2022 (www.garanteprivacy.it) e del 12 novembre 2022 (www.garanteprivacy.it).

⁵⁰ *European Data Protection Board* (EDPB), Parere 8/2024, 20-21. Principio di recente condiviso dalla Corte di giustizia, in un caso che ha sempre riguardato *Meta* (Corte giust. UE 4 ottobre 2024, *Maximilian Schrems v Meta Platforms Ireland Limited*, causa C-446/21).

La pronuncia rammenta come i principi relativi al trattamento dei dati personali di cui all’art. 5 GDPR, sono da applicarsi cumulativamente all’*online behavioural advertising*, ivi compresi il principio di minimizzazione dei dati e quello della *storage limitation*.

Entrambi i principi rispondono alla medesima *ratio* di riduzione dei rischi connessi al trattamento e di limitazione della sorveglianza dell’utente: meno dati vengono raccolti e per meno tempo gli stessi sono conservati meno gli stessi sono sottoposti a potenziali rischi. Ne consegue che “il principio della «minimizzazione dei dati», da esso previsto, osta a che tutti i dati personali che un responsabile del trattamento, come il gestore di una piattaforma di social network online, ha ottenuto dall’interessato o da terzi e che sono stati raccolti sia su tale piattaforma che al di fuori di essa, siano aggregati, analizzati ed elaborati a fini di pubblicità mirata, senza limitazione temporale e senza distinzione basata sulla natura di tali dati”.

⁵¹ *European Data Protection Board* (EDPB), Parere 8/2024, 21, par. 60. Tali condotte possono altresì integrare una prati-



Con riferimento al consenso dell'interessato il Comitato afferma diffusamente che il titolare dovrebbe assicurarsi che la richiesta di pagamento di un prezzo non faccia sentire gli utenti obbligati ad acconsentire al trattamento valutando se la scelta predisposta tra le due alternative sia genuina.

Tuttavia, quella che nella forma sembrerebbe una decisione rimessa alla prudenza del titolare in ossequio al principio di *accountability*, si dimostra in concreto un sostanziale divieto.

Difatti, già nelle linee guida sul consenso del 2020, il Comitato affermava che lo stesso può costituire condizione di liceità del trattamento solo ove l'interessato sia posto nelle condizioni di scegliere se accettare o meno i termini proposti senza subire pregiudizio⁵².

E invero, a mente della prospettiva individuata nel recente parere, se un interessato rifiuta di dare il proprio consenso al trattamento dei dati per scopi di pubblicità comportamentale, e in assenza di ulteriori alternative gratuite che gli permettano di accedere alle medesime condizioni, lo stesso si troverebbe a dover affrontare un pregiudizio di tipo economico, ossia il pagamento della tariffa imposta.

In sintesi, da un lato il titolare è libero di fornire l'accesso al proprio servizio a fronte del pagamento di un corrispettivo in denaro, dall'altro, ove decida in tal senso, non potrà offrire una versione gratuita o a un prezzo più basso a quegli utenti che acconsentano al trattamento dei loro dati personali funzionale alla pubblicità basata sul loro comportamento.

Tant'è che poi, pur precisando come non sia obbligatorio per il sito o la piattaforma offrire il proprio servizio gratuitamente, ammette, in luogo della binaria offerta "*pay or consent*", un'altra ipotesi a suo dire più *compliant* con il regolamento: i titolari dovrebbero considerare anche l'offerta di un'ulteriore alternativa gratuita, che non comporti il trattamento di dati per scopi di pubblicità comportamentale e che potrebbe, segnatamente, contemplare diverse forme di pubblicità implicanti il trattamento di meno dati personali, come la pubblicità contestuale o generale o pubblicità basata su argomenti selezionati dall'utente da una lista di interessi⁵³.

Insomma, anche il modello "*pay or consent*" sembra attratto nella medesima prospettiva di difficile compatibilità con il GDPR, seppure, come si proverà a spiegare *infra*, al di fuori del contorno dell'art. 7, par. 4, GDPR.

5. – Nell'intervento dell'EDPB si può scorgere una postura quasi correttiva dell'arresto della Corte nel caso *Meta c. Bundeskartellamt*, mirata a chiudere ogni possibile spiraglio lasciato aperto da quel passaggio della sentenza che sembrava accordare al titolare la facoltà di fornire un'alternativa onerosa a fianco di quella che prevede il "pagamento" con i dati.

Al cospetto del modello "*pay or consent*" il Comitato sembra assumere sostanzialmente la medesima posizione di veto già affermata con riferimento a paradigmi che facevano della piena correttezza tra dati e servizio erogato, e di conseguente condizionalità del consenso, il fulcro dell'operazione.

Vi è però da sottolineare come quella prospettiva, seppur di per sé irrigidita da certe premesse di lettura del diritto alla protezione dei dati personali, trovava comunque conforto nel dato normativo, e precisamente quello relativo al combinato disposto di cui all'art. 7, par. 4 e al Considerando 43.

Nel caso invece dello schema "*pay or consent*" le predette disposizioni non trovano applicazione,

ca commerciale scorretta ai sensi della direttiva 2005/29/CE. In argomento, cfr. GALLI, *Online Behavioural Advertising and Unfair Manipulation*, cit.; MARGARITIS, *op. cit.*

⁵² *European Data Protection Board (EDPB)*, Linee guida 5/2020, 14 ss.

⁵³ *European Data Protection Board (EDPB)*, Parere 8/2024, diffusamente ma spec. 45.



in quanto attengono alla diversa fattispecie in cui l' esercente precluda interamente la fruizione del proprio servizio ove l' utente non abbia acconsentito al trattamento, senza che possa accedervi pagando una somma di denaro.

Vero è che l' art. 7, par. 4 costituisce una tipizzazione non esaustiva dei casi di consenso non libero (o presunto tale), tuttavia lo stesso fornisce un binario di lettura di siffatto concetto di cui non può non tenersi conto.

Giacché al di fuori da questo tracciato, la liceità dell' ipotesi in cui il professionista offra due possibilità, una a pagamento che non contempli pubblicità personalizzata e una gratuita (o fortemente scontata, a seconda delle ipotesi) che invece preveda il trattamento dei dati a tal fine, va vagliata con esclusivo riferimento al generale attributo di libertà del consenso prestato.

Il Comitato, in tal senso, premette che il consenso deve ritenersi non liberamente fornito ove l' interessato subisca un pregiudizio a causa del mancato consenso o della sua revoca⁵⁴.

Da tale considerazione preliminare conseguirebbe che, ove un interessato si rifiutasse di prestare il proprio consenso al trattamento dei dati per finalità di pubblicità comportamentale, in assenza di alternative gratuite che consentano di accedere alle medesime condizioni alla prestazione, l' interessato patirebbe una *conseguenza finanziaria*, poiché si troverebbe altrimenti a dover pagare un corrispettivo in denaro per poter usufruire del servizio⁵⁵.

Così strutturato il ragionamento presta il fianco a diverse obiezioni se si osserva la questione in prospettiva rovesciata.

Anzitutto, sul piano del metodo, giova premettere come il professionista non sia costretto in nessun caso ad offrire gratuitamente la propria prestazione. Di talché, prospettare il pagamento del corrispettivo come conseguenza finanziaria pregiudizievole per l' utente è fallace, in quanto postula, in premessa, la gratuità del servizio. Può ben osservarsi l' alternativa (formalmente) gratuita come un plausibile vantaggio per l' utente, in luogo di ritenere, al contrario, la versione a pagamento quale svantaggiosa conseguenza economica per lo stesso⁵⁶.

Quanto al merito, in assenza di previsioni normative (anche solo di principio) in tale direzione, non si nascondono alcune perplessità innanzi all' assioma per cui la scelta di acconsentire all' offerta del servizio comprensivo di pubblicità personalizzata in luogo della sua versione a pagamento sia sempre e in ogni caso frutto di un consenso viziato. Rimane intatta, in tal senso, l' obiezione per cui il destinatario di tale pratica potrebbe assolutamente acconsentire, in modo consapevole, informato e assennato, al trattamento dei propri dati per accedere al servizio offerto dal titolare.

Certo, elemento da tenere in considerazione è la congruità del prezzo da corrispondere nella versione a pagamento, posto che un corrispettivo sconsideratamente elevato potrebbe essere offerto con il solo scopo di sospingere l' interessato ad acconsentire al trattamento, così da eludere il dettame dell' art. 7, par. 4, GDPR.

La pratica suddetta, difatti, si pone al labile confine con la sostanziale preclusione del servizio⁵⁷, permettendo nei fatti la riemersione di un paradigma di pura condizionalità del consenso prestato.

⁵⁴ *European Data Protection Board (EDPB)*, Parere 8/2024, 23, par. 70.

⁵⁵ *European Data Protection Board (EDPB)*, Parere 8/2024, 26, par. 86.

⁵⁶ Cfr. NETTESHEIM, *EU Data Protection Law and Pay-or-Consent Business Models*, disponibile su SSRN all' indirizzo: ssrn.com – DOI: 10.2139/ssrn.4768419, 10, che osserva come il fatto che la piattaforma fornisca un' alternativa a pagamento e non gratuita ricade al di fuori del diritto alla protezione dei dati personali.

⁵⁷ NETTESHEIM, *op. cit.*



Qui sì, allora, la posizione più o meno dominante del professionista nel mercato dovrebbe assumere rilievo: non ai fini di vagliare la libertà del consenso *sic et simpliciter*, quanto relativamente alla valutazione della congruità del prezzo richiesto in alternativa.

Tuttavia, il Comitato non sembra confrontarsi con la selezione di criteri volti ad apprezzare l'adeguatezza del costo della versione a pagamento, limitandosi a ipotizzare la necessità di una terza alternativa ossia quella che, seppur gratuita, non prevede pubblicità comportamentale ma forme di pubblicità meno invasive. Ipotesi, questa, in un certo senso prevista al Considerando 36 del *Digital Markets Act*⁵⁸ (DMA), senza che nondimeno la disposizione specifichi che l'alternativa meno personalizzata debba essere gratuita⁵⁹. Si badi, in ogni caso, che nonostante i requisiti del *consenso* dell'utente per la personalizzazione del servizio siano da apprezzarsi sulla scorta di un rinvio esplicito al GDPR⁶⁰, le disposizioni contenute nel DMA sono mirate prioritariamente a garantire la contendibilità dei mercati digitali e trovano applicazione soltanto nei confronti dei cc.dd. *gatekeepers*⁶¹.

6. – Fatica dunque a decollare una ricognizione normativa della remuneratività dei dati, specialmente nel contesto dell'*advertising* digitale che richiama invece a sé un costrutto *gius-economico* fondato su simili dinamiche remuneratorie.

Stando a quanto premesso, non può che rilevarsi come la questione della libertà del consenso al trattamento sembri piuttosto utilizzata da fattore schermante alla *mercificazione* dell'informazioni⁶². Tale limite, che riecheggia nei provvedimenti delle autorità europee, pone un vincolo di sostanziale indisponibilità sui dati dell'interessato, condizionando l'interpretazione e finanche la produzione del diritto positivo.

Icastico, in tal senso, è il caso della direttiva (UE) 2019/770⁶³ in materia di contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali⁶⁴.

⁵⁸ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali). Il Considerando 36 precisa che “per non compromettere in modo sleale la contendibilità dei servizi di piattaforma di base, i gatekeeper dovrebbero consentire agli utenti finali di scegliere liberamente di seguire tali pratiche di trattamento dei dati e accesso con registrazione offrendo un'alternativa meno personalizzata ma equivalente, e senza subordinare l'utilizzo del servizio di piattaforma di base o di talune sue funzionalità al consenso dell'utente finale. Ciò non dovrebbe pregiudicare la possibilità per il gatekeeper di procedere al trattamento dei dati personali o di fare accedere con registrazione gli utenti finali a un servizio, avvalendosi della base giuridica di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettere c), d) ed e), del regolamento (UE) 2016/679, ma non di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettere b) ed f), del medesimo regolamento”.

⁵⁹ Posto che il Considerando 37 stabilisce soltanto che “l'alternativa meno personalizzata non dovrebbe essere differente o di qualità inferiore rispetto al servizio fornito agli utenti finali che prestano il proprio consenso”. In ogni caso sarebbe l'interpretazione accolta dalla Commissione Europea nell'*enforcement* del regolamento nei confronti di *Meta*. Cfr. Commission, Press Release, Commission Opens Non-Compliance Investigations Against Alphabet, Apple and Meta under the Digital Markets Act, 25 March 2024.

⁶⁰ Il già citato Considerando 37, afferma che “il consenso dovrebbe essere prestato mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile con cui l'utente finale esprime una manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile, secondo la definizione di cui al regolamento (UE) 2016/679”.

⁶¹ Ossia, quei soggetti che soddisfano i criteri dimensionali oggettivi previsti dall'art. 3 DMA.

⁶² Cfr. SENIGAGLIA, *op. cit.*, 762.

⁶³ Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

⁶⁴ Su cui, per tutti, CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 499 ss.; RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il Regolamento 2016/679*, in *Annuario del*



In sede di proposta, la direttiva all'art. 3, par. 1, includeva nel suo ambito di applicazione anche i contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali.

La disposizione sarebbe volta a intercettare certi servizi propri dei mercati digitali, solo formalmente gratuiti, ma che in realtà sono remunerati mediante la raccolta dei dati personali dell'interessato-utente, ancorché non fornendo un modello legale di riferimento⁶⁵: la "cessione" dei dati personali era descritta attraverso una rappresentazione puramente funzionale – se non addirittura *naïf* – della concreta operazione economica⁶⁶, senza che il legislatore si spingesse oltre nel chiarire i margini di liceità del trattamento dei dati. Tutto ciò con la finalità di assoggettare due fenomeni sostanzialmente uguali alla medesima regola, evitando che modelli commerciali solo formalmente gratuiti lasciassero il consumatore privo di qualsiasi forma di tutela prevista per i contratti onerosi.

La citata formulazione ha fatto presto ad attirare a sé l'attenzione dell'*European Data Protection Supervisor* (EDPS), che scrive⁶⁷, in merito all'art. 3, che "non si può monetizzare e soggiogare un diritto fondamentale a una semplice transazione commerciale, anche se è l'individuo interessato ai dati a essere parte della transazione", addirittura paragonando l'ipotesi di un mercato dei dati a quello degli organi umani⁶⁸. I rilievi mossi dal Garante sarebbero rivolti maggiormente alla "pericolosità del messaggio", piuttosto che ai presupposti e agli effetti giuridici della disposizione sul piano pragmatico⁶⁹.

Certo è che, a prescindere dalle motivazioni più o meno convincenti dell'EDPS nelle opinioni formulate, alle stesse è conseguito l'immediato *dietrofront* del legislatore unionale, sicché è svanito il riferimento a un contratto sinallagmatico, modificando la fattispecie astratta nel "caso"⁷⁰ in cui il professionista fornisce il contenuto o il servizio digitale e, contestualmente, il consumatore mette a dispo-

contratto, 2018, 127 ss.; TOSI, *Circolazione dei dati personali tra contratto e responsabilità*, Milano, 2023, 94 ss.; ORLANDO, *Il coordinamento tra la direttiva 2019/770 e il GDPR. l'interessato-consumatore*, in *Persona e Mercato*, 2023, 222 ss.; PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista della dir. 2019/770/UE: riflessioni sugli artt. 135-octies-135-vicies ter c. cons. La nuova disciplina dei contratti B-to-C per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1507 ss. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali"*, cit.; FERRETTI, *La direttiva (UE) 2019/770: i dati personali quale corrispettivo nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali e le inerenti ricadute sul diritto della privacy*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 1740 ss.; THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *Medialaws*, 2019, 131 ss.; VERSACI, *Il valore negoziale dei dati personali del consumatore: spigolature sul recepimento della Direttiva 2019/770/UE in una prospettiva comparata*, in *Riv. dir. priv.*, 155 ss.

⁶⁵ THOBANI, *Il pagamento mediante dati personali*, in ORLANDO-CAPALDO, *Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale. Annuario 2021*, Roma, 2021, 361 ss. ma spec. 369, secondo cui "a fronte della prassi dilagante di offrire servizi in cambio di dati, la direttiva ne prende atto e, senza interrogarsi sulla liceità di tali operazioni, si preoccupa unicamente di tutelare i consumatori".

⁶⁶ FERRETTI, *op. cit.*, 1745.

⁶⁷ *European Data Protection Supervisor* (EDPS), Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content.

⁶⁸ *European Data Protection Supervisor* (EDPS), Parere 4/2017, secondo cui "there might well be a market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs, but that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation".

⁶⁹ A confermarlo, la nota 27 del citato parere dell'EDPS: "popular catchphrase like "digital currency" and "paying with data" may not only be misleading, but can also be dangerous, if it is taken literally and turned into a legal principle".

⁷⁰ CAMARDI *ult. op. cit.* Cfr. anche RESTA, *ult. op. cit.*, 147, secondo cui "dall'assenza di una struttura negoziale unitaria discende l'impossibilità logica di configurare l'atto giuridico di consenso, in quanto tale, elemento costitutivo del sinallagma contrattuale".



sizione i propri dati personali (non necessariamente in luogo del prezzo o come corrispettivo ⁷¹).

Al mutamento della formulazione della disposizione, non scevro da diverse conseguenze sul piano pratico, si accompagna la statuizione di principio, al Considerando 24, che la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che questi non possono considerarsi una merce.

Non si nasconde, come già autorevolmente osservato, che tale visione paternalistica mal si attanaglia al diritto alla protezione dei dati personali, non soltanto perché non trova conforto in nessuna disposizione, neanche della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ⁷², ma soprattutto perché fornisce un'univoca visuale in termini assiologici del diritto alla *privacy*, non consentendo all'interessato un personale e diverso apprezzamento della caratura delle proprie informazioni. Non è ammesso, pertanto, che l'utente possa dare più valore alla propria vita sociale online piuttosto che alla riservatezza dei dati a lui riferiti ⁷³, nonostante, si aggiunga, l'estrema latitudine a cui si arrestano gli steccati del concetto stesso di "dato personale" stando agli insegnamenti della giurisprudenza eurounitaria ⁷⁴.

Il fenomeno dell'*online behavioural advertising* e la pluralità di interessi di mercato che vi orbitano attorno, si ritiene, meritano un approccio di politica legislativa meno rigido e più incentrato sulla reale autodeterminazione dell'individuo.

Giacché l'ordinamento, già dai dettami dell'art. 8 della Carta di Nizza, elegge la volontà del singolo quale presupposto di rilievo per il trattamento dei dati, la normativa secondaria e la sua interpretazione dovrebbero vertere nel senso di emancipare l'individuo e metterlo nelle condizioni di esprimere il suo consenso in modo pieno, intercettando semmai vecchie e nuove vulnerabilità che emergono dal contesto digitale ⁷⁵. La consistenza del consenso non va svilita imponendo un certo parametro assiologico, bensì esaltata, consentendo all'interessato di comporre in modo informato il bilanciamento degli interessi in gioco e al contempo mettendolo al riparo da eccessivi squilibri normativi ⁷⁶.

⁷¹ THOBANI, *Il pagamento* cit., 368, la quale osserva come il legislatore europeo abbia espunto dalla versione finale della direttiva qualunque richiamo ai dati come controprestazione.

⁷² Al contrario, ad esempio, del diritto all'integrità personale di cui all'art. 3 della predetta Carta, a mente del quale è fatto divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro. Cfr. RESTA, *ult. op. cit.*

⁷³ Cfr. ATHEY-CATALIN-TUCKER, *The Digital Privacy Paradox: Small Money, Small Costs, Small Talk, Working Paper Series, National Bureau of Economic Research*, 2017, DOI: [10.3386/w23488](https://doi.org/10.3386/w23488); CAVOUKIAN-DIX-EL EMAM, *The Unintended Consequences of Privacy Paternalism* (Information and Privacy Commissioner, Ontario, Canada, 2014), consultabile in collections.ola.org.

⁷⁴ Cfr. ad esempio Corte giust. UE 19 ottobre 2016, *Patrick Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*, Causa C-582/14, secondo cui l'indirizzo IP dinamico di un utente costituisce un dato personale, ove il fornitore di accesso a Internet sia in grado identificare la persona interessata grazie a ulteriori informazioni aggiuntive di cui dispone. In argomento v. PURTOVA, *The Law of Everything. Broad Concept of Personal Data and Future of EU Data Protection Law*, in *Law, Innovation and Technology*, 2018, 40 ss.

⁷⁵ Cfr. per tutti GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere*, in *Persona e mercato*, 2024, 915 ss.; GENTILI, *La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2022, 701 ss.

⁷⁶ Si vedano, in tal senso, anche le linee guida dello *European Data Protection Board* (EDPB) 03/2022 sui cc.dd. "dark patterns". I *dark patterns* sono strategie di *design* ingannevoli utilizzate nelle interfacce online per manipolare i comportamenti degli utenti, inducendoli a porre in essere azioni indesiderate o che non sono nel loro miglior interesse. Queste tattiche sfruttano *bias* cognitivi e la mancanza di consapevolezza degli utenti per promuovere obiettivi commerciali.

Tale tematica viene in rilievo ai fini della compliance con il Regolamento tutte le volte in cui tali architetture dell'interfaccia web siano finalizzate a far sì che gli utenti prestino il loro consenso al trattamento dei dati senza una comprensione completa delle implicazioni. Sui *dark patterns* in ambito *privacy*, cfr. per tutti DAVOLA-MALGIERI, *Data, Power, and Competition Law: The (Im)possible Mission of the DMA?*, in FAGAN-LANGENFELD (a cura di), *The Economics and Regulation of Digital Markets*, volume 31, Leeds, 53 ss.



Pregevoli in tal senso gli artt. 26, par. 3 e 28, par. 2 del *Digital Services Act*⁷⁷, i quali fanno divieto ai fornitori di piattaforme online di presentare pubblicità basata sulla profilazione utilizzando dati particolari ex art. 9 GDPR⁷⁸ oppure ove i primi siano consapevoli, con ragionevole certezza, che il destinatario del servizio sia un minore⁷⁹. La collocazione al di fuori del perimetro di liceità di singole e determinate attività ritenute *a priori* lesive dell'interesse del soggetto (in questo caso scegliendo come confine la diversa tipologia di dati trattati o l'età dell'interessato), è un primo passo per ricalibrare l'approccio alla disciplina normativa dei dati, il cui sfruttamento ormai compenetra il mercato pubblicitario *online*.

Una volta imboccata la via della regolazione, che tuttavia sicuramente necessiterebbe di ulteriori tasselli, e dunque previsti a monte gli elementi di massima di bilanciamento tra l'esigenza di sfruttamento dell'informazione e quelle di riservatezza e protezione dell'individuo, il singolo può esercitare compiutamente la propria volontà senza che l'ordinamento debba intervenire a vagliarne la genuinità⁸⁰.

Insomma, non è da scartarsi una via alternativa alla stigmatizzazione della monetizzazione dei dati personali che individui con maggiore elasticità i confini leciti dell'operazione, così da riconsegnare all'utente uno spazio di libertà in cui esercitare la propria sovranità pur consapevole di stare pagando "un prezzo".

Per adesso, tuttavia, si preferisce censurare *tout court* ogni pratica che faccia dei dati un corrispettivo, senza fornire una valida alternativa, sicché in luogo di una duplice scelta che contempli anche una versione gratuita con annessa pubblicità basata sui dati, si esortano le piattaforme a fornire la sola offerta del servizio che preveda un pagamento pecuniario⁸¹. Visto nel suo insieme, uno scenario siffatto appare, nel tentativo di fare qualche timido passo in avanti, farne altrettanti indietro.

⁷⁷ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

⁷⁸ Specialmente ove il concetto di dato particolare sia osservato alla luce dell'interpretazione che ne dà la Corte di Giustizia. In quest'ottica, cfr. Corte giust. UE 1 agosto 2022, *OT v. Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*, causa C-184/20. Nella citata pronuncia, la Corte ha stabilito che l'art. 9, par. 1, GDPR deve essere interpretato nel senso che la pubblicazione, sul sito Internet dell'autorità pubblica incaricata di raccogliere le dichiarazioni di interessi privati e di controllarne il contenuto, di dati personali idonei a divulgare indirettamente l'orientamento sessuale di una persona fisica costituisce un trattamento di categorie particolari di dati personali, ai sensi di tali disposizioni. Questa interpretazione amplia la protezione dei dati particolari, includendo informazioni che, pur non rientrando di per sé nella formale definizione di cui all'art. 9(1), possono rivelarne altre propriamente sensibili tramite correlazioni indirette.

⁷⁹ Cfr. TOMMASI, *Approvato il 'Digital Services Act': Regolamento (UE) 2022/2065 del 19.10.2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE*, in *Persona e Mercato*, 2022, 698 ss.; DUIVENVOORDE-GOANTA, *The regulation of digital advertising under the DSA: A critical assessment.*, in *Computer Law & Security Review*, 2023, 51 ss.; DUIVENVOORDE, *Is Prohibiting Targeted Ads for Minors under the Digital Services Act Proportionate? The Need for a Child-rights-based Approach to Protecting Children's Personal Data Online*, in CZARNOCKI-PALKA (a cura di), *Proportionality in EU Digital Law: Balancing Conflicting Rights and Interests*, Londra, 2024.

⁸⁰ In questo modo, la protezione del singolo con riferimento ai suoi dati personali può farsi più efficace strumento di conformazione del mercato. Osserva SENIGALLIA, *op. cit.*, 781, che "specie nell'ambito problematico che vede un soggetto porre nel mercato i propri interessi personali, dimensione patrimoniale e dimensione non patrimoniale della persona appaiono, in nome dell'identità, combinati tra loro, nel senso che l'una attrae l'altra, senza tuttavia sopprimerla".

⁸¹ Così anche BACHELET, *'Pay-or-Consent' and Emerging Trends in Digital Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2024, disponibile su SSRN: ssrn.com – DOI: [10.2139/ssrn.4950785](https://doi.org/10.2139/ssrn.4950785).



CASS. CIV., SEZ. II, 18 SETTEMBRE 2024, N. 25116

Ove il testatore, dopo avere apposto alla disposizione testamentaria una condizione sospensiva, dipendente anche dalla sua volontà, ne impedisca l'avveramento, la disposizione, se non revocata, resta pienamente efficace.

GIUSEPPE PORTONERA

Assegnista di ricerca in Diritto privato – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

REVOCA DELLA CONDIZIONE TESTAMENTARIA «PER CONDOTTA INCOMPATIBILE DEL DISPONENTE»?

SOMMARIO: 1. Il caso. Istituzione di erede sotto condizione di assistenza in favore del de cuius. Mancato avveramento della condizione e mancata revoca della disposizione testamentaria. – 2. Assenza di una disciplina specifica per l'ipotesi di una condotta del disponente «incompatibile» con l'avveramento della condizione. Testamento e contratto (sull'art. 1324 cod. civ. e sul negozio giuridico). – 3. Questione dell'estensibilità della disciplina di cui all'art. 1359 cod. civ. Esclusione dell'analogia legis o iuris. – 4. Interpretazione c.d. conservativa del testamento e ricostruzione della volontà del testatore. Argomenti dalla comparazione giuridica e dalla giurisprudenza di legittimità. Osservazioni conclusive.

1. – Un uomo istituisce come eredi universali due nipoti, precisando nella scheda testamentaria che «chiede loro che si impegn[i]no ad accudir[lo] in [sua] vita natural durante» presso un comune espressamente indicato. Apertasi la successione, il testamento viene impugnato dagli altri successibili, i quali allegano l'inadempimento dell'obbligo di assistenza da parte dei nipoti istituiti eredi. Questi ultimi, di converso, affermano che l'adempimento era divenuto impossibile per decisione del testatore, giacché questi si sarebbe rifiutato di trasferirsi nel comune indicato nella scheda testamentaria, e perciò di essere assistito¹. Il problema, come si intuisce, è relativo alla conciliazione tra la mancata realizzazione

¹ Si deve, preliminarmente, osservare che l'indicazione di un preciso comune, come luogo nel quale prestare l'assistenza, non sembra di per sé elemento in grado di incidere sull'avveramento dell'evento dedotto in condizione, nel senso di renderlo addirittura impossibile. A fronte della non disponibilità dell'uomo a spostarsi in un diverso comune, infatti, si possono comunque immaginare altre modalità per rendere possibile l'assistenza: i nipoti avrebbero, per esempio, potuto prestare le cure nel luogo nel quale l'uomo risiedeva, là trasferendosi ovvero recandovisi solo quando strettamente necessario. Dagli atti di causa riportati in sentenza non si riesce a ricavare se simili possibilità si siano presentate anche nel caso in esame, né essi consentono di comprendere se, per esempio, il comune nel quale risiedeva il testatore e quello indicato nella scheda testamentaria fossero così distanti da rendere, se non impossibile in un senso assoluto, quantomeno eccessivamente gravosa la prestazione delle cure e dell'assistenza. Peraltro, dal testatore il comune è stato indicato come «mio C frazione T e provincia di S»



di questo evento – ove si attribuisca rilievo al suo nesso di causalità con una scelta del testatore – con la mancata revoca della disposizione testamentaria.

In primo grado, il Tribunale ha risolto il problema qualificando la richiesta del *de cuius* quale «mero desiderio, privo d'efficacia condizionante», peraltro reputando che non si sarebbe giunti a una diversa conclusione là dove lo si fosse considerato come onere, trattandosi di un adempimento originariamente possibile ma successivamente divenuto impossibile per volontà del testatore.

La Corte d'Appello ha confermato la sentenza, ma con diversa e più esatta motivazione quanto alla qualificazione giuridica, giacché non si trattava di mero desiderio privo di rilevanza giuridica, né di onere, bensì di condizione sospensiva (art. 633 cod. civ.). Che non si tratti di mero desiderio è suggerito dalla stessa formulazione testuale della disposizione («chiede loro che si impegn[i]no»), mentre che non si possa fare riferimento alla figura dell'onere lo si ricava seguendo la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie, per le quali l'onere costituisce una limitazione dell'attribuzione principale, mentre la condizione ha l'effetto di rendere incerta la stessa attribuzione. Nel caso di specie, il fatto che la richiesta di assistenza era destinata a ricevere soddisfazione durante la vita del testatore ha aggiunto un ulteriore elemento di chiarezza, giacché l'adempimento dell'onere si rivolge verso un momento successivo all'apertura della successione, tipicamente concretizzandosi nel perseguimento di un interesse morale (e, appunto, non materiale) del testatore o un interesse dello stesso onerato o di terzi determinati o persino diffuso². Poiché, peraltro, si versava in un'ipotesi di mancata realizzazione dell'evento e non di sua originaria impossibilità, la condizione era sottratta all'art. 634 cod. civ., a norma del quale nelle disposizioni testamentarie si considerano non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, salvo che si ricada nell'ipotesi di motivo illecito che da solo che ha determinato il testatore a disporre, onde la disposizione testamentaria è nulla ex art. 626 cod. civ.³.

Ritenuta, dunque, valida la condizione, la Corte d'appello si è posta la questione delle conseguenze giuridiche del mancato avveramento dell'evento dedottovi: e una volta imputatane la causa alla condotta del testatore, ha fatto applicazione – si suppone per via analogica – dell'art. 1359 cod. civ., in forza del quale la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa, onde la delazione ereditaria è stata ritenuta pienamente efficace. In questo modo, la Corte ha mostrato di fare propria quell'interpretazione dell'art. 1324 cod. civ. che ne esclude un'implicazione sul piano letterale, là dove questo accomuna contratti e atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale, e cioè la non riferibilità, in via estensiva, delle norme che regolano i contratti agli atti o negozi sì unilaterali ma *mortis causa*, come appunto il testamento. Si tratta, invero, di un orientamento controverso, sebbene con riscontri significativi in giuri-

(corsivo aggiunto), onde l'uso dell'aggettivo possessivo suggerisce che questi si stesse riferendo al luogo abituale di residenza; ma, in un altro punto della sentenza, il comune viene definito come il «paese natio» del *de cuius*, aggiungendo che quest'ultimo si sarebbe appunto «categoricamente rifiutato di trasferir[vi]si [...per] essere accudito dai nipoti». Anche in ragione di questi elementi di non univocità, nella stesura della nota si è avuto esclusivamente riguardo alla soluzione della Cassazione, che ha ritenuto che l'avveramento della condizione fosse stato reso impossibilità da una condotta del disponente «incompatibile» con esso.

² C.M. BIANCA, *Diritto civile. Le successioni*, II, 2, Milano, 2015, 363-364.

³ Come tradizionalmente si insegna, l'art. 634 cod. civ. ha recepito la c.d. «regola sabiniana», estendendola però anche alle condizioni illecite: ancora C.M. BIANCA, *Le successioni*, cit., 350, e D. ACHILLE, *Condizione testamentaria illecita, regola sabiniana e limitazione della libertà matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 415 s., spec. 416-422.



sprudenza⁴, specialmente – ma non esclusivamente⁵ – quando si tratta di applicare le norme sull'interpretazione allocate agli artt. 1362 ss. cod. civ.

Da tale conclusione ha invece preso le distanze la sentenza che qui si annota, ove si è affermato che «Il richiamo all'art. 1359 cod. civ. non è condivisibile. La previsione normativa [...] regola i rapporti fra le parti di un contratto, così da impedire che la parte che resterebbe favorita dal non avveramento, si adoperi, ai danni dell'altra parte, perché ciò avvenga. La natura di negozio giuridico unilaterale del testamento rende impraticabile l'estensione della regola». La Cassazione ha invece seguito la sentenza d'appello con riguardo alla non originaria impossibilità della condizione di assistenza in favore del *de cuius*, perciò escludendo la specifica condizione testamentaria dall'ambito di applicazione dell'art. 634 cod. civ. Ne segue la riproposizione del problema segnalato in apertura: come raccordare il fatto che l'evento dedotto in condizione non si sia verificato per causa che viene imputata al testatore con la mancata revoca della disposizione testamentaria? Per la Cassazione, poiché «il mancato avveramento della condizione si è verificato per volere dello stesso disponente, il quale non ha voluto essere assistito in vita dai nominati nipoti», la condizione va considerata come «revocata per volontà dello stesso testatore». Il principio di diritto viene infatti enunciato in questi termini: «ove il testatore, dopo avere apposto una condizione sospensiva, dipendente anche dalla sua volontà, alla disposizione testamentaria, ne impedisca l'avveramento, la disposizione testamentaria, ove non revocata, resta pienamente efficace».

Tale principio, invero, non risulta persuasivo: per le ragioni che si offriranno di seguito, infatti, esso appare fondato, per un verso, su trasposizione delle regole di diritto contrattuale alla materia testamentaria che, ancorché *apertis verbis* respinta dalla Cassazione, si è (obliquamente) verificata in modo indebito, e, per altro verso, su un fraintendimento della rilevanza del principio del c.d. *favor testamenti* a scapito della ricostruzione della volontà del testatore. Anticipando quanto verrà suggerito al termine della nostra annotazione, diremo pertanto che, in questo caso, a cadere avrebbe dovuto essere l'istituzione ereditaria, in quanto sospensivamente condizionata a un evento non realizzatosi. Proprio i due profili appena segnalati, però, relativi ai rapporti – da una parte – tra la disciplina del contratto e quella del testamento e – dall'altra – tra l'interpretazione c.d. conservativa del testamento e i processi di ricostruzione della volontà del *de cuius*, sollecitano l'attenzione dell'annotatore.

2. – È noto che il legislatore storico, precisando all'art. 633 cod. civ. che «le disposizioni a titolo universale o particolare possono farsi sotto condizione sospensiva o risolutiva», ha risolto i dubbi interpretativi che si erano formati sul testo della norma previgente (art. 848 cod. civ. 1865), la quale si limitava a stabilire che «la disposizione a titolo universale o particolare può farsi anche sotto condizione». Posta sullo sfondo della tradizione romanistica, infatti, quest'ultima norma veniva interpretata nel senso di escludere l'apposizione di condizioni risolutive, in omaggio a una lettura del concetto del *semel heres semper heres* che faceva coincidere l'istituzione ereditaria con l'acquisizione di uno stato personale immutabile⁶. Nel diritto moderno, e già sotto il codice del 1865, tale concetto ha trovato ac-

⁴ Per una prima informazione sull'argomento, v. M. MARTINO, sub art. 547 cod. civ., in M. SESTA (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, Milano, 2023, 581-584.

⁵ Cfr. G. MUSOLINO, *L'interpretazione del testamento fra norme generali sul negozio giuridico e criteri estrinseci alla scheda testamentaria*, in *Riv. notariato*, 2019, 431-432, ove si ricorda, per esempio, che parte della giurisprudenza ritiene applicabile, con riferimento ai requisiti dell'oggetto, l'art. 1346 cod. civ.

⁶ V. L. GARDANI CONTURSI-LISI, sub art. 633, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Commentario del codice civile*, già diretto da A. Scialoja e G. Branca, a cura di F. Galgano, Bologna, 1992, 10 s.



coglimento nel più ridotto significato dell'irretrattabilità dell'accettazione ereditaria⁷, a fronte peraltro del giusto rilievo attribuito agli effetti retroattivi dell'avveramento della condizione risolutiva⁸, in forza dei quali l'erede istituito si considera come se non lo fosse mai stato, perciò attribuendogli *ex tunc* il diverso ruolo di amministratore dei beni medesimi⁹.

Di converso, non si sono mai avute riserve sull'ammissibilità della condizione sospensiva, che subordina l'efficacia del testamento o di una singola disposizione all'avveramento di un fatto futuro ed incerto, solitamente – ma non esclusivamente, come subito si vedrà – posteriore all'apertura della successione, quale strumento che il testatore può impiegare per determinare più compiutamente le ultime sue volontà¹⁰. Proprio a tale tipo va ricondotta la condizione, c.d. di assistenza, venuta in rilievo nel caso di specie. Si è, invero, dubitato della validità di questa condizione, sul presupposto dell'inefficacia del testamento sino all'apertura della successione, onde la deduzione in condizione di un evento che, a quella data, è già perfetto (l'assistenza o si è verificata o non si è verificata) dovrebbe ricadere nella nozione di impossibilità *ex art. 634 cod. civ.*¹¹. Dottrina maggioritaria e giurisprudenza hanno però superato queste obiezioni: per un verso, il carattere futuro dell'evento, al pari di quanto avviene con la condizione apposta al contratto, viene valutato con riferimento al momento in cui viene manifestata la volontà (e, cioè, con riguardo alla redazione della scheda testamentaria)¹²; per altro verso, l'incertezza dell'evento rileva oggettivamente, mentre ininfluente è di regola l'incertezza soggettiva del testatore¹³.

Non si riscontra, invece, una norma che sia direttamente riferibile all'ipotesi che caratterizza il caso in esame, ossia al contrasto tra l'apposizione al testamento di una condizione di assistenza e una successiva «condotta incompatibile del disponente», come la definisce la Cassazione, con l'avveramento di essa. Invero, si è osservato che la deduzione in condizione di un evento che dovrà verificarsi dopo la redazione del testamento ma prima della morte del suo autore comporta, sul piano logico, l'impossibilità di configurare una pendenza della condizione successivamente alla morte dell'ereditando¹⁴. Ne

⁷ Cfr. G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni. Libro secondo del Codice civile*, Padova, 1982, 519 e già C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1952, 180-181.

⁸ Cfr. A. CICU, *Il testamento*², Milano, 1969, 200, ove si riferiscono anche i dubbi che una parte della dottrina aveva espresso, sotto il silenzio del codice del 1865, circa una possibile elusione del divieto di sostituzione fedecommissaria, rispetto ai quali l'autore precisa che «nella istituzione condizionale non si ha l'*ordo successivus*: il succedersi cioè nel tempo di due chiamati; perché, verificandosi la condizione, l'istituzione si considera, per l'effetto retroattivo, come non fatta; per cui istituito è in definitiva un solo chiamato».

⁹ Cfr. N. DI MAURO, sub art. 633, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali*, in *Commentario del codice civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, 23-24.

¹⁰ C.M. BIANCA, *Le successioni*, cit., 348-349.

¹¹ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Successioni*, II, Torino, 1982, 129, per la quale il carattere futuro dell'evento deve essere rapportato al momento della morte del testatore, giacché altrimenti mancherebbe lo stato di pendenza che caratterizza la condizione e la situazione di aspettativa tutelata che ne consegue, e si sarebbe pertanto in presenza di una condizione c.d. impropria (*in praesens vel in praeteritum collata*).

¹² Cfr. G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*¹¹, Milano, 2022, 306. In questo senso, anche C. GIANNATTASIO, sub art. 633, *Delle successioni. Successioni testamentarie (art. 587-712)*², Torino, 1978, 219. In giurisprudenza, per una recente conferma, v. Cass. 6 novembre 2018, n. 28272, in *Fam. dir.*, 2019, 574 s., con nota di M. BOSELLI, *L'istituzione ereditaria subordinata a un avvenimento condizionale futuro e incerto*.

¹³ Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*⁴, a cura di A. Ferrucci-C. Ferrentino, I, Milano, 2023, 951-952, che aggiunge che ove «manchi lo stato di incertezza, che caratterizza la disposizione condizionata, si è in presenza di una mera raccomandazione o di un termine».

¹⁴ R. CALVO, sub art. 634, in *Delle Successioni. Artt. 565-712*, II, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, Torino, 2010, 572-573.



dovrebbe non soltanto conseguire l'inapplicabilità delle norme che il codice prevede specificamente per l'amministrazione delle sopravvenienze in pendenza di quella condizione (artt. 639-641 cod. civ.)¹⁵, ma anche – e per quel che più ci riguarda – l'esclusione, in radice, del rilievo giuridico di una condotta del disponente, successiva alla redazione del testamento, che pure si avverta come «incompatibile» con l'avveramento della condizione stessa.

Diversamente, i giudici d'appello hanno assunto questa ipotesi come bisognosa di una specifica disciplina. Non trovandone una tra le norme poste in materia testamentaria, essi si sono volti all'ipotesi in cui l'evento dedotto nella condizione contrattuale non si sia verificato per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa (art. 1359 cod. civ.), perciò ritenendo assimilabile a questa fattispecie quella della condotta tenuta dal testatore nel caso di specie. Come si preciserà di seguito, non risulta invero persuasivo immaginare che, nell'ambito testamentario, possa darsi un «interesse contrario» all'avveramento della condizione, tanto più che in questo caso concreto l'evento era l'assistenza a favore dello stesso testatore. Certo, l'avveramento della condizione avrebbe comportato l'efficacia della disposizione testamentaria, ma ciò avrebbe realizzato *post mortem* la volontà benefica del testatore a favore dei beneficiari, e non certo un effetto a lui sfavorevole come il sorgere di un'obbligazione o l'alienazione di un diritto come avviene nel caso di un contratto che ovviamente intercorre tra persone viventi. Ora, però, preme sottolineare che il passaggio dall'eco avvertita alla costruzione della regola deve essere correttamente impostato sul piano tecnico. Ad esso fa da sfondo la questione generale della possibilità di cogliere i tratti comuni alle varie manifestazioni di autonomia individuale con efficacia vincolante¹⁶, così da attribuire loro regole comuni. Mancando nel codice civile la contemplazione espressa, alla maniera del BGB, della categoria del negozio giuridico, tale possibilità può essere soddisfatta dalla scienza giuridica valorizzando la *vis expansiva* delle norme sul contratto¹⁷, onde ci si riannoda alla questione, già accennata in apertura, del ruolo da riservare alla regola di cui all'art. 1324 cod. civ. nell'ottica del problema venuto in rilievo nel caso di specie.

L'art. 1324 cod. civ. non è norma priva di contrasti quanto alla sua interpretazione¹⁸. Vi è chi la

¹⁵ V. BARBA, *Dal contratto al testamento. Variazioni critiche sull'istituzione di erede condizionata all'assistenza del testatore, per tutta la sua vita, e sull'istituzione di erede sottoposta a una condizione dipendente dalla volontà del testatore*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 166.

¹⁶ Secondo l'insegnamento di R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*², Napoli, rist. 2008, 98 s., 140-142, che si è riannodato alla definizione che E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Napoli, rist. 1994, 44 s., aveva dato dell'atto di autonomia privata come di «autodeterminazione, di autoregolamento dei propri interessi fra gli stessi interessati» (46). Precisa C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 93, nt. 19, con interesse precipuo per l'oggetto della nostra nota (v. anche subito dopo), che «La proiezione della categoria “negozio” sulla produzione degli effetti rappresenta il passaggio dalla logica del negozio a quella del contratto; mentre la prima ruota intorno alla dichiarazione di volontà quasi presa per sé, il contratto da sempre è fonte di obbligazioni. E ciò, in una società sempre più pragmatica, ha fatto riemergere il contratto e spinto nel retroscena il negozio. Non fino al punto, però, di giustificare la critica di [P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, rist. anast. 2016, 205], secondo il quale l'essenza del negozio identificata nell'effetto vincolante sarebbe adatta a definire i negozi patrimoniali tra vivi ma non il testamento. Quest'ultimo, infatti, è bensì revocabile, ma questo significa che il testatore è vincolato alla volontà manifestata fin quando non la revochi. E, quanto ai terzi ai quali tale volontà si dirige, essa è bensì eteronoma, ma proprio perché il testamento è negozio unilaterale».

¹⁷ Tale era, del resto, l'auspicio espresso dalla Relazione al codice (n. 602), ove si legge che proprio l'art. 1324 cod. civ. «porgerà sicuramente alla dottrina lo strumento e lo spunto legislativo per una compiuta elaborazione scientifica del negozio giuridico». Nella sintesi di G.B. FERRI, *Equivoci e verità sul negozio giuridico e sulla sua causa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2008, 183, «il contratto, per scelta del legislatore del 1942, è sinonimo di negozio giuridico».

¹⁸ Osserva A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano, 2021, 161, che «bisogna anche tenere in considerazione che tale di-



legge come meccanismo che rende possibile un «diritto comune» del contratto e degli atti unilaterali fra vivi a contenuto patrimoniale, mercé l'estensione diretta delle norme positivamente date per il primo ai secondi¹⁹, e chi ne fa invece un'applicazione particolare del ragionamento analogico, sicché il giudizio di compatibilità cui testualmente la disposizione si riferisce altro non sarebbe quel criterio di somiglianza che impone un'indagine sulla *ratio legis* della norma che si intende estendere all'atto unilaterale²⁰. Ancora, vi è chi prende le distanze dal primo orientamento, intendendo l'art. 1324 cod. civ. come norma di «traslazione di disciplina ad altra materia», onde non di norme comuni si dovrebbe a rigore parlare, bensì di identico contenuto a quelle generali sui contratti; e, allo stesso tempo, distingue il criterio di compatibilità da quello di somiglianza, ascrivendo al primo natura non teleologica ma strutturale e facendone, perciò, un *posterius* che agisce all'interno del ragionamento analogico²¹.

Di queste ipotesi interpretative è bene tenere conto quando all'art. 1324 cod. civ. ci si accosti per ricavare un argomento sulla possibilità di applicare (analogicamente) le norme sul contratto anche agli atti unilaterali non *inter vivos*. È proprio in questo caso, infatti, che la comprensione dell'art. 1324 cod. civ. come di un congegno tecnico si intreccia con la più generale questione dell'ammissibilità o meno, nel discorso giuridico italiano, di una nozione di negozio. Se, infatti, si reputa in conflitto con la lettera dell'art. 1324 cod. civ. il ricorso all'analogia, si introdurrebbe una frattura tra gli ambiti del contratto e del testamento che precluderebbe una circolazione normativa, di converso possibile all'interno di una prospettiva che ricomprenda entrambe le figure nella più ampia categoria del negozio²². Va da sé che, proprio perché comunque non si tratta (e non può trattarsi) di un'estensione diretta, l'analogia – principalmente per il criterio fondativo dell'*eadem ratio* – renderà ragione di certe irriducibili differenze tra una manifestazione di volontà espressa nelle forme del contratto e di una che invece trova realizzazione mercé il testamento²³. Né tale presa d'atto deve necessariamente condurre alla più scettica visione per la quale il concetto di negozio non potrebbe avere portata «logica» ma solo «analogica» o «puramente descrittiva»²⁴: d'altronde, come è stato osservato, non si tratta di assumersi la fatica di costruire una categoria che sia perfettamente sovrapponibile a quella propria del diritto tedesco, bensì di verificare sino a che punto questa operazione di astrazione e generalizzazione possa trovare accoglimento nel nostro ordinamento, a partire dalle scelte che sono state in proposito compiute dal legislatore²⁵.

sposizione è più una direttiva che una norma vera e propria, dal momento che essa prevede l'estensione delle norme sul contratto, *solo in quanto compatibili*, agli atti unilaterali. Perciò lo spazio riservato all'interprete rimane molto ampio.

¹⁹ G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*², Napoli, 1997, 7, 14, 87.

²⁰ Cfr. G. CIAN, *Tutela della controparte di fronte all'annullamento o alla ratifica del negozio*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 549-552.

²¹ N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 561-563.

²² Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, cit., 71-72; C.M. BIANCA, *Le successioni*, cit., 269. Il contrasto tra la lettera dell'art. 1324 cod. civ. e il ragionamento analogico è sottolineato da N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 cod. civ.*, cit., 565, per il quale peraltro l'art. 1324 cod. civ. «non prende partito nella disputa sul negozio giuridico» (560).

²³ Cfr. P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., 19. Aveva già rilevato E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 358, che «alla sovrabbondanza di norme interpretative in tema di contratti, fa riscontro nella legge una completa assenza di norme esplicite in tal natura in tema di testamenti, specie per quanto riguarda le dichiarazioni ambigue e lacunose. I criteri interpretativi che interessano in questa materia possono tuttavia desumersi dalla logica del sistema con riguardo all'essenziale differenza del punto di rilevanza ermeneutica in confronto coi negozi *inter vivos*».

²⁴ Così F. GALGANO, *Il negozio giuridico*², in *Trattato del diritto civile commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, e diretto da L. Mengoni, Milano, 2002, 15-16 (ove si afferma che il ricorso al ragionamento analogico manifesterebbe la stessa inconsistenza di una categoria generale negoziale), 605.

²⁵ Cfr. C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, cit., 87 s., e già R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*



3. – Fatta questa premessa, e tornando al caso in esame, può ricordarsi che l'art. 1359 cod. civ. (il quale esibisce, invero, profili di incertezza quanto alla sua ricostruzione teorica e ai modi della sua applicazione²⁶), segue l'enunciazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, in pendenza della condizione, a carico di colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva (art. 1358 cod. civ.). A fronte di questo «obbligo secondario di omissione», quale rovescio dell'obbligo positivo di prestazione che vieta perciò ogni contegno contrario all'ordinato svolgimento dell'attività di prestazione²⁷, il legislatore ha predisposto un meccanismo che si potrebbe dire di tutela in forma specifica dell'interesse del creditore²⁸, giacché l'operatività della finzione è volta ad attribuire a quest'ultimo proprio l'utilità che egli avrebbe conseguito nel caso di adempimento dell'obbligo della controparte.

È questo nucleo funzionale dell'art. 1359 cod. civ. a renderne perplessa l'applicazione al caso di specie.

Per un verso, la Corte d'appello ha ommesso di considerare che è in un certo qual modo paradossale immaginare che il soggetto beneficiario dell'assistenza possa avere un interesse addirittura «contrario» alla sua erogazione, né tale contrarietà pare possa comprendersi alla luce del più complessivo programma negoziale: mentre dal contratto non è possibile liberarsi unilateralmente, onde frustrarne la realizzazione mercé una condotta maliziosa può rappresentare il modo di eliminare un vincolo che non si reputa più conforme ai propri interessi, il testamento è atto sempre revocabile, sicché il testatore – che comunque non subisce in alcun caso un effetto a lui sfavorevole – può disfarsene ogni qualvolta lo reputi non più corrispondente all'assetto che egli intende dare ai suoi interessi per quando non sarà più in vita.

Per altro verso, la condizione di assistenza in favore del *de cuius* resiste a un'assimilazione *tout court* alla condizione potestativa in senso proprio, giacché le cure da prestare al testatore paiono rilevare non come *atto*, onde sarebbe necessario verificare la partecipazione intenzionale rispetto all'avveramento della condizione medesima, bensì come *fatto*, colto nella sua oggettività di evento futuro e incerto²⁹. E ciò non soltanto quando la questione dell'avveramento, come tipicamente avviene, si

alla teoria del negozio giuridico, cit., *passim* ma spec. 73 s., 111 s. In termini simili si esprime anche S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali (artt. 587-590)*, in *Commentario del codice civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 18 s., spec. 21: «il problema del negozio è posto nella sua esatta dimensione allorquando si acquisti consapevolezza del fatto che in questa materia occorre muoversi [...] per linee orizzontali e non invece accedendo a piani l'uno rispetto all'altro sovrapposti, secondo un ordine verticale. Intendiamo dire che, in un sistema come il nostro, il quale tace sulla categoria negoziale, essa non potrà avere altra funzione se non quella di identificare un minimo comune denominatore che permetta l'accostamento, tanto per fare degli esempi, del contratto alla promessa al pubblico o di quest'ultima alla procura». Da ultimo, v. G. PERLINGIERI, *Invalidità delle disposizioni «mortis causa» e unitarietà della disciplina degli atti di autonomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 119 s., spec. 120.

²⁶ Cfr., nella dottrina più recente, L. REGAZZONI, *Finzione di avveramento della condizione e gestione del rischio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 1165 s.; M. FARNETI, *Riflessioni sulle recenti tendenze giurisprudenziali in tema di avveramento fittizio della condizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 242 s. Ma v. già A. BELFIORE, nota a Cass. 13 aprile 1985, n. 2464, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, 613 s.

²⁷ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in ID., *Scritti. Obbligazioni e negozio*, II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 231.

²⁸ In argomento, per un inquadramento generale, v. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 172 s.

²⁹ C.M. BIANCA (a cura di), *Le successioni testamentarie (art. 624-712 cod. civ.)*, Torino, 1983, 131, ove si aggiunge che, per un verso, la condizione di assistenza in favore del *de cuius* viene così distinta dall'onere e che, per altro verso, ogni partecipazione intenzionale dell'istituto, che rendesse cioè l'istituzione non già condizionata all'evento ma subordinata alla volontaria prestazione di assistenza oggetto di un accordo tra testatore e istituito, assimilerebbe la disposizione a un patto successorio, rendendola perciò invalida ai sensi dell'art. 458 cod. civ. Invero, come si segnalerà nel prosieguo del testo, nella condizione testamentaria di assistenza si individua una logica diversa da quella tipica di un contratto sinallagmatico.



pone dalla prospettiva dell'istituito (il quale o ha prestato o non ha prestato quelle cure, e dunque può o non può beneficiare dell'effetto attributivo della disposizione), bensì anche nel caso in esame, ove l'attenzione si appunta sul testatore, la cui condotta ha impedito la realizzazione di quanto dedotto in condizione. D'altronde, il testatore avrebbe potuto pure stipulare con i nipoti un contratto (atipico) c.d. di mantenimento e assistenza, in forza del quale, a fronte dell'alienazione di un bene mobile o immobiliare, avrebbe acquistato il diritto di essere mantenuto vita natural durante. In quella logica, che è la logica del contratto sinallagmatico nella quale l'alienante è simultaneamente soggetto attivo e passivo del rapporto giuridico complessivo, trova ovviamente posto l'art. 1359 cod. civ. Ma, nel caso in esame, il testatore ha adottato una diversa soluzione: l'apposizione di una condizione lascia intendere che la realizzazione dell'evento in essa dedotto avrebbe reso ragione dell'attribuzione ereditaria in favore dei nipoti, in una logica di tipo remuneratorio non dissimile da quella espressa dalla donazione *ex art. 770 cod. civ.* Pertanto, mancando oggettivamente la prestazione dell'assistenza, non si giustifica alcuna forma di speciale riconoscenza. Con ciò, ogni considerazione implicata dal riferimento all'art. 1359 cod. civ. risulta esclusa in radice: il testatore non ha agito per adempiere un previo obbligo, né nulla avrebbe potuto pretendere dai nipoti, i quali, correlativamente, non vantavano alcuna posizione meritevole di tutela.

Quest'ultima precisazione ci consente anche di notare che, su un piano più generale, ritenere applicabile al caso di specie il meccanismo della finzione di avveramento finirebbe per postulare un obbligo del testatore di comportarsi in modo da conservare integre le ragioni del successibile quando queste sono ancora prive di qualsiasi rilievo giuridico³⁰. A incamminarsi lungo questa via, si potrebbe giungere all'esito paradossale di domandarsi se tale obbligo non neutralizzi la possibilità stessa di una revoca della disposizione sottoposta a condizione, quale condotta che indubbiamente pregiudica l'interesse, quantomeno di fatto, del successibile... Quel dovere *ex fide bona* può bensì configurarsi nei rapporti tra l'istituito erede ed eventuali ulteriori beneficiari delle disposizioni testamentarie, dopo l'apertura della successione³¹. In questo senso si spiega, infatti, l'affermazione per cui «Anche in materia testamentaria troverà applicazione l'art. 1359: [...] [s]e, ad esempio, Tizio lega a Caio centomila euro a condizione che consegua la laurea entro una certa data e l'erede onerato Sempronio impedisce la realizzazione di quest'evento, il legatario avrà ugualmente diritto alla cosa legata»³².

³⁰ V., infatti, C.M. BIANCA, *Le successioni testamentarie*, cit., 109 s.

³¹ Cfr. G. TAMBURRINO, *Testamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 483-484. V., allora, il caso preso in considerazione da U. STEFINI, *Natura giuridica del modus testamentario e impossibilità sopravvenuta della prestazione* (nota a Cass. 16 maggio 2013, n. 11906), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 837 s., spec. 842: il *de cuius* aveva lasciato, sempre per testamento olografo, l'intera quota disponibile a una persona estranea al nucleo familiare, qualificata dalla sentenza come legataria, imponendole con un secondo testamento l'onere di «assistere e curare vita natural durante» lui e la moglie; sennonché quest'ultima, due mesi dopo la pubblicazione del testamento, aveva comunicato alla legataria di non volere più usufruire della sua assistenza, rendendo così impossibile l'esecuzione della prestazione. L'autore propone, opportunamente, di scomporre la disposizione testamentaria: «la prestazione di assistenza al testatore e alla moglie dopo la redazione del testamento e fino alla morte del primo precede l'efficacia della disposizione testamentaria [...], e va quindi sicuramente qualificata come condizione sospensiva potestativa», mentre «la prestazione di cura e assistenza alla moglie dopo la morte del marito andrebbe, in astratto [...], qualificata come onere, essendo oggetto di un'obbligazione testamentaria che è sorta al momento dell'apertura della successione, ma che non ha sospeso l'efficacia del legato». Sicché, se «la legataria già al momento della morte del *de cuius* si fosse trovata a non aver ottemperato alle prestazioni di cura e assistenza, la disposizione a suo favore avrebbe dovuto pertanto reputarsi priva d'effetto, essendo mancata la condizione sospensiva del legato», mentre di condizione non può parlarsi con riferimento al rapporto tra la vedova e la legataria: ed è rispetto a quest'ultimo che dovrebbe entrare in gioco un profilo di imputabilità della causa sopravvenuta di impossibilità.

³² G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 965, cui *adde* G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 306.



La Corte d'appello non ha colto la differenza tra queste ipotesi e quella oggetto del caso *sub iudice*, pertanto giungendo a una soluzione che non può essere accolta: è, infatti, opportuna la correzione impressa dalla sentenza che si sta annotando, là dove si è precisato che il «richiamo all'art. 1359 cod. civ. non è condivisibile». La Cassazione si è, invero, adagiata su una considerazione di tipo strutturale, ossia facendo leva sulla natura di atto unilaterale del testamento. Tale motivazione è insufficiente: l'attenzione non va centrata tanto sulla natura di atto unilaterale del testamento, quanto sul non essere atto tra vivi³³. Prima della morte del testatore, momento con il quale si fa coincidere l'efficacia del testamento, non si individua un soggetto che vanti una posizione di aspettativa: ossia, che sia parte di «un rapporto giuridico attuale, instaurato dalla norma con carattere preliminare, in funzione delle conseguenze giuridiche sospese»³⁴. Tale sarà la situazione dell'erede istituito sotto condizione sospensiva, quando l'evento in essa dedotto è destinato ad avverarsi (o mancare) dopo l'apertura della successione, onde l'art. 641 cod. civ. consente di nominare un amministratore dell'eredità per conservare la consistenza del patrimonio ereditario; ma nel caso della condizione di assistenza – il cui avveramento, come si è detto, si ha o non si ha quando il testatore è ancora vivente – i beneficiari della disposizione testamentaria non possono far valere aspettative che meritino di essere tutelate contro comportamenti eventualmente scorretti o maliziosi del *de cuius*. Ci si ricollega, così, a quanto prima osservato con riguardo alla comunicazione normativa tra gli ambiti del contratto e del testamento, la quale va di volta in volta controllata attraverso un giudizio di congruenza funzionale. Non rinvenendosi a fronte della condizione testamentaria di assistenza quell'esigenza di tutela dell'affidamento che invece si riscontra a fronte di una condizione contrattuale, il ragionamento analogico è squalificato per assenza di *eadem ratio* tra le due fattispecie, quella già normata e quella bisognosa di disciplina.

A questa *défaillance* argomentativa ne è seguita un'altra, e di rilievo non trascurabile. La sentenza che si annota, infatti, è rimasta avviluppata alla prospettiva di tutela delle ragioni dei nipoti, e al suo interno ha risolto quell'apparente contraddizione tra mancata revoca della disposizione testamentaria e impedimento dell'avveramento della condizione che vi era stata apposta. Quest'ultima, ha affermato la Cassazione, sarebbe stata in verità revocata tacitamente o per fatti concludenti, e per la ragione che la causa del mancato avveramento è da imputare al testatore stesso, dal momento che – come si sintetizza nel principio di diritto – la condizione sospensiva era «dipendente anche dalla sua volontà». Non sfugge che, avendo preso atto dell'insussistenza di un profilo relazionale tra *de cuius* ed eredi, la Cassazione ha impostato il proprio ragionamento sul più appropriato terreno della qualificazione delle manifestazioni di volontà del testatore, nei termini di una conservazione ovvero di una revoca della disposizione testamentaria. Si possono, però, rilevare due aspetti problematici di questo argomento.

Per un verso, la volontà che si è ritenuta «incompatibile» con l'avveramento della condizione è stata trattata alla stregua di un elemento extra-testuale idoneo a dimostrare la reale intenzione del testatore. Su un piano generale può ben convenirsi sull'opportunità di non cadere in indirizzi eccessivamente formalistici, perciò valorizzando quegli elementi che, seppure estranei alla scheda testamentaria, con-

³³ Valga in generale quanto scrive E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 359-360: «Quel che esige un trattamento diverso, non è la sola unilateralità del negozio, o la gratuità della causa, per sé prese, ma il carattere *mortis causa* della disposizione: la quale è destinata, non già a comporre un conflitto o una divergenza di interessi, ma a creare un rapporto successorio fra defunto e avente causa (erede istituito o legatario). Ora, fra la parti di questo rapporto un conflitto di interessi non è neppure pensabile».

³⁴ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 30. In generale, v. M. ALLARA, *Il testamento*, Napoli, rist. anast. 1978, 148; A. CICU, *Il testamento*, cit., 21; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., 47.



sentono di ricostruire più puntualmente la volontà del *de cuius*³⁵. D'altronde, è comunemente affermato che, nell'interpretazione del testamento, è possibile tenere conto anche del comportamento del testatore successivo alla redazione del testamento, in analogia cioè all'art. 1362 cod. civ.³⁶. Nondimeno, in questo caso, la Cassazione non ha soltanto impiegato gli elementi extra-testuali come mezzo per selezionare, tra le plurime interpretazioni raggiunte sul piano testuale, quella che si rivelasse maggiormente coerente con l'intenzione del *de cuius*. La decisione, infatti, ci appare aver scavallato nell'introduzione di un'ipotesi di revoca tacita di una disposizione testamentaria (seppur parziale, ossia limitata alla condizione con la quale fa corpo) non contemplata dal legislatore (artt. 682 ss. cod. civ.). È stato così contraddetto quel principio, sovente affermato anche dalla giurisprudenza, secondo cui la revoca non è ammessa in via generale, potendo essa risultare soltanto dal compimento degli atti o fatti indicati in modo tassativo dal codice, giacché si reputa che questi implicino l'inequivoca volontà del testatore di ritrattare le sue precedenti disposizioni³⁷.

Per altro verso, la Cassazione ha fatto rientrare in gioco proprio quella questione di regolazione di interessi che è risolta dall'art. 1359 cod. civ. e che è invece un fuor d'opera nell'ambito che ci occupa, ove – come abbiamo già ricordato – le cure non vanno colte quale atto volontario dell'istituto, ma nella loro oggettività di fatto futuro e incerto rispetto al momento cronologico in cui viene ad esso subordinata la realizzazione dell'assetto predisposto dal testatore. Sicché, le parole spese in sentenza per spiegare perché «appare improprio evocare la disciplina di cui all'art. 1359 cod. civ.» o sono meramente esornative, dissimulando un surrettizio (e forse inconsapevole) ricorso all'*analogia legis*, o lasciano intendere un salto verso il piano che sta al di sopra del dato positivo, quasi che si possa ricavare da quella norma in via induttiva un principio dogmatico da riferire anche al caso in cui l'evento dedotto in condizione sia mancato per «condotta incompatibile del disponente». Ma il caso sottoposto all'attenzione della Cassazione non è rimasto «ancora dubbio» (art. 12 preleggi) dopo aver tentato un esperimento di *analogia legis*, onde sarebbe stato giustificato il passaggio all'*analogia iuris*: esso ha invece trovato una soluzione proprio nella constatazione dell'assenza di una *eadem ratio* di tutela dell'affidamento tra la disciplina della condizione contrattuale e quella testamentaria. Insomma, la mancanza di una norma specifica a fronte di una condotta del disponente che possa apparire «incompatibile» con l'avveramento della condizione, se inizialmente è potuta apparire agli occhi dei giudici come «eine „planwidrige Unvollständigkeit“ des Gesetzes»³⁸, si rivela infine per non costituire una lacuna in senso tecnico.

4. – A ben vedere, il fatto che il documento che racchiude il testamento olografo sia rimasto inalterato è pesato, in modo preponderante, nella decisione della Cassazione, il cui filo logico può essere co-

³⁵ Cfr. F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, Napoli, 2022, 52, ove si mette in rilievo come la giurisprudenza non sia ancora addivenuta a elaborare regole sufficientemente stabili per integrare questi elementi extra-testuali nell'operazione di interpretazione complessiva del testamento. V., per delle riflessioni sollecitate proprio dal confronto con la giurisprudenza, L. NONNE, *Interpretazione e integrazione ab extrinseco dell'atto testamentario* (nota a Cass. 12 marzo 2019, n. 7025), in *Fam. dir.*, 2020, 639 s., e T. BONAMINI, *Volontà del testatore e principi di interpretazione del testamento* (nota a Cass. 30 maggio 2014, n. 12242), in *Fam. dir.*, 2014, 1077 s.

³⁶ C.M. BIANCA, *Le successioni*, cit., 270, e già C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 489-490.

³⁷ In proposito, v. G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, cit., 582, 587 e, in giurisprudenza, Cass. 26 novembre 1987, n. 8780, in *Riv. not.*, 1988, 1397 s.

³⁸ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁶, Berlin, 1991, 373.



si svolto: se il testatore avesse cambiato idea anche rispetto all'istituzione dei nipoti come eredi universali, avrebbe revocato la disposizione testamentaria, anche solo attraverso contegni non formali, e quindi ad esempio per distruzione o cancellazione o attraverso l'apposizione di espressioni che avrebbero comunicato l'intenzione revocatoria³⁹. Poiché ciò non è avvenuto, la Cassazione ha ritenuto di potersi volgere a un'interpretazione del testamento in ottica di sua conservazione.

Com'è noto, anche in questo caso si riproducono le tensioni relative al fondamento e ai limiti di una circolazione normativa tra la disciplina del contratto e quella del testamento, sebbene l'opinione maggioritaria in dottrina si pronuncerà per l'applicabilità della regola dell'art. 1367 cod. civ. all'interpretazione del testamento⁴⁰. L'interpretazione c.d. conservativa viene infatti spiegata non soltanto quale criterio ermeneutico, bensì quale concretizzazione di «un motivo ispiratore di tutto il sistema del negozio»⁴¹ e, nell'ambito normativo del testamento, viene ricollegata alla «formula, variamente intesa, del *favor testamenti*»: il quale non può ovviamente «rendere esistente la disposizione che non esiste né valida la disposizione nulla», ma viene solitamente fatto operare nel senso di attribuire il massimo effetto utile alla disposizione di ultima volontà, sul presupposto per cui questa non può essere rinnovata (*in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*)⁴². «La vocazione testamentaria, quando ne siano certe l'esistenza e validità», si è precisato, «deve avere effetto a preferenza della vocazione legittima: se la disposizione del testatore è suscettibile di più significati, uno dei quali inutile, l'interprete deve eliminare il senso inutile e intendere la disposizione nel senso in cui può avere effetto, appunto perché è già stata accertata, con gli strumenti dell'interpretazione soggettiva, la volontà di fare una disposizione efficace»⁴³.

Proprio alla luce del *favor testamenti* va, in fondo, inteso lo stesso richiamo che la sentenza fa all'art. 634 cod. civ. Questo non è, infatti, speso per ricavare una regola puntualmente applicabile al caso di specie, come pure avrebbe potuto essere almeno con riguardo all'esclusione del carattere originario dell'impossibilità, giacché si legge che «la condizione apposta al testamento di cui si discute non rientra in alcuna delle categorie» prese in considerazione della norma, «e se ne distingue nettamente sotto altro profilo», che è il mancato avveramento della condizione «per volere dello stesso disponente». L'art. 634 cod. civ. è, invece, colto più come puntello del principio di conservazione del testamento, dal momento che esso limita la nullità della disposizione condizionata al solo caso in cui il

³⁹ In generale, sulla revoca non formale del testamento, v. V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, *passim* ma spec. 47 s., 203 s., 451 s.

⁴⁰ Cfr., fra i molti, C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico. Con particolare riguardo ai contratti*, Padova, rist. 1983, 180 s.; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 117 s.; A. DE CUPIS, *Il principio di conservazione nell'interpretazione dei testamenti*, in *Dir. giur.*, 1947, 81 s.; E. PEREGO, *Interpretazione del testamento e norme sull'interpretazione dei contratti*, in *Foro pad.*, 1970, 554; C.M. BIANCA, *Le successioni*, cit., 271-272. Di diverso avviso è invece A. CICU, *Il testamento*, cit., 120, il quale riconduce anche il canone ermeneutico dell'art. 1367 cod. civ. a una tutela dell'affidamento, che perciò non dovrebbe trovare corrispondenza nell'ambito del testamento. Cfr., inoltre, N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, 93 s., spec. 99-101.

⁴¹ P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., 51; così anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 360.

⁴² G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., 117-118, ove le citazioni.

⁴³ Così L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*⁶, in *Trattato del diritto civile commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, e diretto da L. Mengoni, Milano, 1999, 20, il quale peraltro osserva che l'opinione che nega l'applicabilità al testamento del criterio di conservazione del negozio (il riferimento è a CICU, *ult. op. cit.*) è incompatibile con l'art. 457, comma 2, cod. civ., in forza del quale non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria.



motivo illecito abbia costituito l'unica ragione per la quale si è determinato il testatore⁴⁴.

La circostanza che il documento testamentario sia stato conservato intatto, nonostante la sopravvenienza di cui il testatore si era reso responsabile, è a tutta prima certamente curiosa, e non è dubbio che essa abbia introdotto un elemento di indeterminatezza rispetto alla comprensione della volontà del *de cuius*⁴⁵. Non è, però, anche di per sé risolutiva della questione. E ciò perché, se non si vuole sovraccaricare il *favor testamenti*, ossia intenderlo come se riproducesse ancora «l'opinione dei romani, che l'uomo non debba morire intestato»⁴⁶, esso va preso sempre come canone ermeneutico servente nei confronti dell'adeguata ricostruzione della volontà del testatore, ossia dell'obiettivo verso il quale deve sempre tendere l'attività dell'interprete⁴⁷. In questo ambito, d'altronde, sono i *verba* che possono cedere di fronte alla *voluntas*, sino al punto dell'interpretazione correttiva (*rectius*: interpretazione in funzione di correzione) a fronte di erronea indicazione dell'erede o del legatario o della cosa che forma oggetto della disposizione (art. 625 cod. civ.)⁴⁸. Con specifico riguardo al testamento olografo, poi, può ricordarsi che la norma di cui all'art. 684 cod. civ. – in forza della quale il testamento distrutto, lacerato o cancellato si considera revocato, a meno che «si provi che il testatore non ebbe l'intenzione di revocarlo» – viene intesa come conferma della prevalenza dell'intento del testatore sulla certezza della documentazione⁴⁹.

Si può, allora, sostenere che proprio su questo versante il comportamento del testatore successivo alla redazione del testamento avrebbe dovuto esprimere rilievo specifico nell'ottica di interpretazione della volontà del testatore: non già, come ci sembra sia invece accaduto, per decidere dell'efficacia della condizione, bensì per giungere a una comprensione complessiva del testamento stesso e dell'assetto che con quest'ultimo si è voluto predisporre. In proposito, per la sollecitazione che se ne

⁴⁴ Cfr. G. PERLINGIERI, *La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 757.

⁴⁵ Si è, peraltro, recentemente affermato (F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 61) che «lo scopo preminente» della previsione della forma olografa appare «quello di far emergere la volontà del testatore mediante una forma semplice e priva di costi, che dovrebbe assicurare la spontaneità dell'atto, a discapito della certezza in merito alle determinazioni volitive del testatore».

⁴⁶ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 240, il quale aggiunge che «non è il caso di continuare a supporre l'esistenza di un qualche *favor testamenti*, estraneo ormai alla nostra legislazione». Com'è noto, il *favor testamenti* è stato storicamente inteso come preferenza dell'ordinamento giuridico verso la successione testamentaria in luogo di quella legittima: v., sul punto, le osservazioni di L. BARASSI, *La successione testamentaria*, Milano, 1936, 494 s., che propone di comprendere il principio nel più ridotto senso di «favorire la più larga e concreta attuazione possibile della volontà del testatore»; cui *adde* E. PEREGO, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, 2 s. e 185 s. Che il *favor testamenti* romano non sia «ripetibile nel diritto moderno» è spiegato da L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., 21 «non tanto perché la successione legittima è considerata con maggiore favore, quanto perché il testamento ha perduto l'importanza che, in virtù di un punto di vista valorativo oggi decaduto, aveva per i romani».

⁴⁷ Cfr. F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 99-100.

⁴⁸ L. MENGONI, *Interpretazione del negozio e teoria del linguaggio (Note sull'art. 625 cod. civ.)*, in *Jus*, 1989, 3 s., ove si mette in rilievo, per un verso, l'estraneità di questa norma al concetto romano di *falsa demonstratio* (con la quale viene tuttavia ancora comunemente identificata), e, per altro verso, che in virtù di questa norma l'interprete è svincolato dal principio ermeneutico generale per cui i dati linguistici del testo segnano il limite estremo delle varianti di significato ammissibili, onde essa supera il piano dell'interpretazione in senso tecnico: v. *ivi*, 11, nt. 33, per la precisazione che l'espressione «interpretazione correttiva» «è accettabile solo come formula ellittica. Più esattamente si dovrebbe parlare di interpretazione in funzione correttiva della disposizione. L'aggettivo «correttiva» non ha il valore di una specificazione dell'interpretazione (l'interpretazione scopre l'errore, non lo elimina [...]), ma indica un'operazione ulteriore mediata dall'interpretazione».

⁴⁹ Ancora F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 61, testo e nt. 116 per ulteriori riferimenti in letteratura.



ricava sul piano di una comparazione giuridica consapevole, può richiamarsi una sentenza dell'*Oberster Gerichtshof* austriaco (OGH 8 Ob 2017/96t)⁵⁰, oggetto della quale è l'interpretazione di un testamento con cui il *de cuius* ha istituito erede la propria convivente, a condizione che quest'ultima gli prestasse assistenza, dal momento che non voleva morire in ospedale («nur wenn sie mich pflegt, da ich nicht im Spital sterben will»), si leggeva nella scheda testamentaria). L'istituita erede aveva invero prestato la propria assistenza, finché non si era però reso necessario il ricovero in ospedale del *de cuius*. Su azione delle sorelle di quest'ultimo, al giudice è stato chiesto se la disposizione testamentaria potesse considerarsi inefficace, proprio per il mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione. La risposta della Suprema Corte austriaca, in linea peraltro con l'orientamento tipico della giurisdizione di cultura germanica, è stata che in un caso simile bisogna indagare l'ipotetica volontà del *de cuius*, al fine di stabilire se questi avrebbe conservato l'istituzione a favore della convivente pur sapendo dell'impossibilità – diremmo non imputabile – di prestargli assistenza. Anche la giurisprudenza austriaca mostra, pertanto, di muoversi sul piano dell'interpretazione della disposizione testamentaria, riconoscendo, nella sostanza, la funzione remuneratoria di un'attribuzione subordinata alla condizione di assistenza⁵¹. Ora, impiegando questa chiave di lettura nei confronti del caso sottoposto alla nostra attenzione, viene da concludere che, là dove è mancata la prestazione delle cure che ha rappresentato la ragione obiettiva dell'istituzione ereditaria, la disposizione, proprio in virtù dell'accertamento della volontà del testatore, non può produrre effetti, onde anche da questo punto di vista si prova che non è necessario importare regole sulla condizione contrattuale fondate su logiche differenti da quella del testamento (come si evince anche dalla diversa soluzione normativa degli artt. 634 e 1354 cod. civ.). Peraltro, a ben vedere, qui non si tratta nemmeno di fare riferimento a una volontà ipotetica, visto che la condotta del *de cuius* successiva alla redazione del testamento è semmai confermativa del senso in forza del quale si giustifica la condizione apposta (e, cioè, quella logica non sinallagmatica ma remuneratoria di cui si è detto).

A tale conclusione non osta il fatto che il testatore ha conservato, senza apportarvi modifiche, la scheda testamentaria. Depone in questo senso una sentenza, di ormai più di vent'anni fa, nella quale la Cassazione si era trovata a risolvere un caso con profili di somiglianza a quello oggetto della sentenza che si sta annotando⁵². Un uomo, celibe e senza figli, aveva redatto un testamento (pure questo olografo) contenente disposizioni in favore delle due sorelle, sottoposte però alla condizione sospensiva della propria premorienza alla madre; deceduta quest'ultima quando il testatore era ancora vivo, il testamento non è stato modificato o revocato. All'apertura della successione, una delle sorelle ha chiesto che venisse dichiarata l'inefficacia del testamento, giacché la condizione non si era avverata; l'altra si è opposta, sostenendo che proprio il *favor testamenti* avrebbe dovuto comportare la conservazione delle ultime volontà del *de cuius*, giacché la condizione era da reputarsi impossibile (essendosi già verificata all'apertura della successione) e dunque, ai sensi dell'art. 634 cod. civ., come non apposta. In

⁵⁰ Si ringrazia il prof. Gregor Christandl, della Universität Graz, per la segnalazione di questo caso.

⁵¹ In questo caso a restare aperta è la questione delle conseguenze della sopravvenienza (il ricovero resosi a un certo punto necessario): ma con ciò non si sconfessa che la condizione è espressione di una logica remuneratoria, giacché si tratta più esattamente di verificare la compatibilità di essa con un evento che sfugge al controllo tanto del *de cuius* stesso, quanto dell'istituito erede. Come si dirà, questa questione non si pone invece nel caso italiano.

⁵² Si fa riferimento a Cass. 22 aprile 2002, n. 5871, in *Riv. notariato*, 2003, 1043 s., con nota di S. VOCATURO, *La volontà del de cuius prevale sul principio di conservazione del testamento ad ogni costo*, e in *Notariato*, 2003, 250 s., con nota di F. COSTA, *Condizione testamentaria e limiti della "regola sabiniana"*.



quell'occasione, la Cassazione, riferendo la norma dell'art. 634 cod. civ. alle sole ipotesi di impossibilità originaria, ossia contemporanea alla redazione della scheda testamentaria, ha statuito che ad essa non può essere equiparata l'impossibilità sopravvenuta, onde la condizione che diviene impossibile in un tempo successivo alla stesura del testamento si risolve in una condizione mancata, perciò rendendo inefficace la disposizione testamentaria. Tale statuizione è stata inserita in un contesto nel quale si è riaffermata la strumentalità del principio di conservazione del testamento nei confronti dell'attribuzione di una efficacia, la più piena possibile, alle ultime volontà del testatore⁵³: sicché, il testamento, pur se conservato nella sua dimensione documentale, non può sopravvivere all'accertamento di quelle volontà quando depongano nel senso dell'inefficacia dell'istituzione ereditaria.

La sentenza che qui si annota ha richiamato la suddetta decisione, ma per esprimere un tentativo di *distinguishing*, affermando che la conclusione cui la più risalente Cassazione è giunta «poggia le basi sul presupposto che l'accadimento, che rende impossibile la condizione è [...] successivo alla morte del testatore e, quindi, fa presumere che ove il testatore lo avesse previsto avrebbe disposto diversamente dei suoi beni. Al contrario, si ribadisce, qui è stato proprio il testatore a impedire l'avveramento della condizione e, nonostante ciò, ha mantenuto ferma la nomina ad eredi universali dei nipoti». Si è così caduti in una svista abbastanza clamorosa. L'accadimento che ha reso impossibile l'avveramento della condizione, infatti, era successivo alla redazione del testamento, non alla morte del testatore (giacché, in questo caso, la condizione si sarebbe avverata e la devoluzione testamentaria sarebbe divenuta efficace). Il testatore, insomma, ha avuto la possibilità di disporre diversamente dei propri beni e non lo ha fatto: ciò perché, come in quel caso si dimostrò, l'interesse che lo aveva mosso era esclusivamente quello di assicurare una sicurezza economica alla madre nel caso in cui le fosse premorto; sicché, deceduta la madre, l'uomo aveva abbandonato a sé il documento testamentario, che evidentemente considerava ormai privo di alcuna utilità.

Venuta meno la possibilità di distinguere tra i due casi, la Cassazione avrebbe dovuto assumersi l'onere di produrre motivi gravi e argomenti adeguati per il superamento del precedente⁵⁴. Che ciò non sia avvenuto è spiegato per la svista di cui abbiamo già detto, ma – a ben vedere – non sembra che tale operazione si sarebbe potuta comunque portare a compimento in modo convincente. Vero è che nell'un caso il testatore ha assunto un contegno meramente passivo (non adeguando l'espressione delle sue ultime volontà alla sopravvenuta morte della madre), mentre nell'altro si è registrata una condotta attiva, che ha avuto l'effetto di impedire l'avveramento della condizione. Ma, in entrambe le situazioni, può dirsi che nel momento in cui non sono venute ad esistenza quelle circostanze in base alle quali si era rappresentato il realizzarsi delle sue ultime volontà, il testatore ha probabilmente considerato il documento testamentario ormai privo di valore. In questo senso, perciò, può ricomporsi l'apparente incongruenza tra la mancata revoca (anche solo tacita) della disposizione testamentaria e la tenuta di una condotta «incompatibile» con l'avveramento della condizione.

Su un piano psicologico, in fondo, l'apposizione di una condizione non necessariamente presuppone

⁵³ Cfr. F.P. PATTI, *La volontà testamentaria nei conflitti ereditari*, cit., 299.

⁵⁴ Pur senza la vincolatività che esso esprime nel sistema di *common law*, il precedente – per tale intendendo un modello di decisione del quale si è positivamente vagliata la generalizzazione per casi futuri e analoghi – contribuisce a garantire il valore della certezza del diritto. Per tale ragione, è bene attenersi ad esso finché non si renda necessario superarlo. Cfr. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, trad. it. a cura di M. La Torre, Milano, 1998, 216 s.; L. MENGONI, *I problemi del metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia*, in ID., *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, I, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 200-201.



ne una autonoma manifestazione di volontà che si aggiunge, limitandola, a quella sottostante il negozio: sicché, la rappresentazione dell'evento dedotto in condizione concorre, insieme con gli altri elementi rilevanti, nell'unitario processo di determinazione ad agire del soggetto. Va da sé che questa considerazione psicologica deve essere coordinata con la disciplina giuridica della condizione, la quale ammette una scissione tra l'efficacia dell'elemento qualificato come accidentale e quella del negozio, come appunto accade nella fattispecie di cui all'art. 638 cod. civ. Nel caso oggetto della sentenza che abbiamo annotato, però, i processi psicologici e la qualificazione giuridica dei loro effetti non ci appaiono esposti al rischio di divergenza. Si è più volte sottolineato, infatti, che nella condizione testamentaria di assistenza si rintraccia non la logica del contratto sinallagmatico, bensì quella di tipo remuneratorio, onde l'attribuzione testamentaria diviene un modo per dimostrare, in assenza di previo obbligo giuridico del testatore, una particolare forma di riconoscenza in favore del beneficiario. Ne consegue che, se non viene ad esistenza il fatto oggettivo dell'assistenza, non si spiega nemmeno la ragione remunerativa che aveva indotto il testatore a quell'attribuzione. Salvare l'istituzione ereditaria, come ha fatto la Cassazione, nonostante il mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione, si traduce allora non nella "conservazione" del testamento, bensì in una sorta di sua paradossale "riscrittura" ad opera dell'interprete giudiziale. Ciò che è stato "conservato", infatti, è l'effetto della disposizione testamentaria, recisa però dalla fonte che lo giustificava, ossia la volontà del testatore, che è stata mortificata dalla sostanziale eliminazione della condizione che lo stesso testatore aveva apposto. Di converso, preso atto del mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione quando il testatore era ancora vivente, sarebbe stato preferibile far coerentemente seguire l'inefficacia dell'istituzione ereditaria, lasciando che le vicende successorie fossero regolate secondo quanto stabilito agli artt. 565 ss. cod. civ.



E. PALACIOS MARTÍNEZ, *DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. PROBLEMAS FUNDAMENTALES EN LA CODIFICACIÓN CIVIL* (PRÓLOGO E. MOSCATI, ESTUDIO PRELIMINAR G. FERNÁNDEZ CRUZ), LIMA, PRAXIS, 2024, 659.

1. – Si può ben dire che l'interesse della Civilistica per la disciplina generale delle obbligazioni non sia venuta meno con il passare degli anni. Anzi, sembra essersi accentuato e non solo in Italia (tra i più recenti v. da noi gli studi di Andrea Nicolussi e di Francesco Gambino). Il contributo, che qui si recensisce, ne è la prova lampante.

2. – A distanza di quaranta anni dalla pubblicazione della *Teoría General de las obligaciones* il Prof. Eric Palacios Martínez è ritornato, ma questa volta con un contributo tutto suo, sulla materia della disciplina generale delle obbligazioni. Nell'anno 2004 Eric Palacios Martínez aveva pubblicato unitamente al Prof. Ysmael Núñez Sáenz per i tipi di *Jurista Editores* e con prefazione del Prof. Gastón Fernández Cruz un volume dedicato alla Teoria generale delle obbligazioni in cui aveva trattato delle nozioni fondamentali della disciplina del rapporto obbligatorio, nonché degli aspetti più specifici dell'inadempimento e della diligenza e dell'impossibilità originaria o sopravvenuta della prestazione¹.

In occasione della celebrazione dei quaranta anni dalla entrata in vigore del codice civile peruviano del 14 novembre 1984 Eric Palacios Martínez ha pubblicato un poderoso volume dal titolo solo formalmente meno pomposo di *Derecho de las obligaciones* ma che in realtà costituisce una vera e propria trattazione della teoria generale delle obbligazioni come si evince dal sottotitolo del volume *Problemas fundamentales en la codificación civil*².

La trattazione della disciplina generale delle obbligazioni nel libro di Eric Palacios Martínez va segnalata agli studiosi e si fa apprezzare per le soluzioni equilibrate e sempre condivisibili anche da parte di chi appartiene a un diverso sistema giuridico. Il *Derecho de las obligaciones* è anche un libro di diritto comparato nel quale il Prof. Palacios Martínez mostra di ben conoscere la sistematica e la letteratura giuridica dei principali sistemi europei di *civil law* che opportunamente e felicemente confronta con il diritto nazionale peruviano.

Il volume è talmente ricco di spunti di riflessione che non è agevole dare conto compiutamente del suo contenuto e, pertanto, in questa sede mi limiterò a segnalare gli aspetti più significativi e che più interessano anche il giurista di *civil law*.

3. – Un primo spunto di riflessione lo si trova fin da subito nel primo e nel secondo capitolo del libro (pp. 23-163), che sono strettamente correlati tra loro e nei quali Eric Palacios Martínez, dopo aver trattato delle situazioni giuridiche soggettive allo scopo di inquadrare al meglio il concetto e le dinamiche del rapporto obbligatorio nell'ambito dei poteri e dei doveri giuridici, evidenzia con chiarezza i due interessi giuridicamente rilevanti che sono alla base del rapporto obbligatorio. È noto, infatti, che le direttive di fondo della materia delle obbligazioni sono necessariamente due come due sono le parti del rap-

¹ Nel lavoro collettaneo con Ysmael Núñez Sáenz il contributo di Eric Palacios Martínez (*El incumplimiento de las obligaciones*) trovasi alle pp. 141-249 del volume.

² A quanto consta, il libro di Palacios Martínez è stato presentato presso la Pontificia Università Cattolica del Perù a Lima in occasione di un convegno tenutosi il 18 dicembre 2024.



porto obbligatorio e, precisamente, da un lato la tutela dell'interesse del creditore che si realizza attraverso il favore dell'ordinamento per il creditore (il c.d. *favor creditoris*) e dall'altro l'interesse del debitore all'adempimento. Questa duplicità di interessi tutelati dall'ordinamento ha il suo presupposto nella necessaria correlatività tra pretesa e obbligo in quanto il creditore ha una pretesa giuridicamente rilevante a che il debitore tenga un determinato comportamento, positivo o negativo che sia, mentre il debitore ha un vero e proprio obbligo giuridico a tenere in concreto il comportamento astrattamente dovuto in quanto e solo in tal modo la pretesa del creditore potrà essere pienamente soddisfatta. Nella trattazione del rapporto obbligatorio Eric Palacios Martínez mostra di ben conoscere non solo le dottrine sudamericane ed europee tradizionali ma anche le problematiche più recenti che emergono in molti paesi dal contesto sociale, come, ad esempio, la rilevanza dei doveri di protezione che costituiscono un dovere accessorio rispetto all'obbligo primario del debitore di eseguire esattamente la prestazione dovuta.

4. – Nel terzo capitolo (pp. 167-271) Eric Palacios Martínez tratta degli elementi strutturali del rapporto obbligatorio con particolare riguardo all'oggetto dell'obbligazione e alla prestazione del debitore. Parlando dei tipi di prestazione, l'autore si sofferma sulla classificazione delle obbligazioni dal duplice punto di vista dell'oggetto della prestazione e dei soggetti del rapporto obbligatorio. Qui, il Prof. Palacios Martínez sottolinea con forza la valenza generale della disciplina delle obbligazioni ancorché nel codice civile peruviano non vi sia una parte generale del rapporto obbligatorio come si riscontra invece nelle più note codificazioni europee³. In pratica, il codice civile peruviano, pur occupandosi analiticamente dei tipi di prestazione e degli effetti delle obbligazioni con particolare riguardo all'adempimento e ai modi di estinzione diversi dall'adempimento⁴, non contiene una disciplina generale delle fonti e del rapporto obbligatorio come invece è previsto ad esempio nel codice civile italiano negli artt. 1174-1175 per quanto riguarda il principio della patrimonialità della prestazione e dell'obbligo di correttezza che la legge pone a carico di entrambe le parti del rapporto obbligatorio.

5. – Nel quarto capitolo (pp. 275-351) dedicato all'adempimento delle obbligazioni il Prof. Palacios Martínez si occupa preliminarmente e opportunamente dei criteri necessari affinché l'adempimento possa considerarsi esatto e soddisfacente dell'interesse del creditore, colmando una lacuna del codice civile peruviano che su questi aspetti non presenta una disciplina specifica. Subito dopo segue la trattazione dei soggetti legittimati a ricevere o a eseguire la prestazione. In particolare, l'autore esamina esaurientemente i profili del pagamento al creditore apparente, della prestazione al terzo e del pagamento a un creditore incapace, pervenendo a conclusioni pienamente condivisibili e non dissimili da quelle accolte dal codice civile italiano del 1942 (v. ad esempio l'art. 1189 cod. civ. ital. in tema di pagamento al creditore apparente). Un'attenzione particolare è poi dedicata al c.d. adempimento del terzo e all'interesse del creditore a ricevere la prestazione dal debitore e non da altri soggetti ancorché si tratti di una prestazione economicamente equivalente a quella astrattamente dovuta.

Nell'occuparsi dei soggetti legittimati a eseguire o a ricevere la prestazione il Prof. Palacios Martínez affronta opportunamente anche le problematiche del pagamento dell'indebito che da un punto di vista

³ Questa impostazione è rimasta nei codici civili francese e tedesco anche dopo le recenti riforme del diritto delle obbligazioni avvenute rispettivamente nel 2016 e nel 2001.

⁴ Si vedano rispettivamente la Sezione prima (artt. 1132-1217) e la Sezione seconda (artt. 1287-1350) del Libro sesto (*Las Obligaciones*) del codice civile peruviano del 1984.



concettuale deve essere considerato un adempimento inesatto e in questa ottica la sistematica del codice civile peruviano appare preferibile a quella del codice civile italiano che considera il pagamento dell'indebito alla stregua di una fonte delle obbligazioni (artt. 2033-2040 cod. civ. ital.) diversa dal contratto e dal fatto illecito⁵. Non è un caso che nel codice civile peruviano il pagamento dell'indebito non sia disciplinato tra le fonti delle obbligazioni accanto alla gestione di affari (artt. 1950-1953 cod. civ. peruan.) e all'arricchimento senza causa (artt. 1954-1955 cod. civ. peruan.) in quanto con maggiore esattezza concettuale nel diritto civile peruviano il pagamento dell'indebito ha un suo ruolo ben preciso nella materia dell'adempimento e rientra tra gli effetti delle obbligazioni (artt. 1267-1276 cod. civ. peruan.)

6. – Nel quinto capitolo (pp. 355-387) il Prof. Palacios Martínez tratta dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento dedicando una particolare attenzione alla compensazione. Preliminarmente l'Autore verifica l'attendibilità concettuale delle numerose classificazioni che sono state prospettate in riferimento ai modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento ed è da condividere la sua conclusione che si tratti di classificazioni prevalentemente descrittive che non apportano nessuna utilità per la ricostruzione di una teoria generale delle obbligazioni e del rapporto obbligatorio. È questa la ragione per cui la maggior parte dei codici civili europei ed extraeuropei non ha una classificazione dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, trattandosi di materia lasciata pressoché completamente all'elaborazione dottrinale. Anche nel diritto civile italiano si tende ad abbandonare la distinzione tradizionale tra modi soddisfattori e modi non soddisfattori e di recente è stata prospettata una distinzione tra modi di estinzione che costituiscono un surrogato dell'adempimento e modi di estinzione che invece si risolvono in una vicenda estintiva liberatoria⁶.

7. – Nel sesto capitolo (pp. 391-456) il Prof. Palacios Martínez si occupa di un aspetto tra i più tormentati della disciplina generale delle obbligazioni, cioè dell'inadempimento imputabile al debitore.

L'inadempimento, infatti, non è puramente e semplicemente il fatto materiale del mancato adempimento della prestazione dovuta in quanto presenta una serie di sfaccettature che nel libro di Eric Palacios Martínez sono esaminate analiticamente evidenziandone le diversità di soluzione nell'una e nell'altra ipotesi. È di tutta evidenza che l'inadempimento di una prestazione che abbia per oggetto una somma di danaro non può essere assoggettato alle medesime regole previste per l'inadempimento di una prestazione di dare o di fare. Qui, infatti, si pone il problema della responsabilità per inadempimento la cui soluzione dipende da una scelta di campo: l'impossibilità della prestazione per essere imputabile al debitore deve avere natura oggettiva o soggettiva? È questa una problematica che ha tormentato i giuristi europei fin dalle prime codificazioni ottocentesche. Nel diritto civile italiano il dibattito dottrinale e giurisprudenziale evidenzia le difficoltà di una soluzione generalizzata e astratta anche perché manca a livello codicistico una nozione legislativa di causa non imputabile sicché rimane aperto il problema della valutazione del comportamento del debitore. Senza contare le ulteriori difficoltà di inquadramento dell'impossibilità sopravvenuta nel caso di un contratto sinallagmatico, nonché della sorte del rapporto obbligatorio in caso di impossibilità soltanto temporanea della prestazione.

⁵ Di fronte alla collocazione dell'istituto era questa la domanda che si poneva M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Giuffrè, Milano, 1968 (ristampa), 7, chiedendosi se il pagamento dell'indebito "debba essere trattato a proposito del pagamento delle obbligazioni o a proposito della causa dell'attribuzione patrimoniale".

⁶ Ci permettiamo di rinviare ai ns. scritti *Note preliminari per uno studio sui modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Cedam, Padova, 2010, 1715 ss.; e *La disciplina generale delle obbligazioni*, Giappichelli, Torino, 2015, 199-202 e 250-254.



8. – Il libro si conclude con due capitoli, il settimo e l’ottavo (pp. 459-533), che possono essere considerati assieme in quanto si riferiscono all’aspetto patrimoniale dell’obbligazione. Si tratta degli strumenti della clausola penale e dell’azione revocatoria che attengono entrambe alla tutela dell’interesse del creditore a ricevere la prestazione dovuta.

La clausola penale è nel diritto italiano un modo per la determinazione anticipata e forfettaria del danno esonerando il creditore dall’obbligo di provare l’ammontare del risarcimento. Ovviamente in presenza di una clausola penale rimane aperto il problema del risarcimento del danno ulteriore, cioè del danno non coperto dall’importo della penale. Il capitolo sulla clausola penale si fa apprezzare anche per il tentativo di inquadrare questa figura nel più ampio fenomeno della pena privata. Si pone, infatti, un problema che è comune anche ad alcuni ordinamenti europei di *civil law*, cioè se l’autonomia privata possa spingersi fino al punto di infliggere alla controparte una sanzione punitiva ovvero se tale funzione sia una prerogativa esclusiva del diritto statale e, quindi, sottratta ai poteri dei privati⁷.

La trattazione sulla responsabilità patrimoniale del debitore trova un ulteriore punto di riferimento nell’azione revocatoria che costituisce uno degli strumenti per la conservazione della garanzia patrimoniale. In fondo, da questo punto di vista l’azione revocatoria svolge la medesima funzione di garanzia della clausola penale con la differenza che la clausola penale ha una funzione preventiva di forfettizzazione del danno mentre l’azione revocatoria è uno strumento utilizzabile *ex post* per eliminare anche nei confronti dei terzi gli effetti di un atto di disposizione che pregiudichi anche solo in parte la garanzia patrimoniale del creditore.

Da questo punto di vista il diritto peruviano delle obbligazioni si ispira a principi fondanti non dissimili da quelli dei codici civili europei. Più esplicitamente, il diritto peruviano risponde anch’esso alla concezione “patrimoniale” dell’obbligazione in quanto per il principio della responsabilità patrimoniale del debitore quest’ultimo risponde per l’inadempimento della prestazione con tutti i suoi beni presenti e futuri (v. art. 2740 cod. civ. ital.).

Sempre da questo punto di vista la dottrina e la giurisprudenza dei sistemi codificati europei non possono che guardare con simpatia a un codice civile di un altro continente che si ispira ai medesimi principi di fondo a dimostrazione dell’universalità della concezione “patrimoniale” dell’obbligazione che ha capovolto completamente l’impostazione del rapporto obbligatorio che caratterizzava gli ordinamenti meno recenti ove il debitore inadempiente rispondeva anche con la sua persona e poteva addirittura essere venduto schiavo ai pubblici incanti in caso di mancato pagamento della somma dovuta (concezione c.d. “personale” dell’obbligazione)⁸.

9. – Per tutte queste ragioni, e per altre che non sono esplicitate in questo scritto il libro di Eric Palacios Martínez merita di essere segnalato per i numerosi spunti di riflessione che offre anche ai giuristi di *civil law*.

[ENRICO MOSCATI]

⁷ Anche qui ci permettiamo di richiamare un ns. scritto, anche se ormai datato: v. *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 511 ss.

⁸ Lo ricorda F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*², Utet, Milano, 2023, 9-10, testo e nota 48, riportando le parole di Livio a proposito dell’abolizione del *nexum* con la *lex Poetelia* del 326 a.C.